

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

TEMA: “LOS DERECHOS MORALES Y
PATRIMONIALES DEL AUTOR DE OBRA LITERARIA
EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

TRABAJO (TITULACIÓN ESPECIAL) PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES DE LA REPUBLICA

AUTOR: HUGO RODRIGO PEREIRA SAMANIEGO

TUTOR:
DOCTOR ABELARDO POSSO SERRANO

QUITO, 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPITULO I

<u>NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....</u>	2
---	----------

1.1- <u>Concepto de Derecho de Autor.....</u>	2
1.2- <u>Evolución Histórica del Derecho de Autor.....</u>	4
1.3- <u>Objeto de Protección del Derecho de Autor.....</u>	7
1.4- <u>Sujetos del Derecho de Autor.....</u>	9
1.5- <u>Presunción de la Autoría.....</u>	10
1.6- <u>Clases de Titularidad.....</u>	12
1.6-1. <u>Titulares Originarios.....</u>	12
1.6-2. <u>Titulares Derivados.....</u>	13
1.6-3. <u>En Obras Seudónimas, Anónimas e Inéditas.....</u>	13
1.6-4. <u>En Obras Hechas bajo Subordinación Laboral o por Encargo.....</u>	14
1.7- <u>Duración y Transmisión del Derecho de Auto.....</u>	16
1.8- <u>De los Derechos Conexos.....</u>	17

CAPITULO II

<u>DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES.....</u>	20
---	-----------

2.1- <u>Obras Literarias.....</u>	20
2.2- <u>Derechos Morales.....</u>	22
2.2-1. <u>Naturaleza Jurídica.....</u>	23
2.2-2. <u>Facultades que confiere el Derecho Moral.....</u>	24
2.2-3. <u>Características.....</u>	26
2.2-3.1. <u>Derecho a la Paternidad.....</u>	26
2.2-3.2. <u>Derecho al arrepentimiento o derecho de retirada.....</u>	26
2.2-3.3. <u>Derecho a la integridad de la creación.....</u>	26
2.2-3.4. <u>Derecho a la modificación de la creación.....</u>	26
2.2-3.5. <u>Derecho al inédito o anónimo.....</u>	26
2.2-3.6. <u>Derecho al acceso ejemplar único de la creación.....</u>	26
2.3- <u>Derechos Patrimoniales.....</u>	27

2.3-1.	<u>Características</u>	27
2.3-2.	<u>Reproducción</u>	29
2.3-3.	<u>Comunicación Pública</u>	32
2.3-4.	<u>Distribución Pública</u>	33
2.3-5.	<u>Importación</u>	34
2.3-6.	<u>Traducción, Adaptación y Modificación</u>	35
2.4-	<u>Limitaciones a los Derechos Patrimoniales en razón del tiempo</u>	36
2.5-	<u>Duración de los Derechos Patrimoniales</u>	39
2.6-	<u>Transmisión y transferencia del derecho de autor de los derechos patrimoniales</u> ...	40
2.7-	<u>Protección del Derecho de Autor con características especiales</u>	41
2.8-	<u>Derecho de Autor y Copyright</u>	42

CAPÍTULO III

REGIMEN LEGAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....44

3.1-	<u>Aspectos Constitucionales</u>	44
3.2-	<u>Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias</u>	48
3.3-	<u>Convención Universal sobre Derechos de Autor</u>	50
3.4-	<u>Exigibilidad del Derecho Patrimonial en el Ecuador</u>	53
3.4-1.	<u>Protección administrativa de los Derechos de Autor</u>	55
3.4-2.	<u>Protección judicial de los Derechos de Autor</u>	58

CAPÍTULO IV

EXIBILIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL EN OBRAS LITERARIAS.....60

4.1-	<u>Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual</u>	60
4.2-	<u>Registro de una obra literaria en el IEPI</u>	61
4.2-1.	<u>Procedimiento para el registro de una Obra Literaria</u>	62
4.2-2.	<u>Organigrama para el registro de una Obra Literaria</u>	65
4.3-	<u>Sociedades de Gestión Colectiva</u>	66
4.4-	<u>Exigibilidad del Derecho Patrimonial de los Autores de Obras Literarias</u>	68
4.4-1.	<u>Prescripción de la acciones</u>	68
4.4-2.	<u>Tutela Administrativa</u>	69
4.4-2.1.	<u>Pasos para iniciar una Tutela Administrativa</u>	70
4.4-3.	<u>Acción Civil</u>	76

4.4-3.1. <u>Jurisdicción y Competencia en materia de Derechos de Autor</u>	77
4.4-4. <u>Acción Penal</u>	79
4.4-4.1. <u>Indagación Previa</u>	84
4.4-4.2. <u>Instrucción Fiscal</u>	87
4.4-4.3. <u>Etapas Intermedias</u>	91
4.4-4.4. <u>Juicio</u>	92
4.4-4.5. <u>Etapas de Impugnación</u>	94
 <u>CONCLUSIONES</u>	96
 <u>RECOMENDACIONES</u>	98
 <u>BIBLIOGRAFIA</u>	100

RESUMEN

El siguiente trabajo investigativo está constituido por cuatro capítulos los cuales explican de forma específica el contenido de los derechos patrimoniales del autor y su exigibilidad, con especial referencia a los convenios internacionales, legislación interna y doctrina de tratadistas que han brindado un aporte significativo en el impulso de esta importante materia, cuya oportuna protección constituye la fuente del desarrollo cultural e intelectual de la humanidad.

ABSTRACT

The following research work consists of four chapters which explain specifically the content of the author's economic rights and their enforceability, with special reference to international agreements, domestic law and doctrine writers who have provided a significant contribution to the momentum this important matter, which is the source timely protection of cultural and intellectual development of mankind.

INTRODUCCIÓN

Analizar la protección administrativa y judicial de los derechos de autor obras literarias, cada día se convierte en una tarea más difícil, dado el increíble avance tecnológico que ha generado nuevos dispositivos electrónicos para reproducir y almacenar este tipo de obras protegidas, tales como, flash memory, iPad, Kindle, etc. dispositivos que cuentan con gran capacidad de memoria facilitan el almacenamiento de obras literarias, las mismas que son obtenidas fácilmente evitando su compra debido al libre traspaso de la información, perjudicando gravemente el patrimonio de los autores de obras literarias.

La comunidad internacional, preocupada por fortalecer la protección de los derechos de autor de obras literarias, ha concertado una serie de convenios referentes a la materia, con el fin de incentivar el desarrollo creativo de la humanidad y brindar a los autores de obras literarias una verdadera garantía de que su creación intelectual va a ser protegida, por tal razón, es importante revisar la legislación, en materia de propiedad intelectual, y tipificar los nuevos delitos informáticos que atentan en contra de los derechos de autor.

Este trabajo investigativo será un aporte dirigido a estudiantes y profesionales del derecho que incursionan en la defensa de los derechos que poseen tanto autores nacionales como extranjeros, y demás personas que aún consideran que el respeto a la creación intelectual es el incentivo para fomentar el desarrollo de la cultura de nuestra sociedad, ya que sólo una sociedad respetuosa del derecho de los demás, puede considerarse una sociedad de primer mundo.

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

1.1.- CONCEPTO DE DERECHO DE AUTOR

La expresión “Derechos de Autor” se refiere a una creación intelectual, la cual ha sido plasmada en una obra literaria o artística, que sólo puede ser ejecutada, modificada o redituada por el autor, a no ser el caso de que exista su consentimiento a otra persona para que lo haga.

El Derecho de autor, en el marco jurídico es el conjunto de normas englobadas tanto en la legislación nacional, como en los acuerdos y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, cuyo fin es regular el uso y la explotación de una creación intelectual, así como fomentar el respeto a los derechos tanto morales como patrimoniales que posee el autor con respecto de su obra, estos derechos son por ejemplo, el de impedir una reproducción distorsionada de su creación, que sólo él puede ejercer, mientras que otros derechos, como el de obtener copias, lo puede ejercer una persona distinta, previa autorización del autor o del titular de derechos de autor, como es el caso del editor que ha obtenido una licencia para ejercer dicha actividad.

La Convención Interamericana sobre derechos de autor en obras literarias, científicas y artísticas, en su artículo II define al derecho de autor como *“la facultad exclusiva que tiene el autor de una obra literaria, científica y artística de: usar y autorizar el uso de ella, en todo o en parte; disponer de ese derecho a cualquier título, total o parcialmente, y transmitirlo por causa de muerte”*¹.

¹ CONVENCION, s/n, *Convención Interamericana sobre derechos de autor en obras literarias, científicas y artísticas*, Registro Oficial 10 del 27 de septiembre de 1947, Artículo II.

Delia Lipszyc, define a los derechos de autor de la siguiente manera:

En el sentido objetivo, derecho de autor es la denominación que recibe la materia; en sentido subjetivo, alude a las facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada².

David Rangel por su parte sostiene que el derecho de autor es el:

Conjunto de prerrogativas que las leyes recogen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el video cassette y por cualquier otro medio de comunicación³.

En los países de tradición jurídica angloamericana (*common law*), el derecho de autor se denomina *copyright* (derecho de copia) que comprende la explotación de la obra por medio de su reproducción.

En los países de tradición jurídica continental europea (latina, basada en el derecho romano) con una visión personalísima de la materia se lo conoce como *droit d'auteur* (derecho de autor), en otros países este derecho también es conocido como propiedad literaria y artística; o, propiedad intelectual que se refiere expresamente al sujeto del derecho, es decir, al creador de la obra intelectual y, en su conjunto, a las facultades que se

² LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*: Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 2001, p. 18.

³ RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*: 2da. Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, p 88.

le reconocen, facultades que son de carácter personal, conocidas como el derecho moral, de duración ilimitada, y de carácter económico, conocidas como el derecho patrimonial, con duración limitada.

En conclusión el derecho de autor es el que regula la protección de las creaciones intelectuales contenidas en obras literarias, musicales, artísticas y científicas, protección que como establece el Art. 5 de la Ley de Propiedad Intelectual:

(...) nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión. (...) El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna⁴.

1.2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor no es una preocupación que nace con la sociedad actual, por el contrario, el ser humano con el fin de hacer posible la vida en sociedad de forma organizada, se ha visto en la necesidad de normar el comportamiento de las personas a través de la creación de un ordenamiento jurídico que se ha venido adaptado al progreso de la humanidad.

Este progreso es el resultado del desarrollo intelectual de las personas, como la expresión de su inteligencia y su espíritu que han contribuido a la creación de un nuevo derecho positivo, que es el Derecho a la Propiedad Intelectual, como un mecanismo para

⁴ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Art.5, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a octubre de 2009, Quito-Ecuador.

proteger a los autores de obras literaria, científicas o artísticas, las mismas que son el resultado de la materialización de su intelecto.

En la antigüedad, a pesar de que no existió una legislación especial para reglar este derecho, los poderosos brindaban la protección necesaria a los artistas y poetas ofreciendo la posibilidad de ser apoyados por el Estado, procurando de esta forma incentivar su ingenio para fortalecer el enriquecimiento intelectual de su población, pero este objetivo no era cumplido a satisfacción, ya que de las obras literarias se obtenían pocas copias, debido a que tenían que ser manuscritas en su totalidad y esto elevaba su costo, razón por la cual eran adquiridas sólo por los ricos de la época, sin que esto constituya medio de enriquecimiento para sus autores. Luego de aquello, los escritores, artistas, músicos, etc., fueron acogidos en las comunidades religiosas, en las cortes reales, al servicio de los príncipes y allí su trabajo empezó a ser recompensado.

Con la caída de Roma, Europa entra en un período difícil para las artes, pero no así para la religión, es entonces que los artistas se dedican a desarrollar temas religiosos y la cultura se concreta en monasterios y templos.

Esta situación se mantuvo hasta la invención de la imprenta en el siglo XV, y también al descubrimiento del grabado, que vinieron a transformar las condiciones de divulgación de las obras, ya que con estos medios mecánicos de reproducción se hizo posible la ejecución de muchas copias uniformes, permitiendo transformar la obra impresa en medio de comercio y que éstas lleguen a todos y no sólo a los más pudientes.

Pero con la imprenta también llegó la competencia, apareciendo desde esta época las reproducciones ilícitas que afectaban gravemente, tanto a autores como editores, y con el fin de proteger a ambos, se crea el denominado “sistema de privilegios” que serviría para

evitar que el responsable del plagio además de apropiarse de la idea del autor, se beneficie con ella y tenga la obligación de indemnizar a los editores por los gastos generados de la publicación y por los riesgos comerciales de su empresa.

Los primeros ‘privilegios’ fueron conferidos en 1470 bajo la forma de impresiones exclusivas, a los impresores de obras muy antiguas, concediéndoles el monopolio de explotación. Uno de los primeros ‘privilegios’ otorgados por el Senado fue concedido a Aldo, célebre editor de las obras de Aristóteles. En Francia, Luis XII, concedió ‘privilegio’ a VERARD, editor de las epístolas de San Pablo y de San Bruno. Igualmente al editor de la INSTITUTIONE ORATORIA de Quintiliano⁵.

Se ha calificado al sistema de ‘privilegios’ como la primera forma de protección legal para los derechos de autor. Es cierto que en principio se concedieron sólo a favor del editor, y que luego se extendieron al autor, el cual tuvo que luchar contra las corporaciones de impresores, que lo obligaron a someterse a sus reglas y que la edición se constituyó en un negocio, en el cual los editores contrataban al autor y le pagaban a su antojo, pero también fue el comienzo de la protección del derecho monetario del creador intelectual.

En el siglo XVIII el derecho de autor se separa completamente del sistema de privilegios, ya que la mayoría de los países termina con esta ideología. Inglaterra fue el primero y la Revolución Francesa acabó en Francia con todos estos sistemas reinantes.

El 11 de febrero de 1790, el parlamento inglés dictó una ley denominada, el Estatuto de la Reina Ana, considerada como el primer reconocimiento legal del derecho de los autores, que otorgó al autor un derecho exclusivo de reproducción.

⁵ PROAÑO, Marco, *El Derecho de Autor con referencia especial a la Legislación Ecuatoriana*: Ed. 1972 p. 16

En Francia, después de la revolución Francesa, se luchó por la consagración jurídica de los derechos de autor, ya que tuvieron conciencia de que éstos, no podían depender de una concesión arbitraria, en la mayoría de los casos de los poderes públicos, cuando el derecho de autor procede únicamente del hecho de la creación intelectual. En este país por ley del 19 de julio de 1793 se dispuso el reconocimiento de la propiedad literaria y artística, lo que implicó un avance importante en el desarrollo de esta doctrina, pero su asimilación a la propiedad de las cosas materiales, mostró pronto dificultades. Más tarde surgió el término propiedad intelectual, haciendo notar con ello, que se había reconocido la naturaleza especial de esta materia, y que por ningún motivo se le podía dar a estos bienes incorpóreos el mismo tratamiento dado a las cosas corporales.

Afianzado el derecho patrimonial, comienza en el siglo XX, la etapa definitiva de protección del derecho moral, como derecho esencial de los Derechos de Autor, que fundamentalmente consiste en el reconocimiento de la personalidad del autor, de su obra y del respeto a su integridad y valores⁶.

1.3.- OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR DE UNA OBRA LITERARIA

El derecho de autor nace con la creación intelectual y concede un especial tipo de propiedad que recoge no sólo las prerrogativas que incluyen la propiedad sobre las cosas comunes, sino facultades *sui generis* como la paternidad e integridad.

Seguramente, es esta situación la que ha llevado a la doctrina al reconocimiento de que el derecho de autor tiene una doble estructura: la subjetiva conformada por un derecho moral y la objetiva que comprende un derecho patrimonial.

⁶ *Ibidem.*, p. 17

“En torno al contenido del derecho de autor se han establecido dos teorías, una denominada monista y otra conocida como dualista”⁷.

Teoría Monista.- En esta teoría, las prerrogativas morales y patrimoniales son parte de un todo unitario, sin que puedan ser separados. Dentro de esta teoría se destaca la supremacía de los derechos morales sobre los patrimoniales, siendo estos últimos los que se derivan de los primeros.

La razón aducida según el alemán Adolf Dietz, considerado como uno de los mentalizadores de esta teoría es que en la práctica los derechos monetarios sirven a intereses económicos y viceversa.

