



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO EMPRESARIAL

Los derechos morales y patrimoniales del autor en el entorno digital

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Pacheco Montoya, Emma Patricia

DIRECTOR: Ordoñez Pineda, Luis Oswaldo, Mtro.

CENTRO UNIVERSITARIO: LOJA

2014



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Septiembre, 2018

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Maestro

Luis O. Ordoñez Pineda

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “Los derechos morales y patrimoniales del autor en el entorno digital” realizado por **Pacheco Montoya Emma Patricia**, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, enero 2014

Mtro. Luis O. Ordoñez Pineda
DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Pacheco Montoya Emma Patricia** declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: “Los derechos morales y patrimoniales del autor en el entorno digital”, de la Titulación Maestría en Derecho Empresarial, siendo el Mtro. Luis Oswaldo Ordoñez Pineda y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.

Emma Patricia Pacheco Montoya
C.I. 1103087860

DEDICATORIA

A mis pequeños compañeros de vida que han sido mi apoyo y mi fuerza.

:

Emma Patricia

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja, de manera especial a las Titulaciones de Abogacía y de Magister en Derecho Empresarial.

Emma Patricia Pacheco Montoya

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN EJECUTIVO	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	6
ENTORNO DIGITAL	6
1.1. ¿Qué es?	7
1.2. Tecnologías que lo componen	11
1.3. WEB 2.0	13
1.4. Intercambio de archivos	14
CAPÍTULO II	19
DERECHOS MORALES EN EL ENTORNO DIGITAL	19
2.1. ¿Qué son?	27
2.2. Características	28
2.2.1. Irrenunciabilidad	29
2.2.2. Inalienabilidad	29
2.2.3. Inembargabilidad	29
2.2.4. Imprescriptibilidad	30
2.3. Derechos morales tutelados	30
2.3.1. Paternidad de la obra	31
2.3.2. Derecho al anonimato y a utilizar un seudónimo	32
2.3.3. Derecho a la divulgación	32
2.3.4. Acceso a ejemplar único y raro	33
2.3.5. Derecho a la integridad de la obra	33
2.3.6. Derecho a modificar la obra	34
CAPÍTULO III	35

DERECHOS PATRIMONIALES EN EL ENTORNO DIGITAL	35
3.1. ¿Qué son?	37
3.2. Derechos patrimoniales tutelados	38
3.2.1. Derecho de reproducción	38
3.2.2. Derecho de comunicación pública	39
3.2.3. Derecho de distribución	41
3.2.4. Derecho de importación	41
3.2.5. Derecho de transformación de la obra	42
3.2.6. Derecho de seguimiento o continuación	43
3.3. Plazos de protección	43
3.4. Beneficiarios de los derechos después de la muerte del autor	47
3.5. El Dominio Público	48
CAPÍTULO IV	53
LAS LICENCIAS LIBRES	53
4.1. Licencias dentro de la legislación de Propiedad Intelectual	55
4.2. Origen de las licencias libres	59
4.3. Tipos de licencias libres	61
4.3.1. GPL	61
4.3.2. Creative Commons	62
4.4. Licencias libres y derechos de autor	65
CAPÍTULO V	66
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	66
5.1. Conclusiones	67
5.2. Recomendaciones	68
BIBLIOGRAFÍA	70

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis detallado de los derechos morales y patrimoniales del autor tanto en un entorno físico como en el entorno digital, dominio público y licencias libres, con el fin de determinar si el uso de licencias libres violentan los derechos del autor.

Respecto al dominio público se analiza sus plazos de duración en las diferentes legislaciones y se presenta una reseña sobre cómo han ido cambiando estos plazos durante la historia y cuáles son las posiciones que se esgrimen de los que están a favor o en contra de la disminución del tiempo de protección de una obra.

Se establece la necesidad de permitir el uso honrado de una obra a través de una legislación acorde al desarrollo tecnológico de la sociedad, a fin de que la utilización de los contenidos que encontramos en la red y que necesitamos para diferentes actividades académicas, laborales o de información, sea permitido por el autor, es decir que sean actos lícitos.

PALABRAS CLAVES: propiedad, intelectual, autor, derechos, morales, patrimoniales.

ABSTRACT

This paper presents a detailed analysis of the economic and moral rights of the author in both a physical environment and the digital environment, public domain and free licenses, in order to determine whether the use of free licenses violate the copyright analysis is done.

In the public domain in terms of duration is analyzed in different legislation and a review of how these terms have changed throughout history and what the positions of those who wield are for or against the decline are presented protection time of a work.

The need to allow the fair use of a work through legislation according to the technological development of society, to set the use of content that we find on the net and we need to different academic, or occupational activities information, as permitted by the author, ie acts are lawful.

KEYWORDS: property, intellectual, author, copyright, moral rights, economic rights.

INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo donde la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) acortan distancias y también agudizan las brechas entre países desarrollados y en vías de desarrollo, e incluso entre los diversos grupos sociales que los conforman, surgen una serie de problemas que se relacionan con el campo jurídico, sobre todo en aquellos temas que tienen que ver con la vigencia y observancia de ciertos derechos, aspecto este que no le es indiferente a la Propiedad Intelectual, la que más bien a sido una de las instituciones más afectadas por cuanto la creación y actualización de las normativas de protección siempre están un paso atrás de los desafíos y problemas que en la cotidianidad se presentan.

El uso de las TICs no es una moda, ni un hecho circunstancial, es la demostración de la necesidad de este mundo globalizado de estar comunicado, a través de ellas se realizan actividades de toda índole como educativas, industriales, económicas y hasta políticas; y justamente es esta masificación de su uso y de la cantidad de información que circula por ellas lo que constituye un bien propenso a ser afectado por conductas antijurídicas como por ejemplo el acceso y uso no autorizado de la información, la alteración de la misma, daños a los sistemas de información, etc., hechos que son considerados como delitos por las diversas legislaciones y que han sido tipificados como: sabotajes, fraudes, estafas electrónicas, pesca u olfateo de contraseñas, espionaje informático, uso ilegítimo de sistemas informáticos, accesos no autorizados, interceptación de correo electrónico, falsificación informática, violación de los derechos de autor y del copyright de base de datos.

Pero frente a esto también surge los defensores de la Cultura Libre, para quienes el conocimiento no tiene porque estar reservado para unos pocos si no que por intermedio de las TICs debe ser difundido y llegar a todos como una forma de acortar distancias entre el desarrollo de los países, ellos sostienen que todo debe ser de “dominio público” sin necesidad de espera los plazos determinados por las legislaciones (70 años como en el caso del Ecuador), pues al ser tan dinámico el desarrollo de las ciencias y las tecnologías no habría objeto de esperar tanto tiempo, pues para cuando estén en el dominio público ya serían conocimientos demasiado obsoletos.

De tal forma que cuando se habla de los derechos de autor en el entorno digital nos encontramos con dos grupos antagónicos, aquellos que no quieren que sus creaciones sean usadas libremente a través de la red y que exigen una compensación económica y el irrestricto

respeto a sus derechos ampliamente protegidos por los sistemas legales, y aquellos que utilizan a las tecnologías como una forma de distribuir, disfrutar y utilizar una idea para crear otra, indistintamente de las protecciones legales que estas tengan, y en este sector aparece una especie de “subgrupo” que son aquellos que proponen el uso de los contenidos que se difunden por las TICs pero de forma legal y gratuita, con lo que se buscaría un equilibrio entre creador y usuario.

Frente a toda la problemática que se origina de cara al uso del entorno digital para difundir masivamente contenidos los que se consideran libres sin haber sido ese el deseo de su creador y a la indefensión que estos actos producen se hace necesario realizar un estudio jurídico, por medio del cual se logre establecer hasta que punto las leyes tal cual se encuentran concebidas en la actualidad permiten el respeto o la vulnerabilidad de estos derechos.

Más cuando en nuestro medio (local y nacional) hay un total desconocimiento de estos temas, se desconoce en los círculos de los operadores de justicia sobre la ley de propiedad intelectual, se ignora por la mayoría de las personas que es el copyright , que son las licencias libres y a que se refieren los usos honrados, en lo académico se tiene como el mejor aliado para el desarrollo de los procesos de enseñanza aprendizaje a las TICs, pero sin respetar y sin enseñar a respetar los derechos del autor, se adquieren con la mayor naturalidad copias piratas de todo lo imaginable: textos, CD de audio, video, juegos, programas de ordenador, etc., sin tomar en cuenta el acto culposo que estamos materializando y ante el cual los procedimientos legales se muestran totalmente ineficientes.

Por lo que el realizar un estudio sobre la vigencia de los derechos morales y patrimoniales del autor en el entorno digital se hace necesario en la medida que el uso de la información que se encuentra circulando por este medio debe ser utilizada lícitamente, gratuita o no, es algo que se deberá dilucidar, sobre todo dependiendo del fin que se persiga con su uso.

No olvidemos que esta problemática es de gran interés en otras latitudes como es el caso de la Comunidad Europea en donde justamente se está tratando de frenar el irrespeto a los derechos de autor, por las complicaciones económicas que la difusión masiva y arbitraria contenidos esta causando, como es el caso de las medidas legales y judiciales que se están tomando en España, Alemania, Francia, Inglaterra, en contra de las redes P2P; y los incesantes reclamos que los grupos de autores, interpretes, creadores en general, realizan a través de las llamadas Sociedades de Gestión Colectiva frente a la constante violación a sus derechos, entre los

cuales tenemos a la SEGAE española, que es una de las principales opositoras al uso del copyleft por no brindar réditos económicos a sus creadores.