Teoría Dualista.- Esta teoría al contrario de la teoría Monista, sostiene y defiende que los derechos de autor no son un todo unitario, sino más bien se dividen en derechos patrimoniales y morales, totalmente separados los unos de los otros, pero sin dejar de mantener una relación de interdependencia y características propias que los distinguen, razón por la cual, mientras los derechos morales son perpetuos, inalienables e imprescriptibles, los derechos patrimoniales son de naturaleza temporal y transferibles. La legislación ecuatoriana y en general las legislaciones de América Latina aplican esta teoría.

De tal manera que tomando en consideración el criterio de Delia Lypszyc diríamos que estas dos categorías de derechos tienen distintos destinos jurídicos.

⁷ RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004, p. 34.

1.4.- SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR

Se considera como sujetos de Derechos de Autor, en primer lugar al Autor y en segundo lugar al Titular de derechos de autor.

Autor.- La Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual establece que sólo una persona natural puede ser considerada como autor, debido a que sólo un ser humano tiene la capacidad de pensar con coherencia y transformar sus ideas en una creación intelectual tangible, útil y asimilable para el resto de la sociedad. De tal manera que la titularidad originaria corresponde a la persona física que crea la obra.

En tanto que, y como lo establece claramente la Codificación a la Ley de Propiedad Intelectual “(...) *Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de autor (...)*”⁸, debido a que éstas no pueden crear obras, pero para que puedan convertirse en titulares originarios o para que puedan atribuírseles la autoría de una obra se puede recurrir a las fictio iuris o ficciones jurídicas que son las que responden al interés de terceros que explotan las obras.

Titular.- Es la persona natural o jurídica que posee derechos sobre una creación intelectual determinada, así ésta no la hubiese creado y posee incluso la facultad para ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra, incluyendo la facultad para decidir sobre su divulgación.

El titular por naturaleza de los derechos de autor, es el creador intelectual de la obra, y por tanto es éste el titular de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma.

⁸ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 11.

1.5.- PRESUNCIÓN DE LA AUTORÍA

“La presunción es el paso previo a la certeza”⁹.

La Codificación a Ley de Propiedad Intelectual al referirse a la presunción de autoría establece que: *“Se presume autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, sigla o cualquier otro signo que lo identifique aparezca indicado en la obra”¹⁰.*

La Disposición General Primera de la Ley del Libro, establece que:

En todo libro editado en el Ecuador deberá constar el nombre y apellido del autor, el lugar y fecha de la impresión, el número de edición, el nombre y domicilio del editor e impresor, código de barras con el Número Internacional Normalizado para Libros ISBN, el título original, el año y el registro de derechos de autor.

Se presume clandestino todo libro que omita alguno de los requisitos establecidos en el párrafo anterior, el editado o reproducido por cualquier medio que viole las disposiciones legales; y, por tanto sujeto a las sanciones previstas en la ley¹¹.

⁹ CAMACHO HEROLD, Daniella; FLOR RUBIANES, Jaime, *Las Presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009, p. 48.

¹⁰ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 12.

¹¹ Ley 2006-47, *Ley del Libro*, Registro Oficial 277 del 24 de mayo de 2006.

En tanto que la Codificación del Código Civil define a la presunción como “(...) *la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas*”¹².

Si estos antecedentes o circunstancias son previamente establecidos por la ley, la presunción se llama legal, como es el caso de la presunción de autoría en una creación intelectual, esto quiere decir que la determinación de la autoría de una obra admite prueba para demostrar quién es el verdadero autor de la obra y reclamar la paternidad de la misma, esto se da generalmente en el caso de que la obra haya sido plagiada y sea otra persona distinta al autor o al titular de derechos de autor quien esté explotando la misma en beneficio propio y sin autorización alguna.

La autoría comprende los derechos morales inherentes única y exclusivamente al autor, de ahí que en las obras en donde no sea posible determinar la identidad del autor, como sucede con las obras anónimas, la ley no otorga el derecho moral, sino tan sólo la defensa de éste a quien se encarga de la difusión o publicación de la misma.

Algo parecido sucede con la defensa que se le otorga al Estado para salvaguardar la integridad de la obra producida por un empleado público en ejercicio de sus funciones, paralelamente con los derechos patrimoniales a los que haya lugar.

¹² CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, Art. 32, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a septiembre de 2009, Quito-Ecuador.

1.6.- CLASES DE TITULARIDAD

La titularidad definida por la codificación a la Ley de Propiedad Intelectual es la *“Calidad de la persona natural o jurídica, de titular de los derechos reconocidos por el presente Libro. –Libro I; Título I ‘De los Derechos de Autor y Derechos Conexos-’*¹³.

La titularidad de los derechos de autor implica la posibilidad de explotar la obra económicamente, así como la facultad de ceder la titularidad de estos derechos a terceros, sean personas naturales o jurídicas, o la posibilidad de otorgar licencias.

1.6.1.- Titulares originarios

El titular originario es el autor en sí, debido a que fue él, el creador de la obra intelectual.

Delia Lipszyc dice que:

El autor de una obra derivada (adaptación, traducción o cualquier otra transformación) es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva, es decir de la obra originaria¹⁴.

Partiendo de este razonamiento, la persona que pretenda utilizar una obra derivada deberá solicitar doble autorización, la primera que será solicitada al titular de la obra originaria, debido a que ésta estará contenida en la obra derivada y la segunda a la persona

¹³ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 7.

¹⁴ LIPSZYC, Delia, op. cit., p. 126.

que realizó la derivación de la obra, es decir el titular de la obra derivada, de esta forma se respetará los derechos de ambos.

1.6.2.- Titulares derivados

Los titulares derivados constituyen las personas naturales o jurídicas que han adquirido la titularidad de algunos de los derechos de autor. Esta titularidad por ningún motivo podrá abarcar la totalidad de los derechos de autor, sean estos morales y patrimoniales, pues como hemos repetido en varias ocasiones, el derecho moral es inalienable y aún después de la muerte del autor sus propios sucesores no alcanzan a recibir los derechos morales en su totalidad, sino sólo aquellos que tienen relación con el derecho al reconocimiento de la paternidad, el derecho al respeto e integridad de la obra, así como también el derecho a divulgación de las obras póstumas, a diferencia del derecho patrimonial que abarca la explotación económica de la obra, este derecho los causahabientes del autor si lo adquieren en su totalidad.

1.6.3.- En obras seudónimas, anónimas e inéditas

La presunción de titularidad claramente señala que se presumirá como autor o titular de una obra, de no presentarse prueba en contrario a la persona cuyo nombre seudónimo, iniciales, sigla, etc., que aparezca indicado o señalado en la obra.

En el caso de las obras anónimas se considerará como titular de derechos de autor al editor que se ha encargado de la publicación de la misma, y será el único considerado por la ley para exigir tanto los derechos patrimoniales como los derechos morales sobre la obra hasta que el autor decida revelar su identidad.

La titularidad de los derechos de autor en una obra inédita siendo ésta aquella que no ha sido divulgada su titularidad le corresponde al autor de la misma o sus causahabientes.

1.6.4.- En obras hechas bajo subordinación laboral o por encargo

Titularidad en obras bajo subordinación laboral.- De darse el hecho de que una obra intelectual sea creada por un empleado, es decir, bajo relación de dependencia, la titularidad de los derechos de autor corresponderá por ley al empleador¹⁵, el mismo que, de no haberse especificado lo contrario en contrato alguno, tendrá la facultad de explotar la obra (derecho patrimonial).

Para este efecto la Codificación a la Ley de Propiedad Intelectual establece: “(...) *la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra*”¹⁶.

Como lo habíamos señalado, en el caso de los derechos patrimoniales de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, la titularidad de éstos corresponde al empleador, ya que con el contrato de trabajo se ha dado implícitamente una cesión de los mismos a favor de éste, por parte del autor intelectual, para este caso el “empleado”.

¹⁵ La codificación al Código de Trabajo, en su Art. 10 define al empleador como “La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio (...)”.

¹⁶ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 16.

En el caso de los derechos morales, su titularidad pertenece al autor de la obra, tomando en cuenta que es la persona que realizó el esfuerzo intelectual para la realización de la misma. Y como se había explicado anteriormente, estos derechos son irrenunciables e inalienables; y por tanto, intransferibles; a no ser por causa de muerte del autor en que se transfiere algunos de estos derechos a sus causahabientes.

Razón por la cual, el ser titular de derechos de autor, en el caso de los derechos patrimoniales, no implica ser autor de la obra sino simplemente ser titular derivado de los mismos.

Titularidad en obras realizadas por encargo.- Cuando una obra ha sido creada bajo el encargo de una persona distinta al autor, y este último acepta hacerla, la titularidad de la obra corresponderá al primero, es decir, al comitente, pero la ley señala que esta titularidad no será de forma exclusiva, razón por la cual, el autor tiene la plena facultad de explotar la misma obra, pero de forma distinta a las bases señaladas en el contrato, así lo establece la Codificación a la Ley de Propiedad Intelectual al decir que:

En las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal¹⁷.

¹⁷ Ibídem.

1.7.- DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL

La protección sobre los derechos de autor en todos los países del mundo dura por toda la vida del autor, así lo establece la Decisión 351 que trata el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos al decir que la duración de los derechos de autor

(...) no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte; Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso¹⁸.

En el caso de nuestra legislación este plazo se extiende hasta por setenta años¹⁹ más, a favor de los descendientes del autor, este plazo de setenta años será contado desde la fecha del fallecimiento del autor, sin importar el país de origen de la obra.

En los casos especiales, como el de una obra hecha en colaboración, es decir, cuando dos o más autores han brindado su aporte intelectual para la culminación de la misma y éste no puede ser separado, el período de protección correrá desde la muerte del último coautor; si la obra es póstuma, lo que significa que ha sido publicada sólo después de la muerte de su autor, el plazo de setenta años comenzará a correr desde la fecha del fallecimiento del autor.

¹⁸ DECISIÓN 351, op. cit., Art. 18.

¹⁹ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 80.

En el caso de una obra anónima conocida como aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo, o por ser éste ignorado y el verdadero autor no se diere a conocer en el plazo de setenta años a partir de la fecha de la primera publicación, la obra pasará al dominio público.

Con respecto a una obra colectiva que se diere a conocer por partes, el plazo de protección correrá a partir de la fecha de publicación del último suplemento, parte o volumen.

1.8.- DERECHOS CONEXOS

El derecho conexo nace de la necesidad de asegurar la protección de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y resguardar los intereses legales de personas naturales o jurídicas cuya actividad es la de poner las obras a disposición del público.

La codificación a la Ley de Propiedad Intelectual al definir al derecho conexo dice: *“Son los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”*²⁰.

Dentro de estos derechos se ha considerado varias teorías, entre estas:

Teorías autoralistas.- Los defensores de esta teoría consideran que los derechos conexos son similares a los derechos de autor, debido a que la interpretación equivale a una

²⁰ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 7

obra nueva, plasmada la personalidad del artista y su labor interpretativa es tan original como la del autor.

Teorías laboristas.- Esta teoría tiene su origen en la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) y sostiene que los derechos del interprete nacen de un contrato de locación de una obra entre el autor y el ejecutante, contrato en que el primero acepta que a su obra se le incorpore una forma visual o sonora y sea de esta forma como llegue al público.

Teorías autónomas.- A diferencia de las teorías autoristas, éstas consideran a los derechos conexos como diferentes a los derechos de autor pero que sin embargo mantienen cierta analogía por el hecho de producir elementos que sin calificarse como obras, bajo los parámetros del derecho de autor, expresan creatividad, habilidad técnica, para que las obras estén a disposición del público, razón suficiente para justificar el reconocimiento de un derecho de propiedad similar al derecho de autor.

En nuestra legislación los derechos conexos son exigidos sin afectar de forma alguna los derechos de autor, contando los titulares de los derechos conexos con el goce, tanto de los derechos patrimoniales, como de los derechos morales sobre sus ejecuciones como es el derecho a ser identificados como tales y a oponerse a cualquier modificación que altere o distorsione la forma como el artista, interprete o ejecutante presenta la obra al público.

Así también poseen el derecho de permitir o prohibir que sus interpretaciones o ejecuciones sean fijadas o reproducidas por cualquier medio e incluso prohibir que las mismas sean comunicadas al público.

La protección a los derechos conexos que poseen los artistas intérpretes o ejecutantes es por el lapso de setenta años, el mismo que será contado desde el primero de enero del año siguiente al que tuvo lugar la interpretación, ejecución, etc., el mismo tiempo de duración es considerado para los productores de fonogramas y para organismos de radiodifusión sobre sus emisiones.

CAPÍTULO II

DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES

2.1.- OBRAS LITERARIAS

La obra literaria es el producto del trabajo intelectual desarrollado por un ser humano, trabajo que es considerado como un aporte a la ciencia, cuyo resultado es objeto de protección legal y expresión de originalidad.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual define a una obra como: “*Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse*”²¹.

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, por su parte señala: “*obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos [...]*”²².

Una obra literaria es el producto del ingenio humano en el campo literario y científico, partiendo de que sólo el hombre es capaz de crear y plasmar su originalidad en una creación intelectual, originalidad que es una característica muy importante para diferenciar a la obra nueva de las demás.

²¹ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 7.

²² Convenio s/n, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, op. cit., Art. 2, numeral 1.

En tal virtud el autor de una obra literaria tiene la facultad exclusiva de usar y autorizar el uso de su obra, esta autorización puede ser: de forma total o parcial y a cualquier título (oneroso o gratuito), así también, transmitirlo por causa de muerte.

La Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas establece varias formas de utilización de una obra según su naturaleza, siendo éstas:

- a) Publicarla, ya sea mediante la impresión o cualquiera otra forma;
- b) Representarla, recitarla, exponerla o ejecutarla públicamente;
- c) Reproducirla, adaptarla o presentarla por medio de la cinematografía;
- d) Adaptarla y autorizar adaptaciones generales o especiales a instrumentos que sirvan para reproducirla mecánica o eléctricamente, o ejecutarla en público por medio de dichos instrumentos;
- e) Difundirla por medio de la fotografía, telefotografía, televisión, radiodifusión, o por cualquier otro medio actualmente conocido o que se invente en lo sucesivo y que sirva para la reproducción de los signos, los sonidos o las imágenes;
- f) Traducirla, transportarla, arreglarla, instrumentarla, dramatizarla, adaptarla y, en general, transformarla de cualquier otra manera; y,
- g) Reproducirla en cualquier forma, total o parcialmente²³.

²³ CONVENCIÓN, s/n, *Convención Interamericana sobre derechos de autor en obras literarias, científicas y artísticas*, op. cit., Artículo II.

El Ecuador garantiza la protección de los derechos que posee el autor sobre las obras desde el momento de su creación, sin importar su género, forma de expresión, mérito o finalidad, manteniendo además, una total independencia de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra. Para la exigibilidad de estos derechos, la ley exime al autor del cumplimiento de formalidades, depósito o registro de su obra.

La ley de Propiedad Intelectual considera también como obras literarias a los programas de ordenador de tal manera que la protección es la misma, sin importar la forma en que estén expresados o si se encuentran o no incorporados a un ordenador.

2.2.- DERECHO MORAL

Marco Proaño Maya, define al derecho moral como *“(...) la facultad de hacer reconocer la personalidad del autor como creador, de dar a conocer su obra, de hacerla respetar, de defender su integridad en el fondo y la forma”*²⁴.

Partiendo de esta definición entendemos que el derecho moral es imprescriptible, ya que al ser inherente a la personalidad del autor no está limitado por el tiempo. El autor conserva este derecho durante toda su vida y lo ejercen luego sus causahabientes o las personas designadas para el efecto, así lo establece también la Decisión 351 que trata acerca del Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos al decir que: *“A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, (...). Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras*

²⁴ PROAÑO, Marco, op. cit., p. 37

instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra”²⁵.

Así también, el derecho moral es inembargable, inexpropiable e intransferible, de tal manera que toda transmisión entre vivos que se realice sobre derechos de autor, involucra únicamente derechos patrimoniales, a tal punto que, luego de esta transmisión el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

En conclusión el derecho moral es el reconocimiento a la personalidad del autor que tanto la ley como la sociedad hace respecto de su creación intelectual.

2.2.1.- Naturaleza Jurídica

El derecho moral es considerado por muchos tratadistas como la esencia misma del Derecho de Autor, ya que la obra es la manifestación del alma y del intelecto del autor, razón por la cual es un derecho que defiende la dignidad personal y los intereses artísticos, es por esto que muchos tratadistas se pronuncian ubicando a este derecho dentro del derecho a la intimidad.

El Doctor Antonio J. Arango, Jefe Nacional de Propiedad Intelectual de la República de Colombia, relacionando la naturaleza de este derecho, decía, el derecho moral es el alma, que presupone un carácter inmortal, permanencia e

²⁵ DECISIÓN 351, *Régimen común sobre Derechos de autor y derechos Conexos*, Registro Oficial 366, del 25 de enero de 1994, Art. 11.

integridad. Los derechos patrimoniales son el cuerpo, que por oposición al alma, terminan y se extinguen al cabo de cierto tiempo. Y mientras los derechos patrimoniales se pueden negociar, pueden embargarse, el derecho moral permanece inmutable, permanente, inembargable²⁶.

2.2.2.- Facultades que confiere el Derecho Moral

La Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual confiere al autor, luego de realizar su creación intelectual, la facultad de *“Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada”*²⁷.

Ningún autor puede renunciar ni ceder su condición como creador de una obra intelectual, ya que es un derecho inherente a su personalidad, pero si el autor no desea especificar su nombre en la obra, la ley le faculta a utilizar un seudónimo como un calificativo que reemplaza al nombre, seudónimo que es escogido libremente por el autor, el mismo que deberá figurar en toda explotación o utilización que de su obra se haga, por ejemplo en el campo de la representación teatral, la recitación, la ejecución pública, la comunicación pública de obras por la radiodifusión, la reproducción fonográfica.

En estas hipótesis observamos el derecho que posee el autor a que se lo mencione como el creador de la obra y su omisión causará un perjuicio a su personalidad, sea que no se lo mencione o se lo sustituya en la paternidad con o sin dolo.

²⁶ PROAÑO, Marco, op. cit., p. 37

²⁷ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 18, literal b).

Pero además, la ley prevé el caso en que el autor prefiera mantener oculta su personalidad, sin que esto implique, o nos lleve a pensar que ha dejado de ser el creador de la obra o que haya perdido derechos sobre ella, por el contrario, esto genera el denominado derecho a la paternidad.

El autor posee también la facultad exclusiva de modificar su obra, con el objetivo que éste considere, ya sea para ampliarla, sintetizarla, continuarla, terminarla o incluso realizar una actualización de la misma, etc., de igual forma posee el derecho de oponerse a toda distorsión, mutilación u otra modificación de su creación intelectual, considerando que estos actos pueden ser perjudiciales para su reputación.

Una facultad propia del derecho moral y que recae sobre el autor o titular de derechos es la de impedir la publicación, representación o reproducción imperfecta de la obra, así como también el uso indebido de la misma y por ende de exigir la fidelidad de las traducciones.

De la misma forma, sólo el autor tiene la facultad de decidir si desea publicar su obra o simplemente mantenerla inédita, y si el autor una vez publicada su obra se arrepiente de haberlo hecho podrá retirarla de circulación pagando una indemnización en favor del editor, ya que previo a la publicación se firma un contrato que tanto el autor como el editor deben cumplir y si uno de los dos no lo ha hecho deberá indemnizar los perjuicios ocasionados hasta el momento de la rescisión del contrato.

2.2.3.- Categorías:

2.2.3.1.- Derecho a la paternidad.- el creador puede reivindicar en cualquier momento de la titularidad de una creación, además mantiene su derecho a que conste su nombre o seudónimo cuando la obra ha sido publicada o difundida.

2.2.3.2.- Derecho al arrepentimiento o derecho de retirada.- cuando el creador cambia de convicciones, tiene la posibilidad de retirar la obra.

2.2.3.3.- Derecho a la integridad de la creación.- nadie puede cambiar o modificar algo en la obra sin la autorización del creador.

El creador tiene la facultad de oponerse a cualquier alteración o modificación de la creación si ese cambio va en contra de la reputación o decoro de la obra.

2.2.3.4.- Derecho a la modificación de la creación: si el autor cambia de convicciones o su convicción evoluciona puede modificar su obra pero tiene un limitante, no puede realizar cambios si ya está en manos de un tercero a menos que pague una indemnización.

2.2.3.5.- Derecho al inédito o anónimo: un creador tiene la facultad de difundir su creación, pero si no quiere nadie le puede obligar a difundir la obra, entonces tiene derecho de mantener en anónimo su creación.

2.2.3.6.- Derecho al acceso ejemplar único de la creación: sucede sobre todo en las obras de arte. La obra es única, no se pueden producir ejemplares, pero el creador no es el titular, y el creador puede acceder a su obra para difundirla.

2.3.- DERECHO PATRIMONIAL

El derecho patrimonial consiste en la facultad que tiene el autor de explotar su creación intelectual, ya sea por sí mismo o autorizando a un tercero para que lo haga, con la finalidad o no de recibir una retribución económica; así también, tiene la facultad de prohibir dicha explotación de su obra.

El Derecho Patrimonial, al contrario del Derecho Moral tiene una duración temporal que generalmente es durante la vida del autor y varios años después de su muerte, tiempo que varía de acuerdo a la legislación de cada país, en nuestro caso y como lo establece el Art. 80 de la Codificación a la Ley de Propiedad Intelectual “*El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra*”²⁸. Luego de este tiempo la obra pasa al dominio público para que sea utilizada por cualquier persona. Sin olvidar que el derecho moral se mantendrá ileso.

De la misma manera el derecho patrimonial puede ser transferido de forma total o parcial por parte de su autor o titular, ya sea a título gratuito u oneroso. Pero si el autor renunciare voluntariamente a este derecho, la colectividad o los beneficiarios exclusivos de ello pueden usufructuar de la obra sin necesidad de una autorización.

2.3.1.- Características:

Desde el momento en que el autor crea su obra, se cubre por la protección de los derechos que la ley le otorga con respecto a la misma, adquiriendo de esta forma una

²⁸ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 80.

titularidad originaria que le servirá para la exigibilidad de sus derechos permitiéndole una explotación económica de su creación intelectual.

El Derecho Patrimonial es reconocido como un derecho exclusivo que posee el autor respecto de su creación intelectual y es concebido así desde la promulgación del denominado Estatuto de la Reina Ana, en el año de 1710 en Inglaterra, derecho que era aplicado a las escasas modalidades de explotación conocidas en aquella época, pero debido al avance tecnológico actual, este derecho ha tenido que ampliar su protección a las diversas formas de utilización de las obras del ingenio, conocidas o por conocerse.

En definitiva el derecho patrimonial es la potestad legal que posee el autor de una obra literaria para gozar de la explotación económica de la misma, o transferir este derecho a otras personas, ya sea por herencia o cesión de derechos, y así convertir al ingenio en una fuente de empleo digno.

Varias son las características del derecho patrimonial, entre éstas mencionaremos las siguientes:

- 1) **Divisible.-** Ya que se puede dividir las ganancias
- 2) **Transferible.-** El autor de la obra tiene la potestad de disponer o recibir dinero a cambio
- 3) **Embargable.-** Pueden ser objeto de medidas judiciales.
- 4) **Renunciable.-** El autor puede renunciar a la ganancia.

- 5) **Oponible frente a terceros.-** Si alguien usa económicamente la creación intelectual, el autor o titular de derechos, puede solicitar la reparación económica.

En nuestro país los derechos patrimoniales que poseen los autores con respecto a su obra son los siguientes:

- El derecho a reproducir su obra
- La decisión de comunicar su obra al público por cualquier medio o de abstenerse de hacerlo
- El derecho de distribuir al público ejemplares o copias de su obra.
- La importación de su obra
- Permitir o no la traducción adaptación o arreglo que se practique a su obra.

2.3.2.- Reproducción

Aproximadamente en el año 1400 China y Corea dan vida a un instrumento que facilitaría totalmente la reproducción masiva de obras escritas, instrumento que se denominó “imprensa” y que luego fue perfeccionada por los Alemanes, siendo Johannes Gutenberg quien introdujo este instrumento a Europa, permitiendo imprimir hasta 300 copias al día, de esta forma, los ejemplares únicos de obras literarias que existían fueron duplicados y comercializados, dando origen al hasta hoy conocido derecho de reproducción.

En la actualidad el derecho de reproducción constituye uno de los pilares fundamentales en las legislaciones internacionales en lo que se refiere a la protección de obras literarias, siendo considerado incluso como la esencia de los derechos de autor.

El derecho de reproducción constituye la decisión exclusiva y por un plazo determinado que posee el autor de una creación intelectual para autorizar a terceros, la reproducción total o parcial de su obra, o hacerlo personalmente, con el fin de ponerla al alcance del público y explotarla económicamente.

Por tal razón, la reproducción de una obra literaria, por parte de una persona natural o jurídica sin previa autorización de su autor, es considerada como una infracción al derecho de autor dentro de la legislación ecuatoriana y de varias legislaciones del mundo, pero recordemos que la autorización no sólo puede darla el autor, sino además, la persona que ejerza la titularidad sobre la obra.

La autorización mencionada en el párrafo anterior, para el caso del Ecuador debe ser realizada necesariamente mediante contrato escrito, siendo esto muy útil para fines probatorios y evitar abusos por parte de terceros, al respecto el artículo 27 de la Ley de Propiedad Intelectual establece:

El derecho exclusivo de explotación, o separadamente cualquiera de sus modalidades, es susceptible de transferencia y, en general, de todo acto o contrato previsto en esta Ley, o posible bajo el derecho civil. En caso de transferencia, a cualquier título, el adquirente gozará y ejercerá la titularidad. La transferencia deberá especificar las modalidades que comprende, de manera que la cesión del derecho de reproducción no implica la del derecho

de comunicación pública ni viceversa, a menos que se contemplen expresamente”²⁹.

Los convenios internacionales también amparan como un derecho exclusivo al derecho de reproducción, como es el caso de la Decisión 351 que trata el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, al establecer en su artículo 14 lo siguiente: *“Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”*.

La Ley de Propiedad Intelectual de nuestro país, define a la reproducción de manera más específica al incluir como parte de la reproducción el almacenamiento digital temporal y definitivo de una obra, manejando la legislación ecuatoriana la siguiente definición de reproducción:

*La reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella*³⁰.

Cabe destacar que el derecho de reproducción más significativo económicamente es el que tienen los compositores de obras musicales y autores de obras literarias, ya que se negocia la cesión de derechos de reproducción y venta de las obras mediante el uso de licencias.

²⁹ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 27.

³⁰ Ibídem., Art. 21.

Bajo esta modalidad, es decir el uso de licencias, el autor autoriza a un tercero, ya sea de forma exclusiva o no, para que éste reproduzca y explote su obra, bajo las condiciones establecidas en la licencia y a cambio de una retribución económica. Cabe destacar que esta licencia autoriza la reproducción de la obra, pero no transfiere la titularidad de los derechos, es decir, que el creador de la obra intelectual sigue manteniendo la titularidad de los derechos con respecto a su obra.

Esto no ocurre con la denominada cesión del derecho de reproducción, ya que en este caso y como su nombre lo indica el autor cede los derechos de reproducción a un tercero de forma total o parcial y por el tiempo y condiciones establecidas en el contrato de cesión. Cabe destacar que el autor conserva para sí todos los derechos no cedidos expresamente.

2.3.3.- Comunicación Pública

La Decisión 351, que contiene normas pertinentes al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, define a la comunicación pública como “[...] *todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas [...]*”.

Al igual que en el derecho de reproducción, el autor tiene la facultad de autorizar o prohibir que su obra sea difundida al público por cualquier medio, salvo en el caso de que éstas constituyan una ejecución radiodifundida, o cuando la fijación haya sido realizada con el consentimiento del autor y con fines comerciales.

Esta comunicación pública abarca toda clase de comunicaciones, ya sea en vivo o mediante fijaciones como en fonogramas, cintas, bandas magnéticas, videocopias, etc. El avance de las telecomunicaciones en nuestra sociedad actual facilita que las nuevas creaciones intelectuales sean difundidas con mayor velocidad y lleguen a una mayor cantidad de personas, pero de igual forma facilita el cometimiento de actos ilícitos que afectan el patrimonio de los autores y vulneran sus derechos.

La comunicación pública puede ser:

Directa.- Este tipo de comunicación es considerada como directa, debido a que debe ser realizada en vivo, es decir, que el intérprete o ejecutante de una obra debe estar presentándola directamente al público presente, como por ejemplo: dramatizaciones, exposición, conferencias, etc.

Indirecta.- En este tipo de comunicación la presencia del público y del intérprete de una obra no cuenta, debido a que en este caso la creación intelectual es presentada mediante fijaciones, pudiendo ser éstas Cd, cintas, bandas magnéticas, etc.

2.3.4.- Distribución Pública

Mediante la utilización de este derecho el autor tiene la facultad de poner a disposición del público su obra, ya sea mediante venta, arrendamiento, préstamo público o cualquier otra forma, esta distribución será de su obra original o copias.

Cuando el autor distribuye su obra mediante arriendo, se fijará en el contrato el tiempo por el cual durará este arriendo y el beneficio económico que esto representará para el autor, así también su forma de pago.

En el caso de que la distribución sea realizada mediante préstamo, al igual que el arriendo, se fijará un límite de tiempo, pero con la diferencia de que en este caso no se establecerá una retribución económica en favor del autor o titular de derechos de la creación intelectual.

Si la distribución se realiza mediante la modalidad de venta, el inciso cuarto del Art. 23 de la Ley de Propiedad Intelectual establece lo siguiente: *“El derecho de distribución mediante venta se agota con la primera y, únicamente respecto de las sucesivas reventas dentro del país, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo para autorizar o prohibir el arrendamiento y préstamo público de los ejemplares vendidos”*.

2.3.5.- Importación

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual define al derecho de importación como:

El derecho de importación confiere al titular de los derechos de autor la facultad de prohibir la introducción en el territorio ecuatoriano, incluyendo la transmisión analógica y digital, del original o copias de obras protegidas, sin perjuicio de obtener igual prohibición respecto de las copias ilícitas. Este derecho podrá ejercerse tanto para suspender el ingreso del original y copias en fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los

ejemplares que ya hubieren ingresado. Este derecho no afectará los ejemplares que formen parte del equipaje personal³¹.

Este derecho ha tomado fuerza en los últimos tiempos, debido a que varios países han celebrado convenios para eliminar barreras comerciales y arancelarias, facilitando el comercio internacional, razón por la cual, mediante la aplicación de este derecho se busca proteger la decisión del autor de permitir el ingreso o no de su obra, ya sea original o copias al territorio del país, sin importar que estas copias hayan sido realizadas con autorización del autor.

2.3.6.- Traducción, Adaptación y Modificación

Este derecho a más de garantizar el derecho moral que posee el autor sobre su obra de prohibir que la misma sea modificada, sirve además para la exigibilidad del derecho patrimonial en las diferentes formas en que una obra puede ser trasformada siendo éstas las siguientes:

Adaptación.- Consiste en usar una obra ya creada, como base para la elaboración de una nueva, cuyo producto sea análogo o diferente a la que sirvió de base, siendo principal requisito la originalidad con la que se realice la adaptación, debido a que se requiere de conocimientos específicos y de un nuevo aporte intelectual significativo, aporte que será protegido.

Traducción.- Es un trabajo que requiere de mucho conocimiento en el idioma en que ha sido creada la obra -partimos de una obra ya creada- y del idioma al que será

³¹ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 24.

traducida, a diferencia de la adaptación, en la traducción es un requisito indispensable que la obra sea traducida lo más exactamente posible al trabajo original.

Este derecho ampara los cambios que pueden introducirse en una obra preexistente de cuyo producto resulte una obra distinta que generará nuevos derechos, tanto para el titular original, como para la persona que realizó la transformación de la obra.

En el caso de que el autor original realice una transformación de su obra, el resultado sería una versión nueva de la misma, en cuyo caso posee todos los derechos de autor que se generen de la nueva versión de su obra, pero, si el autor autoriza a una nueva persona la transformación de su obra, esta persona se convierte en un nuevo autor y adquiere todos los derechos sobre la transformación, salvo los derechos morales que le corresponden al autor de la obra original.