Este tema en lo particular me es de singular importancia, primero porque como profesional del derecho creo necesario conocer las diversas ramas de esta ciencia, para lo cual obviamente ha contribuido la presente Maestría; como docente tengo la obligación moral de respetar y hacer respetar estos derechos, y más aún cuando por mi vinculación laboral realizo actividades referentes con los temas de derecho de autor y de las licencias libres, por lo que considero como un deber personal y para con mi institución el llegar a un estudio profundo sobre los derechos morales y patrimoniales del autor y el ejercicio de estos en el entorno digital.

En la actualidad este tema retoma vigencia cuando desde de la Secretaría Nacional de Educación Superior Ciencia y Tecnología se ha propuesto la discusión de un nuevo Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, como un documento clave para afianzar el cambio de la matriz productiva, eje primordial del Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, pilar de la transformación que se busca en el país basada en los recursos infinitos como son el conocimiento, la creatividad y la innovación.

CAPÍTULO I
ENTORNO DIGITAL

1.1. ¿Qué es?

El interés de alcanzar lo desconocido y de descubrir los secretos de la ciencia, la naturaleza y el universo han sido los motores de cambio de nuestras sociedades, y es así que llegamos a la creación de esa red global de comunicación e intercambio que es lo que conocemos como entorno digital, la que basada en códigos binarios, agiliza los procesos y nos enlaza indistintamente del lugar en el que nos encontremos. Todo esto apoyado en el desarrollo tecnológico y en las conocidas TICs (Tecnologías de la Información y la Comunicación) las que se han convertido en parte fundamental de la vida de nuestras sociedades.

Pero este proceso no se materializó de un momento a otro, más bien ha sido un proceso de muchos años, el que obviamente ha tenido mayor impulso en los últimos tiempos, y es así que para algunos historiadores la génesis del desarrollo tecnológico es la “ilustración”¹, pues es aquí cuando el hombre se aleja de la religión (misticismo, superstición) y busca en la ciencia y la técnica la respuesta a sus problemas.

En el siglo XVII Jhon Napier inventó los logaritmos que permitían convertir las multiplicaciones en sumas y las divisiones en restas, en 1672 Leibnitz inventó una máquina que podía realizar las operaciones matemáticas utilizando un sistema binario, y el cálculo infinitesimal.

En 1802 Joseph Jackquard elaboró unas tarjetas metálicas perforadas para programar las puntadas de los tejidos. En 1835 Charles Babbage ideó una máquina analítica para realizar operaciones matemáticas más avanzadas. En 1879 Herman Hollerith desarrolló mediante el empleo de tarjetas perforadas un sistema de cómputo que procesaba 80 tarjetas por minuto y que fue utilizada para el censo de Estados Unidos de 1890, posteriormente desarrolló una máquina que procesaba 300 tarjetas por minuto y una máquina de cómputo semiautomática.

En 1930 John Vincent Atanasoff con la ayuda de Clifford Berry construyó un calculador digital denominado ABC Atanasoff – Berry – Computer que operaba con un sistema binario: casi en paralelo Jhon Mauchly construyó un calculador pequeño digital que con la utilización de medios

¹ Periodo histórico circunscrito al s. XIII y que se desarrolló en Alemania por la filosofía popular; en Francia por los enciclopedistas; en Inglaterra por los seguidores del sensualismo de Locke y los antiinnatistas. Se caracteriza por un optimismo en el poder de la razón y en la posibilidad de reorganizar la sociedad en base de principios racionales. (Diccionario Enciclopédico Grijalba, pág. 998)

electrónicos aceleraba los procesos de cálculo, de 1943 a 1947 conjuntamente con J. Presper Eckert desarrollaron el ENIAC *Electronic Numerical Integrator and Computer*, puesta al servicio del ejército americano (30 toneladas de peso y el tamaño similar a una sala de clases, realizaba 500 sumas por minuto, las demás operaciones matemáticas, tenía tres tablas de funciones, funcionaba con 20 acumuladores de diez dígitos y para la entrada y salida de datos utilizaba tarjetas perforadas, consumía alrededor de 200 kilovatios de potencia eléctrica, por lo que producía gran calor lo que causaba daño a sus válvulas).