Si con la transformación que se realice a la obra preexistente, el autor de la misma se siente perjudicado en sus derechos morales, tiene la facultad de retractarse de la autorización otorgada y de mantener la integridad de su obra e impedir su difusión.

2.4.- Limitaciones a los derechos patrimoniales en razón del tiempo

Como ya lo habíamos visto anteriormente, el autor tiene la facultad de explotar económicamente su creación intelectual y servirse de ella en los términos establecidos en la ley y con las limitaciones que en ella consten. Cabe destacar que estas limitaciones afectan simplemente al derecho patrimonial que el autor posee sobre su obra, lo que no ocurre con los derechos morales, ya que éstos no poseen restricciones en el ámbito normativo.

Estas limitaciones son establecidas buscando fomentar la cultura y facilitar la educación de la sociedad, atendiendo al interés general sobre el particular, sin entender esto, como una puerta para menoscabar el derecho que posee el autor de explotar su obra como una fuente de empleo digno, ya que de no proteger los intereses tanto morales como patrimoniales de los autores ecuatorianos, estaríamos matando la creación intelectual en nuestro país.

En el caso de nuestra legislación, el derecho patrimonial se encuentra limitado en razón del tiempo como lo establece la Ley de Propiedad Intelectual al decir que:

El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra.

En las obras en colaboración, el período de protección correrá desde la muerte del último coautor.

Cuando se trate de obras póstumas, el plazo de setenta años comenzará a correr desde la fecha del fallecimiento del autor.

La obra anónima cuyo autor no se diere a conocer en el plazo de setenta años a partir de la fecha de la primera publicación pasará al dominio público. Si antes de transcurrido ese plazo se revelare el nombre del autor, se estará a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo.

Si no se conociere la identidad del autor de la obra publicada bajo un seudónimo, se la considerará anónima.

Si una obra colectiva se diere a conocer por partes, el período de protección correrá a partir de la fecha de publicación del último suplemento, parte o volumen³².

³² CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 80.

Esta limitación al derecho patrimonial en razón del tiempo, responde al interés público de poder usar una creación intelectual de forma libre, al pasar ésta a formar parte del dominio público, esto quiere decir que, una vez que se ha cumplido el plazo previsto en la legislación para explotar económicamente una obra por parte de su autor y sus derechohabientes, ésta puede ser utilizada por cualquier persona, la misma que estará obligada a respetar los derechos morales del autor. De esta manera, el Estado busca garantizar el libre acceso a la cultura y educación de sus habitantes.

Pero hay casos en que las personas, sin permiso del creador, sí pueden utilizar una creación, obviamente respetando los derechos de autor, estos casos son:

- 1) La inclusión en una obra propia de fragmentos de otra obra, pero siempre que sea con fines científicos e investigativos y siempre que se señale la fuente.
- 2) La interpretación de obras musicales en actos del Estado, en actos religiosos y otros que no tienen fines económicos.
- 3) La comunicación, distribución, reproducción de comentarios o artículos de interés colectivo, igualmente debe citarse la fuente.
- 4) La comunicación, distribución, reproducción de discursos que se han emitido en conferencias, discursos, charlas siempre y cuando se cite la fuente.
- 5) La reproducción de las noticias del día que ya han sido radiodifundidas, hay que citar la fuente.
- 6) La reproducción de obras que están en lugares públicos que tengan como fin la divulgación del arte, la ciencia y el conocimiento.
- 7) Las grabaciones efímeras, aquellas que van a permitir ser escuchadas y luego distribuidas.

- 8) Las parodias, si hay originalidad pueden ser protegidas.
- 9) Las obras únicas pero con fines científicos.
- 10) Las lecciones, charlas, cátedras impartidas en las universidades simplemente con fines investigativos y educativos.

2.5.- DURACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El límite de duración de los derechos patrimoniales que posee el autor sobre su obra, no podrá ser inferior a la vida de su autor, así lo establece la Decisión 351 que trata el Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos:

[...] la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización divulgación o publicación de la obra, según el caso³³.

Esta Decisión, ratifica lo señalado anteriormente, y prohíbe que los países miembros utilicen en sus legislaciones internas, plazos de protección inferiores a los establecidos en la cita anterior, y de hacerlo, ordena que éstos sean automáticamente prorrogados hasta cumplir o superar el tiempo establecido en la misma.

³³ DECISIÓN 351, op. cit., Art. 18.

Así también lo señala el artículo 7 numeral 1 del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, publicado en el Registro Oficial 844 del 2 de enero de 1992, quién además, en el numeral 6 del mismo artículo faculta a los países a conceder plazos de protección más extensos que los señalados.

En el caso de nuestro país, el tiempo de protección de los derechos patrimoniales en favor de los autores, tanto nacionales como extranjeros y sus derechohabientes, supera los plazos establecidos en los dos convenios citados anteriormente, fijando un alcance de hasta setenta años después del fallecimiento del autor, sin importar el lugar o país de origen de la obra.

2.7.- TRANSMISIÓN Y TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE AUTOR DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Transmisión.- Al fallecer el autor, transfiere sus derechos a sus causahabientes hasta por 70 años después de su muerte.

Transferencia.- Los Derechos de Autor se pueden transferir a través de los siguientes actos contractuales.

- 1) **La cesión.-** Aquí se transfiere la titularidad de los derechos patrimoniales y puede ser total o parcial.
- 2) **Licencia de uso.-** Se transfiere la facultad de utilizar la creación, no se transfiere la titularidad de los derechos patrimoniales.

- 3) **Contrato de edición.-** A través de este contrato se permite a una tercera persona que publique la obra literaria.
- 4) **Inclusión fonográfica.-** Es el sistema de fijación utilizado para una obra musical o de video
- 5) **Derecho de representación.-** Permitir que un tercero represente al autor o titular de derechos de autor.
- 6) **Radiodifusión.-** Se permite la radiodifusión de la obra a una tercera persona.
- 7) **Publicidad.-** Es el mecanismo mediante el cual se da a conocer la obra para que ésta sea utilizada.

2.8.- PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR DE OBRA LITERARIA CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

La Legislación en materia de Derechos de Autor de Obra Literaria, considera a los programas de ordenador conocidos o software como obras literarias, sin importar cuál es su forma de presentación.

Software.- Es la secuencia de instrucciones, indicaciones destinadas a ser leídas directa o indirectamente por un aparato electrónico, por un lector de información que buscan cumplir con una finalidad específica, dentro de éste tenemos todos los datos que están relacionados con el programa.

La titularidad es del dueño de la empresa. Respecto de este programa hay 3 usos permitidos:

- a) La fijación del programa en el disco duro, no puede transferir ese uso.
- b) Una copia con fines de seguridad.
- c) Una adaptación para el uso personal del usuario del software, pero en el contrato de licencia debe estar expresamente permitida esa posibilidad.

2.9.- DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

El derecho de autor y copyright constituyen dos concepciones sobre la propiedad literaria y artística. El primero proviene de la familia del derecho continental, particularmente del derecho francés, mientras que el segundo procede del derecho anglosajón (o common law).

El derecho de autor se basa en la idea de un derecho personal del autor, fundado en una forma de identidad entre el autor y su creación. El derecho moral está constituido como emanación de la persona del autor: reconoce que la obra es expresión de la persona del autor y así se lo protege.

La protección del copyright se limita estrictamente a la obra, sin considerar atributos morales del autor en relación con su obra, excepto la paternidad; no lo considera como un autor propiamente, pero tiene derechos que determinan las modalidades de utilización de una obra.

En 1790, las obras protegidas por la Copyright de Estados Unidos eran sólo los “mapas, cartas de navegación y libros” (no cubría las obras musicales o de arquitectura). Este copyright otorgaba al autor el derecho exclusivo a publicar las obras, por lo que, sólo

se violaba tal derecho si reimprimía la obra sin el permiso de su titular. Además, este derecho no se extendía a las “obras derivadas” (era un derecho exclusivo sobre la obra en particular), por lo que no impedía las traducciones o adaptaciones de dicho texto. Con los años, el titular del copyright obtuvo el derecho exclusivo a controlar cualquier publicación de su obra. Sus derechos se extendieron, de la obra en particular, a cualquier “obra derivada” que pudiera surgir en base a la “obra original”.

Asimismo, el Congreso de Estados Unidos incrementó en 1831 el plazo inicial del copyright de 14 a 28 años (o sea, se llegó a un máximo de 42 años de protección) y en 1909 extendió el plazo de renovación de 14 a 28 años (obteniéndose un máximo de 56 años de protección). Y, a partir de los años 50, comenzó a extender los plazos existentes en forma habitual (1962, 1976 y 1998).

En la actualidad el símbolo © hace referencia al derecho de autor (copyright) que protege obras intelectuales, como canciones, libros, obras dramáticas, obras cinematográficas y audiovisuales; dibujos, pinturas etc.

CAPITULO III

RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE AUTOR

3.1.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Nuestro país ha venido experimentado una continua evolución constitucional, incluso desde antes del inicio de su vida Republicana *“al formular en 1812 la Primera Constitución propia, la del Estado de Quito, -mediante ésta- se logra un documento de notable madurez y originalidad”*³⁴. Cabe destacar que esta constitución fue dictada bajo el dominio español.

El Ecuador como tal, es decir al inicio de su vida republicana en 1830, a través de la Asamblea celebrada en la ciudad de Riobamba, expide la primera Constitución, en ésta se buscaba de forma decidida pasar del *“régimen monárquico al republicano; de un sistema de dependencia a uno de independencia”*³⁵.

Es así que la defensa constitucional de los derechos que poseen los autores respecto de sus creaciones intelectuales, se menciona a partir de la constitución de 1835 al establecer en su artículo 99 el siguiente texto: *“El autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiera su publicación, se dará al inventor la indemnización correspondiente”*³⁶.

Con esta disposición y como sostiene Monseñor Juan Larrea Holguín, nuestro país *“da un paso de progreso al garantizar expresamente los descubrimientos o producciones*

³⁴ LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 2007, tomo I, p. 2

³⁵ *Ibíd*em, p. 4.

³⁶ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, *Constituciones Ecuatorianas*, tomo I, 1997, Quito, p. 17.

*de la inteligencia, es decir, lo que generalmente se llama propiedad artística y literaria o de invención, o más genéricamente propiedad intelectual*³⁷.

Las siguientes son las disposiciones más relevantes en defensa de los derechos de autor que han sido recogidos por las Constituciones del Ecuador:

La Constitución de 1845 en el Título XI “De las Garantías” establecía en su artículo 118 que:

Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones [...] o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo³⁸.

La Constitución de 1945 en su Título XIII “De las Garantías Fundamentales”, Sección 4a. “De la Economía” Art. 147, establecía como garantía de los derechos que poseen los autores, la siguiente disposición: “*El Estado garantiza la propiedad de los descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas, en los términos prescritos por las leyes*”³⁹.

La Constitución de 1946 en procura de los derechos de los autores mantenía en su segunda parte, Título II “De las Garantías”, Sección II “De las Garantías Individuales

³⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan, *El Dominio y los modos de adquirir*, Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 2010, vol. VII, Quito, p. 100.

³⁸ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, op. cit., p. 20.

³⁹ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 244.

Comunes” Art. 187 numeral 10 la siguiente disposición: *“La Libertad de trabajo, comercio e industria. Todos gozan del derecho de sus descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas, en los términos prescritos por la ley”*⁴⁰.

La Constitución de 1967 en el Título IV “De los Derechos, deberes y Garantías”, Capítulo II “De los Derechos de las Personas” Art. 28 numeral 13 amparaba general los derechos de los autores al establecer que: *“El Derecho de los autores nacionales y extranjeros sobre sus creaciones literarias, artísticas y científicas; la ley regulará el ejercicio de tal derecho, conciliándolo con la función social inherente a la creación cultural”*⁴¹.

Esta disposición constitucional por primera vez en nuestro país hace extensiva la protección de los derechos de autor incluso para los extranjeros, ratificando de esta forma el cumplimiento de los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia.

La Constitución de 1998 por su parte reconoce a la propiedad intelectual de forma general enmarcándola dentro de la sección 1a. “De la Propiedad” y establece en el tercer inciso del Art. 30 que *“Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes”*⁴².

La Constitución de 2008 como resultado de una larga evolución constitucional es mucho más garantista, clara y específica en lo que se refiere a los derechos de autor, es decir, conoce de las garantías que tanto los autores ecuatorianos como extranjeros necesitan

⁴⁰ LARREA HOLGUÍN, Juan, *Constitución Política del Estado Ecuatoriano del año 1946*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 1973, Quito, p. 170.

⁴¹ LARREA HOLGUÍN, Juan, *Constitución Política del Estado Ecuatoriano del año 1967*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 1969, Quito, p. 11.

⁴² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998, Art.

para continuar aportando al desarrollo intelectual de la humanidad, es así que protege a la propiedad intelectual de forma general en el Art. 322 al señalar que:

Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad⁴³.

Y de forma específica, en su Art. 22 dice:

Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría⁴⁴.

En este artículo la constitución misma se encarga de proteger el goce de los derechos, tanto morales como patrimoniales que posee el autor con respecto de su obra, fomentado de esta forma, no sólo el incremento de la cultura, sino también, el desarrollo de la educación, de la misma manera impulsa el desarrollo intelectual de su población, y al brindar la oportuna y eficaz protección de las obras como resultado de la creación intelectual, crea una nueva fuente de empleo digno en nuestro país.

⁴³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, Art. 322

⁴⁴ *Ibíd.*, Art. 22

3.2.- CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS.

El Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, fue expedido el 9 de septiembre de 1886, el mismo que, posteriormente fue Completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

El objetivo de la celebración de convenios internacionales en materia de derechos de autor, es brindar una protección extensiva a los autores tanto nacionales como extranjeros en cada uno de los países contratantes de un convenio, es decir, las obras publicadas por autores nacionales de un Estado contratante, gozarán de la misma protección de la cual se cobijan en su territorio, en cada uno de los otros Estados contratantes, así como también, la protección que cada uno de estos Estados conceda a las obras de sus nacionales publicadas por primera vez en su propio territorio.

Marco Proaño Maya considera que los Tratados Internacionales *“constituyen leyes especiales, y de acuerdo a los principios fundamentales del derecho civil, la ley especial prevalece sobre la general. Por consiguiente, el autor extranjero puede optar entre la ley vigente en el país y la convención celebrada”*⁴⁵.

El convenio de Berna como comúnmente se le conoce, es considerado como uno de los instrumentos de mayor importancia en el mundo, en lo que a derechos de autor se refiere, ya que cuenta con claras y amplias disposiciones que regulan la protección de obras

⁴⁵ PROAÑO MAYA, Marco, op. cit., p. 105.

literarias y artísticas y que además armonizan con la legislación interna de cada uno de los países contratantes.

El artículo 2 de este instrumento nos da a conocer una amplia lista de las obras que son consideradas como literarias y artísticas, entre estas tenemos:

producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático - musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias⁴⁶.

En lo que se refiere a los derechos patrimoniales, el Convenio de Berna hace referencia al derecho de Reproducción como exclusivo del autor, pero reserva a las legislaciones internas, la facultad de permitir la libre reproducción de una obra en casos especiales, sin que esto afecte a la explotación económica por parte de su propio autor.

⁴⁶ Convenio s/n, *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Registro Oficial 844 del 2 de enero de 1992, Art. 2, numeral 1.

Además faculta el uso de la denominada “cita textual”, la misma que comprende en tomar una fracción de texto, ya sea de libros, artículos periodísticos, revistas de prensa, etc., siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

Para la exigibilidad de los derechos tanto morales como patrimoniales de las obras literarias y artísticas, el presente convenio establece que bastará que el nombre o seudónimo del autor aparezca estampado en la obra en la forma usual, de tal manera que identifique plenamente a su verdadero autor y faculta el decomiso de las obras falsificadas, como una medida sancionatoria.

3.3.- CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR

La Convención Universal sobre Derechos de Autor fue adoptada en la ciudad de Ginebra Suiza, el 6 de septiembre de 1952 y revisada en París el 24 de julio de 1971, nuestro país se adhirió a este importante convenio el 6 de junio de 1991, cuyo principal objetivo es la protección efectiva de los derechos de los autores de obras literarias, científicas y artísticas, así como también la protección de los titulares de derechos de autor sobre las mismas.

Mediante la firma de este convenio, los Estados contratantes se comprometen a brindar una protección recíproca en favor de los autores de obras literarias, científicas y artísticas por el plazo establecido en la legislación interna de cada país, sin que por ningún motivo, dicho plazo sea inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte.

Esta Convención busca asegurar la protección de los intereses patrimoniales que el autor posee con respecto a su creación intelectual, siendo éstos: El derecho de autorizar la reproducción, radiodifusión, representación y ejecuciones públicas de su obra, etc.

En lo que se refiere a la traducción de las obras protegidas por el Convenio Universal de Derechos de Autor se establece las siguientes disposiciones:

- a) Si, a la expiración de un plazo de siete años a contar de la primera publicación de un escrito, la traducción de este escrito no ha sido publicada en una lengua de uso general en el Estado contratante, por el titular del derecho de traducción o con su autorización, cualquier nacional de ese Estado contratante podrá obtener de la autoridad competente de tal Estado una licencia no exclusiva para traducirla en dicha lengua y publicarla;
- b) Tal licencia sólo podrá concederse si el solicitante, conforme a las disposiciones vigentes en el Estado donde se presente la solicitud, demuestra que ha pedido al titular del derecho la autorización para hacer y publicar la traducción, y que después de haber hecho las diligencias pertinentes no pudo localizar al titular del derecho u obtener su autorización. En las mismas condiciones se podrá conceder igualmente la licencia si están agotadas las ediciones de una traducción ya publicada en una lengua de uso general en el Estado contratante;
- c) Si el titular del derecho de traducción no hubiere sido localizado por el solicitante, éste deberá transmitir copias de su solicitud al editor cuyo nombre aparezca en los ejemplares de la obra, y al representante diplomático o consular del Estado del cual sea nacional el titular del derecho de traducción, cuando la nacionalidad del titular de este derecho es conocida, o al organismo que pueda haber sido designado por el gobierno de ese Estado.

No podrá concederse la licencia antes de la expiración de un plazo de dos meses desde la fecha del envío de la copia de la solicitud;

d) La legislación nacional adoptará las medidas adecuadas para asegurar al titular del derecho de traducción una remuneración equitativa y de acuerdo con los usos internacionales, así como el pago y el envío de tal remuneración, y para garantizar una correcta traducción de la obra;

e) El título y el nombre del autor de la obra original deben imprimirse, asimismo, en todos los ejemplares de la traducción publicada. La licencia sólo será válida para la publicación en el territorio del Estado contratante donde ha sido solicitada. La importación y la venta de los ejemplares en otro Estado contratante serán posibles si tal Estado tiene una lengua de uso general idéntica a la cual ha sido traducida la obra, si su legislación nacional permite la licencia y si ninguna de las disposiciones en vigor en tal Estado se opone a la importación y a la venta; la importación y la venta en todo Estado contratante en el cual las condiciones precedentes no se apliquen se reservarán a la legislación de tal Estado y a los acuerdos concluidos por el mismo. La licencia no podrá ser cedida por su beneficiario; y,

f) La licencia no podrá ser concedida en el caso de que el autor haya retirado de la circulación los ejemplares de la obra⁴⁷.

La presente Convención, faculta a los países contratantes para que sustituyan el plazo de siete años estipulado en el literal a), antes mencionado, por el plazo de tres años o uno más largo, tomando en cuenta la legislación interna de cada país, pero, de ser el caso, que la obra necesite ser traducida a una lengua específica, que sea utilizada en uno o varios países desarrollados, este plazo de tres años, será bajado al de un año.

⁴⁷ CONVENCIÓN, s/n, *Convención Universal sobre los derechos de autor*, Registro Oficial 847 del 7 de enero de 1992, Artículo V.

Cabe resaltar que las licencias mediante las cuales se autoriza la traducción de una obra, no podrán ser concedidas, sino, previa demostración de parte del peticionario, que ha pedido al titular del derecho autorización para publicar la obra o que:

A pesar de haber puesto en ello la debida diligencia, no ha podido encontrar al titular del derecho u obtener su autorización. En el momento de presentar su solicitud, el peticionario deberá informar al Centro Internacional de Información sobre Derecho de Autor creado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, o a todo centro nacional o regional de intercambio de información⁴⁸.

3.4.- EXIGIBILIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ECUADOR

Como se revisó revisamos anteriormente, el Ecuador desde sus inicios como República incorporó dentro de la Constitución expedida en 1835 una disposición que protegía los derechos que poseen los autores con respecto de su creación intelectual, y con el fin de asegurar el cumplimiento a esta garantía, en el año de 1887 se expide la Ley de Propiedad Literaria y Artística, posteriormente, es decir, en 1958, entra en vigencia la Ley de Propiedad Intelectual, para luego ser sustituida en 1976 por la Ley de Derechos de Autor, la misma que fue derogada en 1998 por la denominada Ley de Propiedad Intelectual, y es en el año 2006 que se promulga la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, expedida mediante Codificación 2006-013 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial 426 del 28 de diciembre de 2006, la misma que rige hasta la actualidad.

En sus inicios las leyes expedidas en materia de propiedad intelectual trataban sobre los derechos que cobijaban a los autores, considerados como tales: a los escritores, pintores,

⁴⁸ Ibídem., Artículo V quater, núm. 1 literal a).

escultores, compositores, editores, y al reproductor cuando hubiere sido autorizado por el autor.

El derecho patrimonial o derecho económico era protegido durante toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, estableciendo además como condición para la protección de estos derechos, el registro previo de la obra.

La Ley de Propiedad Intelectual en vigencia está compuesta de la siguiente manera:

- 1) El derecho de autor y los derechos conexos;
- 2) La propiedad industrial que protege los signos distintivos: marcas, nombres comerciales, lemas comerciales, apariencias distintivas, denominaciones de origen o indicaciones geográficas; las patentes que protegen toda invención siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación industrial, los modelos de utilidad y los dibujos y modelos industriales; y
- 3) Las obtenciones vegetales que protege a todos los géneros y especies vegetales cultivadas que impliquen el mejoramiento vegetal heredable de las plantas, en la medida que aquel cultivo y mejoramiento no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal. Para que las obtenciones sean registradas deben ser nuevas, distinguibles, homogéneas y estables⁴⁹.

⁴⁹ <http://www.slideshare.net/Latindex/los-derechos-de-autor-en-el-ecuadorinstituto-ecuatoriano-de-propiedad-intelectual>

En lo que se refiere al derecho patrimonial, es decir, al derecho que posee el autor de disfrutar económicamente de su creación intelectual, la Ley en vigencia otorga al autor el derecho exclusivo de explotar su obra, sin importar la forma y con las limitaciones establecidas en la ley (Art. 19).

En la actualidad y con el acelerado crecimiento de la tecnología se hace cada vez más difícil garantizar la protección del derecho económico de los autores, principalmente de obras literarias, debido al uso de modernas máquinas de impresión que han hecho posible la reproducción ilícita de obras protegidas a gran escala, cuyo producto es de similar calidad que el original.

El Estado ecuatoriano ha ratificado cuanto convenio se ha expedido en materia de propiedad intelectual, haciéndolos parte de la legislación del país, pero no se ha preocupado en crear mecanismos que verdaderamente faciliten su aplicación e impidan que la denominada “piratería” frene el desarrollo de los autores tanto nacionales como extranjeros.

La Codificación a la Ley de Propiedad Intelectual, expedida mediante codificación 2006-013 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial 426 del 28 de diciembre del 2006, la misma que a la fecha se encuentra vigente, establece dos mecanismos para hacer exigibles los derechos de autor, estos son: administrativo y judicial.

3.4.1.- Protección administrativa de los derechos de autor de Obra literaria

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, fue creado con la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual 83, publicada en el Registro Oficial 320 del 19 de mayo de 1998. Es un organismo de carácter administrativo cuya función es la de “*propiciar*,

*fomentar, prevenir, proteger, y defender a nombre del Estado ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual [...]*⁵⁰.

La Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual le faculta al IEPI para que ejerza las siguientes actividades:

- a) Propiciar la protección y la defensa de los derechos de propiedad intelectual, reconocidos en la legislación nacional y en los Tratados y Convenios Internacionales;
- b) Promover y fomentar la creación intelectual, tanto en su forma literaria, artística o científica, como en su ámbito de aplicación industrial, así como la difusión de los conocimientos tecnológicos dentro de los sectores culturales y productivos; y,
- c) Prevenir los actos y hechos que puedan atentar contra la propiedad intelectual y la libre competencia, así como velar por el cumplimiento y respeto de los principios establecidos en esta Ley⁵¹.

A través de la Tutela Administrativa, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, hace exigibles los derechos inherentes a los autores, estas acciones deberán ser adoptadas de oficio, es decir, sin que haga falta el impulso de la parte afectada, o a petición de parte.

Además, el IEPI estará obligado a realizar una inspección del lugar donde se presuma se está cometiendo la infracción, con el fin de verificar y solicitar información,

⁵⁰ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, op. cit., Art. 3.

⁵¹ *Ibídem*, Art. 346.

para luego de un proceso administrativo que se explicará en el capítulo IV del presente estudio sancionar la violación de los derechos de autor.

Para el caso de mercaderías que pretendan ingresar o salir del país, y estas atenten contra los derechos de autor, la Corporación Aduanera Ecuatoriana tiene la obligación de impedir este acto y enviar un informe pormenorizado al presidente del IEPI, quien deberá confirmar o revocar esta medida.

Sin embargo, la realidad es otra, lamentablemente el control de mercaderías ilegales en las fronteras ecuatorianas, es muy frágil, existen varias rutas de ingreso al país que evaden el control aduanero, y somos testigos de cómo en la época de inicio de clases, tanto en la sierra como en la costa, las librerías se abarrotan de textos escolares y demás literatura que han sido reproducidos de forma ilegal y cotizados en el mercado a menor precio que un libro original.

Aparentemente, esta práctica beneficiaria la economía de padres y estudiantes de nuestro país, pero, al no fomentar una cultura de respeto a la creación intelectual, estamos frenando el desarrollo de nuestro país que ha dejado de producir y nos hemos limitado a copiar y consumir creaciones de autores extranjeros.

La Ley del Libro al igual que la Ley de Propiedad Intelectual defiende los derechos de autor pero con una visión más amplia, ya que considera a estos derechos *“como patrimonio inalienable de la cultura del país, prohibiendo y sancionando las prácticas ilícitas de producción y reproducción total o parcial cualesquiera sean los medios utilizados”*⁵².

⁵² Ley 2006-47, *Ley del Libro*, op. cit., Art. 2 literal b).

Un caso sonado de reproducción ilícita en el año 2001, fue la falsificación de aproximadamente ochenta mil ejemplares de la obra “Our World Through English”, emitida por el Ministerio de Educación y Cultura, libro que por un proyecto firmado con el gobierno británico en 1993 era de utilización obligatoria en los establecimientos secundarios fiscales y fiscomisionales del país⁵³.

Lo lamentable es que estos libros, a más de ser copiados ilegalmente, tenían fallas, tanto de forma, como de fondo, lo que significaba no sólo un perjuicio para el Estado ecuatoriano, sino también, para su juventud que se educaba en base a ese texto escolar.

El papel que ha desempeñado el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, en los procesos de tutelas administrativas con el fin de descubrir y frenar estas actividades atentatorias cometidas por grandes empresas encargadas de reproducir ilegalmente obras protegidas, ha sido verdaderamente débil y burocrático.

Todos los días vemos a muchos profesionales del derecho intentando hablar con las personas responsables del proceso de tutela administrativa, tratando de fijar día y hora para que se realice la inspección a los locales donde se presume se están copiando obras protegidas por los derechos de autor, cuando esta inspección debería ser ágil y sorpresiva, para evitar de esta forma que el producto final invada el mercado.

3.4.2.- Protección judicial de los derechos de autor de Obra Literaria.

Dentro de la protección judicial de los derechos de autor, la legislación ecuatoriana concede al afectado la posibilidad de reclamar sus derechos por la vía civil, ante el Tribunal

⁵³ Tomado de la página web www.hoy.com.ec Diario HOY

de lo Contencioso Administrativo, persiguiendo el cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios; o, penalmente, mediante la presentación de una denuncia ante la Policía Judicial o la Fiscalía, luego de lo cual, se abrirá un indagación previa para iniciar la investigación hasta dar con los responsables y sancionarlos.

CAPÍTULO IV

EXIGIBILIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL EN OBRAS LITERARIAS

4.1.- INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, -en adelante IEPI-, fue creado con la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual 83, publicada en el Registro Oficial 320, del 19 de mayo de 1998, cuya principal función es velar por el cumplimiento de las Leyes y tratados internacionales en materia de propiedad intelectual.

Posee una total autonomía económica, es decir, administra por sí mismo los recursos obtenidos por concepto de tasas cobradas por los servicios prestados en las diferentes Direcciones que lo conforman, estas Direcciones son:

- La Dirección Nacional de Propiedad Industrial
- La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos y,
- La Dirección Nacional de Biodiversidad, Conocimientos Tradicionales y Obtenciones Vegetales.

Cada una de estas direcciones cumple funciones distintas, pero que en conjunto abarcan el quehacer intelectual de los ciudadanos, tanto nacionales como extranjeros, cuyo objetivo es proteger y promover el desarrollo creativo del Ecuador.

Así también, los autores de obras literarias tienen la facultad de inscribir o no, su creación intelectual, en el caso de inscribirla, deberán hacerlo en la Dirección Nacional de Derechos Autor y Derechos Conexos, acto que es recomendable, ya que a pesar de que la ley protege a las obras desde el momento de su creación, este certificado de registro nos servirá como un medio de prueba para demostrar la autoría en el caso de presentarse una controversia a posteriori.

4.2.- REGISTRO DE UNA OBRA LITERARIA EN EL IEPI

Como habíamos mencionado anteriormente, el registro de una obra literaria en el IEPI es facultativo para su autor, pero el no hacerlo, no significa que el autor pierde sus derechos sobre la misma, o que el Estado no la protegerá, ya que la ley claramente señala que: *“El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna”*⁵⁴.

La tutela de los derechos de autor nace con la sola creación de la obra literaria, como sostiene Guillermo Ledesma *“La protección legal nace en principio, de la creación, sean cuales fueren el mérito y el destino de la obra creada. Si hay creación en el dominio literario, científico o didáctico, hay obra intelectual”*⁵⁵.

La originalidad es una característica propia para la protección de la obra literaria, ya que de esta forma se diferenciará de las demás; la doctrina señala que:

⁵⁴ Cod. 2006-013, *Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual*, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426, del 28 de diciembre de 2006, Art. 5.

⁵⁵ LEDESMA, Guillermo, *Derecho Penal Intelectual*, Editorial Universidad. Primera edición 1992, Argentina, p. 78.

La originalidad no quiere decir otra cosa sino que la obra pertenezca efectivamente al autor; que sea obra suya y no copia de la obra de otro. Porque en la propiedad intelectual la creación no se contempla como aportación del autor al acervo de las creaciones anteriormente existentes, de modo que venga a incrementarlo mejorándolo, lo que explicaría el valor que en la obra habría de representar ser nueva”⁵⁶.

Sin embargo, el registro de una obra literaria, al constituir éste un acto administrativo, da certeza de la existencia de la obra, así como del nombre o seudónimo de su autor, del título, fecha y su contenido, esto beneficiara al autor en el caso de que se reproduzca ilícitamente su obra, ya que se presumirá su autoría, y al momento de hacer exigibles sus derechos se realizará un análisis comparativo entre la obra depositada en el IEPI al momento del registro y la reproducida de forma ilegal, análisis que servirá a la autoridad competente para orientar su resolución.

4.2.1.- Procedimiento para el Registro de una Obra Literaria

En un sentido amplio, la actividad coordinada a un fin se denomina proceso. Para el registro de una obra literaria, ya sean éstas: inéditas, por publicarse, anónimas, póstumas, por encargo, entre otras, se debe observar el siguiente procedimiento:

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, publicará en su página web un formulario, el mismo que es el documento principal para iniciar el trámite de registro. Este documento debe contener:

⁵⁶ BAYLOS CORROZA, Hermenigildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Editorial Civitas, 2a. edición 1993, p. 48.

- El nombre del autor o autores con sus datos personales;
- El nombre del titular de la obra;
- Datos de la obra como: tipo de obra, fecha de publicación, número de edición, número de ejemplares; y,
- Datos del editor, solicitante.

Este formulario deberá ser impreso y firmado por el solicitante y un abogado patrocinador. Al momento de presentar la solicitud de registro o formulario se adjuntará una fotocopia legible de la cédula de identidad del autor o autores.

Además, si es una obra que se va a publicar, debe solicitarse una certificación a la institución o la editorial que la publicará, este certificado deberá indicar la fecha de publicación.

En el caso de que el registro de una obra literaria sea realizado por una institución, a manera de encargo, debe adjuntar el contrato de cesión de derechos del autor.

Para el registro de la obra el IEPI solicita la presentación de un número determinado de ejemplares que son:

- Para obras inéditas un ejemplar de la obra.
- Para obras editadas o publicadas adjuntar dos ejemplares de la obra.
- Cuando la obra se va a publicar, un borrador de la obra. Luego de ser publicada, se debe entregar dos ejemplares.

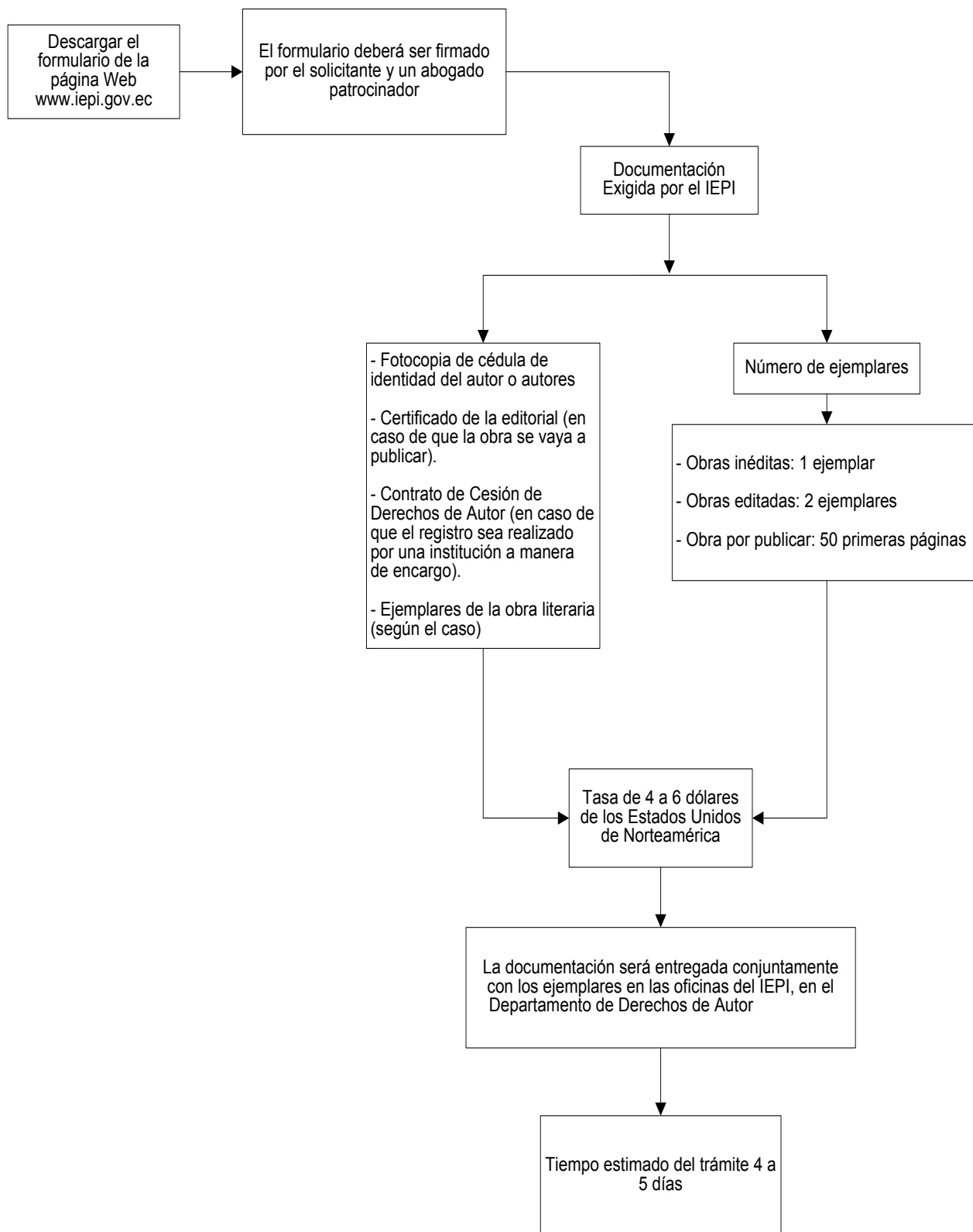
Pero a más del registro de la obra literaria, se puede solicitar también la realización de un depósito legal, que es la donación de 2 ejemplares a las principales bibliotecas del país; en este caso, aparte del número de registro de derecho de autor, el IEPI otorgará un número que hace referencia al depósito legal.

La tasa fijada para este registro es de cuatro a seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, valor que será cancelado en la cuenta del banco de Guayaquil 6265391.

Esta documentación será entregada conjuntamente con los ejemplares en las oficinas del IEPI, en el departamento de Derechos de Autor, el tiempo estimado de duración es de 4 a cinco días hábiles. Cabe destacar que los días señalados por el IEPI para realizar este trámite son: martes y jueves de 8:30 a 13:15 y de 14H00 a 16H00.

Luego de que se ha entregado toda la documentación, se fijará una fecha en la cual el IEPI extenderá un título que certifica que se ha realizado el registro de la obra literaria.

4.2.2.- Organigrama para el registro de una obra literaria



4.3.- SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La Sociedad de Gestión Colectiva es una asociación *“formada principalmente por creadores y/o artistas para ayudarse entre sí a administrar la reproducción de sus obras y/o interpretaciones y la recolección de regalías correspondientes”*⁵⁷.

Las primeras asociaciones encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos de autor se denominaban sociedades de autores o sociedades autorales, que en principio tenían las mismas funciones que en la actualidad.

En nuestro país, estas sociedades se dedican a recaudar todos los beneficios económicos que se generan de la explotación de las obras que pertenecen a los autores que han decidido de forma voluntaria asociarse a la misma, cabe resaltar que esta recaudación puede ser ejercida de forma directa, tanto por los autores como por los titulares de derechos de autor, por esta razón, es necesario que éstos otorguen un mandato en favor de la Sociedad de Gestión Colectiva para que ésta ejerza dicha actividad.

La legislación ecuatoriana define a las sociedades de gestión colectiva como *“las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos”*⁵⁸.

Las Sociedades de Gestión colectiva como obligaciones principales tienen las de:

⁵⁷ Tomado de www.proint.info/wiki/index.php?title=Sociedad_de_gesti%F3n_colectiva, Sociedad de Gestión Colectiva.

⁵⁸ Cod. 2006-013, op. cit., Art. 109.

Reconocer a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad; garantizar una distribución justa y equitativa entre los titulares de derechos, de forma proporcional a la utilización real de las obras; publicar por lo menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan⁵⁹.

Pero en el caso de que estas sociedades incumplan con sus obligaciones, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, podrá suspender la autorización de funcionamiento, permitiéndole mantener su personería jurídica hasta que ésta, subsane su incumplimiento en el plazo máximo de seis meses, luego del cual será cerrada definitivamente.

Todo lo recaudado en este período de suspensión deberá ser depositado obligatoriamente en una cuenta a nombre de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, dinero que será devuelto a la Sociedad de Gestión Colectiva una vez que haya arreglado su situación legal.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos ha autorizado el funcionamiento de varias Sociedades de Gestión Colectiva como es el caso de:

- **(AEDRA):** Asociación Ecuatoriana para la Gestión Colectiva de Derechos Reprográficos;

⁵⁹ MONTALVO, Huego, *Régimen Jurídico de las Sociedades de Gestión Colectiva*, tomado de www.derechoecuador.com

Estas sociedades y todas las que a posteriori sean aprobadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, deberán precautelar los derechos de utilización pública de las obras de sus asociados, para lo cual se sujetarán a las disposiciones establecidas en la Decisión 351, en la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

4.4.- EXIGIBILIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL DE LOS AUTORES DE OBRAS LITERARIAS

4.4.1.- Prescripción de las acciones

La Decisión 486 en su artículo 268 establece que la acción por competencia desleal prescribe en 2 años contados desde que se cometió por última vez el acto desleal.

El artículo 329 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que las acciones civiles y penales prescriben de conformidad con las normas del Código Civil y del Código Penal, respectivamente, salvo las acciones por violación a los derechos morales del autor, que son imprescriptibles.

En lo que al Código Civil se refiere, el artículo 2235 establece que las acciones por daños y perjuicios prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Lo cual es aplicable también en materia penal por vía de remisión, en virtud del principio de supletoriedad de la norma civil respecto de la penal. Esto obviamente sólo en cuanto a acciones de daños y perjuicios se refiere.

Siendo los delitos contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual sancionados con prisión, debemos entonces remitirnos a las normas de prescripción establecidas en el Código Orgánico Integral Penal para este tipo de delitos, establecidas en el artículo 72 y 75.

4.4.2.- Tutela Administrativa

El procedimiento administrativo es una garantía que tiene todo ciudadano para solicitar a la administración pública en principio y luego a la función judicial, la tutela efectiva de los derechos de autor y su resarcimiento en caso de violación. La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 332 establece que *“La observancia y el cumplimiento de los derechos de Propiedad Intelectual son de Interés Público. El Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos sobre la propiedad intelectual y velará por su cumplimiento y observancia”*, así también, en los artículos siguientes le faculta al IEPI para que a través de sus direcciones nacionales, de oficio o a petición de parte, pueda inspeccionar el lugar donde presuntamente se está cometiendo la infracción, pueda requerir información y sancione la violación de los derechos de Propiedad Intelectual. Sanción que conforme lo establece el artículo 339 del cuerpo legal en mención consiste en una multa de entre cincuenta y dos dólares con cincuenta y ocho centavos y mil ochocientos cuarenta dólares con veintitrés centavos de los Estados Unidos de Norteamérica.

En la demanda de tutela administrativa que debe ser presentada ante el IEPI, se debe solicitar la realización de una inspección y la posterior sanción de la violación de los derechos de propiedad intelectual.

En la inspección, los funcionarios del IEPI que comprobaren, aun presuntamente, la violación de derechos de propiedad intelectual, podrán proceder a la remoción de rótulos, a la aprehensión y depósito de las mercancías e inclusive a la clausura provisional del local o establecimiento, entre otras medidas cautelares; posterior a lo cual se oficiará al Juez Penal competente y a la Fiscalía. Cabe mencionar que la sanción por medio de multa no tiene naturaleza indemnizatoria para el solicitante.

4.4.2.1.- Pasos para iniciar una Tutela Administrativa

El autor que se creyere afectado en sus derechos tanto patrimoniales como morales con respecto de su obra, podrá iniciar una tutela administrativa en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, previo el pago de una tasa de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, la misma que será cancelada en la ventanilla de colecturía del IEPI.

Una vez cancelado este valor, recibirá un comprobante de ingreso, el mismo que deberá ser adjuntado al escrito de tutela administrativa, este escrito contendrá similares requisitos que los exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la presentación de una demanda, estos son:

1. La designación de la autoridad ante quien se va a presentar la Tutela Administrativa, esto es, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos conexos;

2. Las generales de ley del autor, titular de los derechos de autor o del apoderado especial, y los datos de la persona natural o jurídica⁶⁰ que presuntamente ha violado los derechos de autor.

3. Los fundamentos de hecho, es decir un breve, pero claro relato de los antecedentes por los cuales se presenta la tutela administrativa; y, la base legal en la cual se fundamenta la yo fundamento mi reclamación, lo que la ley denomina fundamentos de derecho.

4. La Petición clara de las medidas que la Dirección Nacional de Derechos de Autor debe adoptar en defensa de los derechos de autor, estas medidas pueden ser:

- Que se realice la inspección del lugar donde se está cometiendo la presunta infracción a los derechos de autor.
- La exhibición de documentos, estos pueden ser: Licencias de uso, facturas etc.
- De constatarse la violación a los derechos de autor de acuerdo al artículo 336 de la Ley de Propiedad Intelectual se solicitará la aprehensión y depósito de todos los ejemplares de las obras reproducidas ilegalmente
- El secuestro preventivo de los aparatos o medios utilizados para la reproducción no autorizada de obras protegidas.
- En base al Art. 335 de la Ley de Propiedad Intelectual se solicitará la reserva y la aplicación de las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad de la petición.

⁶⁰ El Código de Procedimiento Civil vigente, en su artículo 33 dice: No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados: ... 2 Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal.

5. La especificación del trámite que debe darse a la tutela administrativa que es el establecido en Libro V de la Ley de Propiedad Intelectual;

6. La especificación del lugar en que debe citar al presunto infractor que por lo general se lo hace en la vivienda, local o taller y en el momento que se realiza la inspección, y el lugar donde debe recibir notificaciones el actor.

Una vez ingresado el escrito de Tutela administrativa, la Dirección Nacional de derechos de Autor deberá emitir su primera providencia en la que:

- Si reúne los requisitos establecidos en la ley, se aceptará a trámite y le será asignado un número, de lo contrario, y de manera fundamentada, la Dirección Nacional de Derechos de Autor pedirá que la Tutela administrativa sea completada o aclarada en el término de tres días, de no cumplir con este requisito se abstendrá de tramitarla.
- En el caso de haber solicitado que se realice la inspección a la vivienda, local o taller, donde presuntamente se están violando los derechos de autor y la designación de peritos, previo al señalamiento de día y hora para que se realice dicha diligencia, la Dirección Nacional de Derechos de Autor ordenará el pago de la tasa por inspección y peritaje.

Una vez cumplido con lo dispuesto en la primera providencia, en lo que se refiere al pago de las tasas antes señaladas, el actor ingresará un escrito adjuntando los recibos de pago emitidos por el IEPI, y pidiendo que se señale día y hora para que se realice las diligencias indicadas en el escrito de Tutela administrativa.

Para continuar con el proceso de Tutela Administrativa, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en su segunda providencia señalará día y hora para que se lleve a cabo las diligencias solicitadas, así como también la designación de peritos, los mismos que se posesionarán ante el Director Nacional de Derechos de Autor; y concederá al presunto infractor de derechos de autor el término de diez días para que conteste a la acción de tutela administrativa y señale casilla para recibir futuras notificaciones.

Una de las diligencias solicitadas es la inspección de la vivienda, local o taller, para que de esta forma la autoridad competente constate la presunta violación a los derechos de autor, para lo cual se delegará a dos o más funcionarios del departamento de Gestión de Oposiciones y Tutelas Administrativas del IEPI, los mismos que estarán encargados de realizar dicha diligencia y en el caso de comprobar la presunta violación estarán facultados para adoptar las medidas establecidas en la ley.

A esta diligencia de inspección asistirá también la Policía Judicial, previa solicitud del departamento de Gestión de Oposición y Tutelas Administrativas, tal como lo señala el artículo 345 de la Ley de Propiedad Intelectual que dice: *“La fuerza pública y en especial la Policía Judicial están obligadas a prestar a los funcionarios del IEPI el auxilio que éstos soliciten para el cumplimiento de sus funciones”*.

Lamentablemente, y a pesar de que la Policía Judicial está obligada a prestar la colaboración necesaria en este tipo de diligencias, tal como lo establece el artículo antes transcrito, es una suerte contar con el apoyo inmediato de estos agentes, ya que muchas veces llegan con retraso a la práctica de la inspección. Es de entender que la Policía Judicial posee muchas actividades a su cargo, pero se debe analizar el incremento inmediato de personal policial en esta área, ya que no se puede comprometer la integridad física del personal civil, encargado de realizar este tipo de diligencias.

En el momento de la inspección, los funcionarios del IEPI deberán notificar al presunto infractor de los derechos de autor con la providencia en la que se señala la práctica de la diligencia y copia de la demanda de tutela administrativa, además de explicarle el alcance y naturaleza de dicha diligencia, luego de esto se procederá a inspeccionar todo el lugar con el fin de encontrar evidencias que permitan confirmar la violación de los derechos intelectuales protegidos por la ley.

Luego de inspeccionar todo el lugar, se concederá la palabra a la parte actora, para posteriormente escuchar la intervención de la parte demandada, intervenciones que constarán en el Acta de Inspección, así como también la labor desarrollada por los peritos, quienes en el término de diez días deberán presentar al IEPI un informe detallado de todo lo encontrado en el lugar.

En el caso de que se verifique la violación a los derechos de autor, los funcionarios deberán tomar las medidas establecidas en el artículo 336 de la Ley de Propiedad Intelectual, las mismas que son:

“(…) formación de un inventario detallado de los bienes, de cualquier clase que estos sean, que se relacionen con tal violación. Se dejará constancia de lo examinado por los medios que de mejor manera permitan apreciar el estado de las cosas inspeccionadas.

(…) la remoción inmediata de rótulos que claramente violen derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de la aprehensión y depósito de las mercancías u otros objetos que violen derechos sobre patentes, marcas u otras formas de propiedad intelectual.

(…) adoptar cualquier medida cautelar de protección urgente de los derechos a que se refiere esta Ley, (...).

En la contestación a la demanda de tutela administrativa el demandado podrá hacer una exposición de todas las excepciones de las que se creyere asistido, entendiendo a las excepciones como la defensa que plantea el demandado frente a una exigencia propuesta en una demanda con el propósito de lograr una fallo a su favor.

Si una de las partes no está de acuerdo con el informe emitido por el perito o peritos designados para la inspección, tendrá la facultad de solicitar una ampliación o aclaración de dicho informe y previa orden del IEPI los peritos deberán presentar la ampliación o aclaración solicitada en el término de diez días.

Una vez de que se han realizado las diligencias requeridas, el IEPI señalará día y hora para que se lleve a cabo una Audiencia a la que tendrán que asistir tanto el accionante como el accionado, tal como lo dispone el Art. 338 de la Ley de Propiedad Intelectual. *“Salvo el caso de medidas cautelares provisionales que se adopten de conformidad con el artículo 336, previo a la adopción de cualquier resolución, se escuchará a la parte contra la cual se inició el procedimiento. Si se estimare conveniente, podrá convocarse a una audiencia en la que los interesados podrán expresar sus posiciones”*.

En esta audiencia las partes deberán exponer sus argumentos en estricto derecho para probar la existencia de la infracción o desvirtuar la existencia de la misma. En el caso de que las partes crean conveniente para sus intereses llegar a un acuerdo transaccional, solicitarán se suspenda la audiencia, para lo cual, el IEPI otorgará un plazo para que las partes realicen la negociación, de no llegar a un acuerdo se seguirá sustanciando el trámite y cualquiera de las partes podrá solicitar que se resuelva la causa.

Este trámite de Tutela Administrativa en la práctica llega a durar dos años o más, tiempo que dependerá de todo lo actuado por las partes durante el proceso y el tiempo de despacho del IEPI.

Cabe resaltar que una vez resuelta la Tutela Administrativa, y al ser considerada ésta, un acto administrativo, es susceptible de recursos, estos son:

- Recurso de Reposición ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en el término de quince días.
- Recurso de apelación para ante el Comité de Propiedad Intelectual, en el término de quince días.
- Recurso de Revisión para ante el Comité de Propiedad Intelectual; y una vez causado estado, por vía jurisdiccional ante uno de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Tal como lo señala el quinto inciso del artículo 357 de la Ley de Propiedad Intelectual vigente *“La interposición de estos recursos no es indispensable para agotar la vía administrativa y, por consiguiente, podrán plantearse directamente las acciones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra los actos administrativos definitivos o que impidan la continuación del trámite, dictados por los directores nacionales”*.

4.4.3.- Acción Civil

La disposición transitoria Quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada mediante codificación 2006-013 en el suplemento del Registro Oficial 426 del 28 de diciembre del 2006 establece que:

Hasta que sean creados los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán sobre las causas relacionadas a esta materia de conformidad a las disposiciones y competencias atribuidas por la presente Ley, a excepción de las diligencias cautelares, que serán conocidas por las juezas o jueces de lo civil.

Hasta el momento los juzgados y tribunales de propiedad intelectual no han sido conformados, por tal razón y por disposición de la norma antes referida, en la actualidad y mediante juicio verbal sumario, propuesto ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo se puede demandar la infracción de derechos de autor e inclusive incluir en dicho proceso una acción por competencia desleal conforme lo establece el artículo 284 y siguientes de la codificación 2006-013. Pudiendo dentro del presente proceso demandar la indemnización de daños y perjuicios, la reparación en cualquier otra forma de los efectos generados por la violación del derecho y el valor total de las costas procesales; consiguiendo a su vez, requerirse la adopción de medidas cautelares ante los jueces de lo civil.

4.4.3.1.- Jurisdicción y competencia en materia de derechos de autor

En el proceso civil para la exigibilidad de los derechos patrimoniales que le corresponden a los autores de obras literarias, interviene: *El tribunal* que es el encargado de dirigir el orden del procedimiento dictando decretos, autos y la parte final de una contienda que es la sentencia; *el actor*, el mismo que es identificado como la persona que propone la acción y provoca el juicio; y *el demandado*, que es la persona contra quien se inicia el proceso judicial.

En materia de derechos de autor son considerados competentes para resolver esta clase de controversias el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y en segunda instancia, la sala especializada en dicha materia de la Corte Provincial respectiva, y en lo que respecta al recurso de casación, será competente la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, así reza en el Art. 294 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Tal como lo habíamos explicado en el proceso de Tutela Administrativa y así lo establece el Código de Procedimiento Civil vigente, todo juicio inicia con la presentación de una demanda, esta demanda debe ser redactada de forma clara y muy bien sustentada en derecho, de tal manera que el administrador de justicia pueda hacerse una idea concreta de la violación que se ha cometido en contra de los derechos de autor, y qué es lo que el actor exige como resarcimiento al daño sufrido.

La demanda, deberá ser presentada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, acompañada de seis copias de la misma y demás documentos habilitantes como pueden ser: Certificado de Registro de la obra literaria ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor del IEPI, Certificado de depósito legal de la obra, poder especial en el caso de intervenir como mandatario, Nombramiento del representante legal, en el caso de que el titular de derechos de autor sea una persona jurídica, etc.

Una vez sorteado el Tribunal que avocará conocimiento de la causa, procederá a verificar si la demanda cumple con los requisitos establecidos en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, de no ser así, se ordenará que el autor la complete o aclare en el término de cinco días prorrogables, bajo la prevención que de no hacerlo el Tribunal se abstendrá de tramitar esta solicitud.

Una vez aceptada a trámite la demanda, se procederá a citar al demandado con la copia de la demanda, quién tendrá el término de quince días para contestar la demanda con las excepciones de las cuales se creyere asistido, en caso de no hacerlo se continuará con el proceso en rebeldía.

En el caso de haber hechos que demostrar, se abrirá la causa a prueba que tendrá un término de duración de diez días, luego de lo cual se dictará autos para sentencia.

4.4.4.- Acción Penal

La Ley de Propiedad Intelectual en el Título I “De la Protección y observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”, Capítulo III “De los delitos y las penas” en su artículo 324 enumera una serie de actos que son considerados como atentatorios a los derechos que los autores poseen con respecto a sus obras, estos son:

- a) Alteren o mutilen una obra, inclusive a través de la remoción o alteración de información electrónica sobre el régimen de derechos aplicables;
- b) Inscriban, publiquen, distribuyan, comuniquen o reproduzcan, total o parcialmente, una obra ajena como si fuera propia;
- c) Reproduzcan una obra;
- d) Comuniquen públicamente obras, videogramas o fonogramas, total o parcialmente;

e) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones ilícitas de obras;

f) Reproduzcan un fonograma o videograma y en general cualquier obra protegida, así como las actuaciones de intérpretes o ejecutantes, total o parcialmente, imitando o no las características externas del original, así como quienes introduzcan al país, almacenen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros tales reproducciones ilícitas; y,

g) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras, fonogramas o videogramas en las cuales se ha alterado o removido información sobre el régimen de derechos aplicables.

Como bien tipifica nuestra ley de Propiedad Intelectual, los señalados delitos son los más frecuentemente cometidos en contra de las obras literarias protegidas y que afectan grave y directamente el patrimonio de sus autores o titulares de derechos, pero es necesario tomar en cuenta el avance tecnológico que con su acelerado crecimiento ha generado nuevas formas de delinquir y violar el derecho de autor de obras protegidas.

Los denominados hackers, personas muy experimentadas en el campo de la informática, han logrado violar la protección de la información que se transmite a través del internet con el fin de hacer uso comercial de ella, ya que hoy en día es común la venta de libros virtuales, los cuales son descargados de páginas web a dispositivos electrónicos cuyos formatos son compatibles.

Dentro de la comunidad internacional se firmó el 21 de noviembre de 2001 en Budapest el Convenio de Cibercriminalidad de la Unión Europea, el mismo que fue impulsado por el Consejo de Europa y otros países como Estados Unidos y Japón, este convenio busca proteger la confidencialidad, la integridad y el acceso a los datos y sistemas y hace referencia a los Derechos de Autor ya que dedica su *“Capítulo II a las medidas que deben ser tomadas a nivel nacional (...) los tipos relacionados con los equipos, con el contenido, con la infracción de los derechos de propiedad intelectual y derechos afines”*⁶¹.

Es importante que la legislación ecuatoriana en materia de derechos de autor, se adapte a esta etapa de transición de la era industrial a la era postindustrial o de la información y el conocimiento, puesto que de no hacerlo, van a quedar grandes vacíos legales y la puerta abierta para que en un futuro no muy lejano, se pueda violar el derecho patrimonial de obras protegidas sin la existencia de una ley que tipifique la acción como delito y sea imposible sancionar.

El tratadista José Barzallo sostiene que *“Luego del establecimiento de la violación de los derechos de autor como acto atentatorio a la propiedad intelectual, entra en escena el derecho penal sancionatorio de dichos actos, al considerar la evasión o el rompimiento de seguridades como un acto ilícito”*⁶².

El autor de una obra literaria que ha sido perjudicado con la violación de sus derechos económicos, ya sea por una persona natural o jurídica, siendo ésta última una empresa dedicada a la impresión de libros, venta de software, etc., tiene la facultad de iniciar mediante denuncia una acción penal en contra de los presuntos infractores.

⁶¹ ACURIO DEL PINO, Santiago, *Derecho Penal Informático*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010, p. 64.

⁶² BARZALLO, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Ediciones Legales S.A., Quito, 2001, p. 394

El tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo se refiere a la denuncia como “*uno de los modos de ejercer públicamente la acción penal que tiene características especiales que la hacen diferente a cualquier otro modo de ejercer la acción penal reconocido por la ciencia procesal penal*”⁶³.

Esta denuncia debe ser presentada ante la Policía Judicial o la Fiscalía, denuncia que luego será puesta en conocimiento de la Unidad de Delitos contra el Medio Ambiente, Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual, para que el Fiscal como titular de la acción penal inicie la respectiva investigación.

En esta denuncia el afectado puede exigir de la administración de justicia, tal como le faculta la Ley de Propiedad Intelectual, los siguientes actos:

- a) La cesación de los actos violatorios;
- b) El comiso definitivo de los productos u otros objetos resultantes de la infracción, el retiro definitivo de los canales comerciales de las mercancías que constituyan infracción, así como su destrucción;
- c) El comiso definitivo de los aparatos y medios empleados para el cometimiento de la infracción;
- d) El comiso definitivo de los aparatos y medios para almacenar las copias;
- e) La indemnización de daños y perjuicios;
- f) La reparación en cualquier otra forma, de los efectos generados por la violación del derecho; y,

⁶³ ZAVALA, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edino, Guayaquil, 2004, tomo II, p. 132.

g) El valor total de las costas procesales⁶⁴.

Según la Constitución Política de 1998, la Fiscalía General del Estado pertenecía al Poder Ejecutivo, ventajosamente, con la Constitución de la República expedida en el año 2008, la Fiscalía es considerada como un órgano de la Función Judicial, siendo esto un acierto, ya que sus atribuciones están muy relacionadas con el quehacer de la administración de justicia.

Si el Fiscal dirige la investigación pre-procesal y procesal penal ¿qué papel desempeña el juez dentro del proceso penal? el juez es llamado a:

1. Garantizar los derechos del procesado y ofendido [...];
2. Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares;
3. Tramitar y resolver en audiencia las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones;
4. Tramitar y resolver en audiencia el juzgamiento de delitos de acción privada;
5. Conocer y resolver las solicitudes que se presenten en la audiencia preparatoria;

⁶⁴ Cod. 2006-013, *Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., Art. 289.

6. Conocer y, de ser el caso, dictar correctivos en audiencia para subsanar posibles violaciones o limitaciones a los derechos del procesado, en razón de actuaciones ilegítimas de la Fiscalía o Policía;
7. Conocer y resolver solicitudes temporales de mantención de reserva de elementos de convicción y otros documentos hasta que se efectúen ciertas prácticas investigativas;
8. Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos;
9. Ejecutar la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica; y,
10. Las demás previstas en la ley⁶⁵.

Lo que significa, que el Juez de Garantías Penales es el encargado de velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y de los Tratados Internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos, es decir, supervisa el adecuado cumplimiento del debido proceso y los derechos tanto del ofendido como del procesado.

4.4.4.1.- Indagación Previa

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo se refiere a la indagación previa como *“una actividad eventual de la Fiscalía, pues ésta bien la puede pasar por alto si es que considera que no amerita tal actividad”*⁶⁶.

⁶⁵ Código s/n, RO-S 360: 13-ene-2000, *Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a abril del 2010, Art. 27.

⁶⁶ ZAVALA, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 74.

Partiendo de este criterio, afirmamos que la Indagación Previa es considerada como una etapa pre-procesal, en la que el Fiscal de la unidad de Delitos contra el Medio Ambiente, Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual, una vez, que conoce de la violación a los derechos de autor debe:

Analizar con detenimiento y suma responsabilidad, objetividad e imparcialidad, tanto la denuncia en sí como los documentos que se hubieren aparejado para llegar a la conclusión de que existen méritos como para iniciar una investigación preprocesal o, de una vez, dictar la resolución con la cual se inicia oficialmente la Instrucción fiscal y el proceso penal⁶⁷.

Esta etapa pre-procesal le va a servir al Fiscal, para que con ayuda de la Policía Judicial, pueda recabar elementos de convicción que le permitan asegurar las pruebas necesarias para justificar el proceso penal. Este proceso de investigación debe realizarse con estricto apego a las reglas básicas señaladas en los artículos 75 a 82 de la Constitución, lamentablemente, en la práctica, estas reglas son violentadas por ciertos jueces, representantes de la Fiscalía o de la Policía Judicial, estas violaciones son perfectamente conocidas por los abogados, que prefieren callar y no denunciarlas, convirtiéndose en cómplices de la corrupción.

Con el fin de obtener estas pruebas, el Fiscal debe solicitar al Juez de Garantías Penales se practique las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la cesación del cometimiento del delito y la vinculación del presunto infractor con el proceso penal.

⁶⁷ VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, 2009, pp. 309-400.

Si producto de la investigación no se logró recabar datos importantes que sirvan de fundamento para imputar al procesado, el Fiscal no podrá mantener abierta la Indagación por más de un año, ya que luego de transcurrido este plazo se dispondrá el archivo provisional o definitivo del expediente previa autorización del Juez.

Durante la indagación previa, el resultado de las investigaciones que realice el Fiscal con el apoyo de la policía judicial y demás instituciones y funcionarios que intervengan en la misma, serán mantenidas en estricta reserva de personas ajenas al proceso penal, lo que significa, que esta información será compartida sola y exclusivamente con las partes procesales, es decir, ofendido, imputado, sus abogados y demás personas que están siendo objeto de investigación por la presunta infracción a los derechos de autor.

Esta reserva de la información se mantendrá y sólo se dará a conocer cuando haya la certeza de culpabilidad, hasta ese momento la información obtenida será elementos de convicción y no pruebas, será prueba cuando se la ratifique ante el Tribunal de Garantías Penales. El fin de esta restricción no es violar las garantías al debido proceso, peor aún, el derecho a la defensa que constitucionalmente poseen los procesados, sino más bien, el de precautelar el éxito de la investigación y salvaguardar la honra y el buen nombre de las personas que están involucradas en el proceso, ya que el Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República establece que *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*.

Una vez que el Fiscal ha logrado recabar datos importantes en la investigación, de los que se pueda presumir la responsabilidad del imputado en los hechos que se han denunciado, emitirá un dictamen acusatorio e iniciará la instrucción fiscal, con el fin de que la investigación continúe hasta determinar con exactitud la culpabilidad del imputado y lograr su sanción, caso contrario el fiscal podrá solicitar fundadamente al juez de garantías

penales, la desestimación o el archivo provisional o definitivo de las investigaciones cuando no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación.

4.4.4.2.- Instrucción Fiscal

El Dr. Jorge Zavala al referirse a la Instrucción Fiscal la conceptualiza como:

Una parte integrante del proceso penal, iniciada y desarrollada por el fiscal que, teniendo como objetivo la investigación de los elementos integrantes del delito y el nexo causal con sus autores y partícipes, tiene por finalidad la comprobación de la existencia jurídica del delito y la individualización de los agentes del mismo. Lo dicho no significa, en caso alguno, que en la instrucción fiscal no se pueden practicar actos solicitados por el imputado que tiendan a probar, o que el delito no se cometió, o que el imputado no tuvo intervención en el mismo. Pero, como se comprende, éstas no son finalidades de la instrucción fiscal sino actividades colaterales para proteger la situación jurídica de inocencia del imputado⁶⁸.

La Instrucción Fiscal es la primera etapa del proceso penal, la misma que durará noventa días, prorrogables hasta treinta días más y tiene como objetivo, recabar los elementos de convicción sobre la inocencia del procesado o los indicios que le permitan al fiscal contar con presunciones graves y fundadas respecto de la existencia del delito y participación del procesado, la misma que inicia una vez que el Fiscal envía a la sala de sorteos la petición dirigida al Juez de Garantías Penales, a fin de que éste señale día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de formulación de cargos.

⁶⁸ ZAVALA, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 153.

Para asegurar la presencia del imputado a esta audiencia, la ejecución de la pena y las indemnizaciones pecuniarias, el Fiscal tiene la potestad legal de solicitar al Juez de Garantías Penales la práctica de medidas cautelares, ya sean éstas, reales como el secuestro, el embargo, la retención o la prohibición de enajenar, medidas que serán ordenadas en contra de los bienes del imputado; o la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, siendo éstas las establecidas en el Art. 522 Código Orgánico Integral Penal, pero, en el caso de delitos contra los derechos de autor la más solicitadas son:

- La prohibición de ausentarse del país;
- La detención; y,
- La prisión preventiva.

En esta audiencia, el Fiscal a más de solicitar al Juez de Garantías Penales que notifique a los sujetos procesales con el inicio de la Instrucción Fiscal, deberá basar su intervención en los siguientes puntos:

“1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo.

2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen.

3. Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos.”⁶⁹.

⁶⁹ Código s/n, RO-S 180: 10-feb-2014, *Código Orgánico Integral Penal*, op. cit., Art. 595.

Dentro de la misma audiencia y de considerar beneficioso para la defensa de sus derechos, el procesado tiene la facultad de solicitar la aplicación del procedimiento abreviado.

En materia de derechos de autor, no se ha utilizado el procedimiento abreviado, debido a que en la práctica, la mayoría de los procesos que buscan la exigibilidad del derecho patrimonial en obras literarias, han finalizado con la firma de acuerdos reparatorios durante la indagación previa o la instrucción fiscal, es decir, se pacta entre el ofendido y el procesado el cobro de indemnizaciones tomando en cuenta un cálculo estimativo del perjuicio económico que ha sufrido el autor por las obras originales que ha dejado de vender, producto de la reproducción ilícita de su obra que han ingresado al mercado, además de las costas procesales incurridas hasta el momento del acuerdo.

En este caso, una vez que las partes en conjunto presenten la petición con las bases del acuerdo al que han llegado, el fiscal lo pondrá en conocimiento del Juez de Garantías Penales, el mismo que en audiencia pública lo aprobará siempre que cumpla los requisitos de ley y ordenará el archivo temporal de la causa, ya que el archivo definitivo se ordenará una vez de que el Juez de Garantías Penales tenga pleno conocimiento de que se ha cumplido lo estipulado en el acuerdo reparatorio.

De no cumplirse con lo acordado, la parte que se creyere afectada tiene dos opciones, exigir el cumplimiento del acuerdo o solicitar que se continúe con la acción penal. La resolución en la que se aprueba el acuerdo reparatorio tiene fuerza ejecutoria, es decir, que es de cumplimiento obligatorio.

De no darse este acuerdo reparatorio y como bien sostiene el Dr. Jaime Santos Basantes:

En la práctica, el juez conoce la instrucción fiscal, en la audiencia de formulación de cargos; sin embargo, durante los noventa días, que ordinariamente dura la instrucción fiscal, eventualmente puede el juez ordenar alguna diligencia que solicite el Fiscal; como, disponer la prisión preventiva, una autorización para interceptar comunicaciones, examinar fluidos corporales, etc.⁷⁰

Lo que significa que el Juez de Garantías Penales tiene pleno conocimiento de las actuaciones del Fiscal en la audiencia de preparación de juicio en contra del procesado, en esta parte del proceso penal el Juez deberá examinar las actuaciones del Fiscal y así determinar si se ha cumplido o no con las reglas del debido proceso.

Por lo antes expuesto, es importante que el abogado autorizado para ejercer una defensa de los derechos consagrados en la normativa de propiedad intelectual, en el caso que advierta violaciones al debido proceso por parte de los miembros de la Policía Judicial o de los señores agentes fiscales acuda de forma inmediata ante el Juez de Garantías Penales, a fin de que en su condición legal de garante del proceso penal, observe la actuación de estos funcionarios, y les recuerde de su obligación de respetar y aplicar los mandatos constitucionales relativos al debido proceso, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

⁷⁰ SANTOS BASANTES, Jaime, *El Debido Proceso Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009, p. 141.

4.4.4.3.- Etapa Intermedia

En esta etapa procesal el Juez de Garantías Penales decide en base a lo actuado dentro del proceso penal, si disponer el sobreseimiento provisional o definitivo del proceso y del acusado en el caso de que no se haya logrado comprobar conforme a Derecho la existencia del delito o no haya suficientes elementos de convicción para demostrar la culpabilidad y responsabilidad del mismo, de no ser así, dictará auto de llamamiento a juicio en contra del acusado.

La decisión expuesta en el párrafo anterior se tomará dentro de una audiencia solicitada por el Fiscal, al Juez de Garantías Penales, en esta audiencia el Juez deberá además:

1. Conocer de los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que, de ser posible, serán subsanados en la propia audiencia.
2. Resolver sobre cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.
3. Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.
4. Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los

instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y en este Código; y,

5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio⁷¹.

4.4.4.4.- Juicio

La etapa de juicio y como bien lo señala el Código Orgánico Integral Penal, tiene por finalidad la práctica de los actos procesales que sean necesarios, con el fin de comprobar la existencia del delito y el grado de responsabilidad del acusado y en base a todo lo actuado conforme a derecho condenarlo o absolverlo.

El sustento principal de la etapa de juicio es la acusación que haga el Fiscal en contra del acusado, en esta acusación el Fiscal debe haber establecido el nexo causal entre la infracción o el delito y la conducta del imputado, lo que significa que el supuesto infractor debió realizar determinados hechos que lo vinculen con la violación a los derechos de autor, ya sea como autor, cómplice o encubridor.

El artículo 251 del Código de Procedimiento Penal dice *“La etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio”*. En este artículo se expone claramente la importancia de la acusación fiscal para continuar con el proceso penal.

⁷¹ Código s/n, RO-S 360: 13-ene-2000, *Código de Procedimiento Penal*, op. cit., Art. ... (226.1).

Pero la acusación fiscal como lo habíamos señalado anteriormente, es sólo un precedente para continuar con el proceso penal, más no es la sentencia que condena o absuelve al acusado, ya que en esta etapa procesal se practicarán una serie de pruebas tanto de cargo y de descargo con el fin de determinar con certeza la existencia del delito y la culpabilidad del acusado.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 79 dice: *“Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales*

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”.

Las pruebas dentro de los procesos por violaciones a los derechos de autor, pueden ser testimoniales, documentales y periciales y estas deben ser pedidas, ordenas, practicadas e incorporadas al juicio tomando en cuenta las disposiciones legales vigentes.

Una vez que se han valorado las pruebas, el Tribunal de Garantías Penales procederá a dictar sentencia tomando en cuenta lo establecido en el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal *“La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”.*

4.4.4.5.- Etapa de Impugnación

La impugnación *“es la actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo de lo jurídico, utilizando para ello los cauces previstos por el ordenamiento jurídico”*⁷².

Partiendo de este concepto, diríamos entonces, que el derecho de impugnar es un derecho subjetivo que posee cada una de las partes que intervienen en un proceso, y consiste en refutar dentro de los términos legales, ciertos actos procesales previstos en la Ley, ya sea por *“errores de juicio (error in iudicando), o por equivocada aplicación de las normas procesales o errores en el procedimiento (error in procedendo)”*⁷³.

Desde esta óptica la impugnación es un medio por el cual las partes procesales buscan el correcto desempeño de los funcionarios encargados de impartir justicia, por tal razón, el derecho de impugnar es entendido de la misma manera tanto en el campo penal, civil e incluso administrativo.

En el ámbito penal la base legal sobre el tema, inicia en el artículo 324 hasta el 368 del Código de Procedimiento Penal

El Código de Procedimiento Penal de 1983 establecía, dentro de la Etapa de Impugnación, los recursos de Apelación, Nulidad, Casación, de Revisión, y de Hecho; sin embargo, en el actual Código de Procedimiento Penal, se modificó lo relativo a esta Etapa en lo siguiente: el Recurso de Hecho dejó de constar dentro de ella y se lo ubica al parecer como un paso más del

⁷² NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1965, t. 1, p. 1.

⁷³ JHAYYA SEGOVIA, Alberto, *Impugnación en el proceso penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2007, p. 29.

proceso ordinario; y, luego en cuanto al orden en que se norman los recursos actualmente es: Nulidad, Apelación, Casación y Revisión; siendo lo más lógico mantener el Recurso de Apelación antes que el de Nulidad por ser el más elemental entre ellos⁷⁴.

Mediante audiencia pública, la parte que se creyere afectada por lo desfavorable o perjudicial que pueda considerarse una resolución judicial, podrá interponer un recurso para impugnar la misma, en esta audiencia el proponente del recurso fundamentará los motivos de la impugnación, y se sujetará a la contradicción de la otra parte.

Luego de estas dos intervenciones la Sala emitirá una resolución aceptando o negando el recurso, resolución que será comunicada de forma oral a las partes a manera de notificación. El objetivo de la interposición de un recurso es la de mejorar la situación del recurrente, es decir, la resolución del recurso no podrá afectar al sujeto que lo interpone.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 34.

CONCLUSIONES

- El autor de obras literarias como sujeto activo de la creación intelectual y principal difusor de la cultura en una sociedad, es merecedor de que sus derechos reciban la pronta y efectiva protección por parte de la justicia.
- La protección de los derechos patrimoniales que poseen los autores de sus obras literarias es de vital importancia para fomentar e incentivar el desarrollo cultural e intelectual de un país y ser merecedores del reconocimiento por parte de la comunidad internacional.
- Las herramientas informáticas con su fácil y libre acceso a la información, se han convertido en nuevos medios para violar los derechos de los cuales gozan los autores de obras literarias para explotar su obra y beneficiarse de ella.
- El lento progreso de la justicia en el país no ha permitido que hasta el momento se conformen los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, eso da muestras de la falta de interés e importancia que las autoridades ecuatorianas le han brindado a esta materia.
- La falta de celeridad que debe aplicarse a las reclamaciones hechas para exigir el cumplimiento de los derechos de los autores de obras literarias, se ha convertido en cómplice para su violación.

- El no existir el número suficiente de peritos especializados en materia de derechos de autor, obliga a solicitar que sus informes presentados dentro del proceso sean aclarados con el fin de hacerlos válidos dentro de juicio.
- La labor que han desempeñado las sociedades de gestión colectiva ha sido importante en el país, pero no suficiente, ya que deberían convertirse en verdaderos entes de promoción del respeto a la creación intelectual y no ejercer una función callada y desconocida para el resto de la sociedad.
- El respeto a los derechos de autor no sólo está en el endurecimiento de las multas y de las penas de privación de libertad, sino también, en la educación de una sociedad basada en principios de obediencia a los preceptos legales, así como también, la difusión de estos derechos ignorados por muchos, ya que el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual no ha realizado una verdadera campaña de promoción de los derechos de autor de obras literarias que llegue a todos los ciudadanos. No es suficiente con un spot publicitario cuyo mensaje es “Dile no a la piratería”.

RECOMENDACIONES

- Nuestra legislación en materia de propiedad intelectual que regula de manera directa los derechos de autor, debe ser vista por parte de los legisladores y la sociedad en general como una norma dinámica, presta a modificaciones continuas que vayan de la mano con los adelantos tecnológicos, para de esta forma garantizar de manera efectiva los derechos de autor y no permitir que queden vacíos legales.
- Es importante crear nuevos y efectivos mecanismos para proteger los derechos de autor ante la llegada al país de dispositivos electrónicos que facilitan la distribución y almacenamiento de la información de obras protegidas como es el caso de Ipod y kindle con gran capacidad para almacenar libros..
- Debe estudiarse la aplicación de nuevas medidas que protejan los derechos de autor de obras literarias en el comercio internacional tanto de frontera como electrónico y capacitar a los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera en esta importante materia para así evitar el ingreso de contrabando intelectual al país.
- Es necesario que los administradores de justicia miren a la creación intelectual no sólo como un derecho de pocos, un derecho que le asiste a un reducido grupo de personas que ha orientado su sacrificio a crear algo nuevo en beneficio del desarrollo de la sociedad, sino como un derecho que involucra el desarrollo de la sociedad y constituye una nueva fuente de empleo que debe ser protegida administrativa y judicialmente de manera pronta y efectiva.

- Es necesaria la pronta creación de los Juzgados y Tribunales de Propiedad Intelectual y la capacitación de jueces y fiscales para agilizar la investigación de estos delitos y llegar a una sanción motiva en base a pruebas legalmente practicadas.

BIBLIOGRAFÍA:

- ACURIO DEL PINO, Santiago, *Derecho Penal Informático*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010.
- BARRAGÁN ROMERO, Gil, *El Constitucionalismo y la nueva Constitución*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 2008.
- BARZALLO, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Ediciones Legales S.A., Quito, 2001.
- CAMACHO HEROLD, Daniella; FLOR RUBIANES, Jaime, *Las Presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009.
- CARNELUTTI, F. *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LARREA HOLGUÍN, Juan, *Constitución Política del Estado Ecuatoriano del año 1946*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 1973, Quito.
- LARREA HOLGUÍN, Juan, *Constitución Política del Estado Ecuatoriano del año 1967*, Corporación de Estudios y Publicaciones, ed. 1969, Quito.
- MONTALVO, Huevo, *Régimen Jurídico de las Sociedades de Gestión Colectiva*, tomado de www.derechoecuador.com
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1965, t. 1.
- RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004.
- SANTOS BASANTES, Jaime, *El Debido Proceso Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009.

- ZAVALA, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edino, Guayaquil, 2004, tomo II.

Fuentes Normativas:

- *CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*, suplemento del Registro Oficial 58, del 12 de julio de 2005.
- *CODIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a octubre de 2009, Quito-Ecuador.
- *CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a septiembre de 2009, Quito-Ecuador.
- *CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DEL TRABAJO*, Codificación 2005-017, suplemento del Registro Oficial 167 del 16 de diciembre de 2005.
- *CODIFICACIÓN DEL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENA*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a julio del 2014, Quito-Ecuador.
- *Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a abril del 2010.
- *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998.

Páginas Web:

- <http://es.wikipedia.org/wiki/ISBN>
- <http://www.slideshare.net/Latindex/los-derechos-de-autor-en-el-ecuadorinstituto-ecuatoriano-de-propiedad-intelectual>

- www.proint.info/wiki/index.php?title=Sociedad_de_gesti%F3n_colectiva, [Sociedad de Gestión Colectiva](#)