Howard Eiken entre 1939 y 1944 en conjunto con IBM desarrolló un computador electromagnético llamado Mark 1 que era un Calculador Automático de Secuencia Controlada que operaba con código decimal. Entre 1939 y 1945 Alan Turing desarrolla el descifrado de códigos secretos a través del uso de computadoras y empieza a estudiar la inteligencia artificial de las máquinas. En 1952 Jhon Von Neuman construyó el EDVAC *Electronic Discrete Variable Automatic Computer*, que utilizaba aritmética binaria, simplificando los circuitos electrónicos de cálculo. En 1953 se fabricó el primer computador para aplicaciones científicas el IBM 705 que utilizaba memorias de núcleo de ferrita.

Justamente en ese año se empezaron a fabricar las llamadas computadoras de “segunda generación”, que se caracterizaron por el uso de circuitos transistorizados de silicio o germanio que son más pequeños que los tubos al vacío, con lo que se reducía el tamaño de los circuitos y el consumo de energía. En 1963 se desarrolló el ASCIL *American Standard Code for Information Interchange* que es un código estándar universal que permite el intercambio de información entre máquinas de todo tipo y marca.

Las computadoras de tercera generación son las que utilizan circuitos de silicio llamados chips, que reducen el tamaño y aumentan la velocidad de la máquina; fueron utilizados en la IBM 360 que apareció en 1964. En 1975 salió al mercado el primer computador personal el ALTAIR 8800; posteriormente el Mac de Apple en 1976; IBM en 1981 presenta su computador personal con el sistema operativo DOS y procesador Intel 8088, luego en 1984 el PC AT con procesador Intel 286, más veloz y con mayor capacidad de almacenamiento; y en 1986 Compaq lanza el primer computador con procesador Intel 80386.

Desde 1993 se encuentran en estudio las llamadas computadoras de cuarta generación, las que se basan en el desarrollo de la mecánica cuántica para obtener mayor capacidad de memoria y velocidad, la resolución de problemas complejos y que permitan la teleportación; al respecto en el 2000 IBM construyó un prototipo del computador cuántico que estaba compuesto

por cinco átomos de flúor programados mediante pulsos de radiofrecuencia, y se recurría a instrumentos de resonancia magnética para leer su estado.

La comunicación y enlace entre computadoras data desde 1964 cuando se buscaba implementar redes descentralizadas de transmisión de datos; así Paul Baran diseñó una red de comunicaciones que no tenía una computadora núcleo ni gobierno central, esta idea fue llevada a la práctica por la organización científica ARPA quien entre 1966 y 1969 conectó sus cuatro computadores a esta red, para 1972 eran 40 los computadores interconectados; posteriormente tomó el nombre de ARPANET y su uso era exclusivo con fines militares. En 1969 ARPANET creó el protocolo de comunicaciones NCP *Network Control Protocol* y conectó los ordenadores centrales vía ordenadores de pasarela pequeños llamados *routers* a lo que se llamó IMPs *Interface Message Processors* que se los instaló en diversos centros universitarios.

El primer programa para enviar correo electrónico fue creado en 1971 por Ray Tomlinson, paralelamente otro grupo de investigadores crearon el primer protocolo para la transmisión de archivos por Internet que sentó las bases para los futuros protocolos de transmisión de ficheros. Esto fue utilizado por varias universidades que a través de ARPANET se fueron conectando entre sí.; en 1973 ARPA cambia su denominación por DARPA y se dedica a investigar técnicas y tecnologías para interconectar redes diferentes, así nace la PRNET que conectó por radio a siete computadores en cuatro islas de Hawái, y SATNET que enlazó a Noruega e Inglaterra vía satélite, En 1974 Vint Cerf (padre del Internet) con Bob Kahn diseñan el TCP *Transmisión Control Protocol* que permitió que diversas redes del mundo se conecten en una verdadera red de redes. Al mismo tiempo se creó el sistema ETHERNET que a través de un cable único enlaza a las computadoras de una red local LAN. En 1982 ARPANET adopta como estándar de comunicaciones el protocolo TCP/IP que es el *Transfer Protocol / Internet Protocol*. Un año después ARPANET dejó de ser una red militar y se abrió a todas las instituciones públicas y privadas que para esa época ya se encontraban en red; con lo que el Internet se volvió de libre acceso para todos. En 1990 Tim Bernest – Lee creó el *World Wide Web* (WWW) que facilitó la búsqueda de información en Internet, así como el protocolo de transmisión HTTP, el lenguaje de documentos HTML y los URL.

En 1996 se creó el Internet 2 de banda ancha, que es más veloz y que permite la transmisión de archivos más grandes, dando paso a las videos conferencias por ejemplo, las que permiten enlazar simultáneamente a varias ciudades de diversos países al mismo tiempo.

Los programas de computación o software que tanto usamos en nuestras actividades diarias, tuvieron sus orígenes en 1966 cuando los investigadores de Laboratorios Bell (AT & T) desarrollaron el sistema operativo MULTICS para un computador *General Electric*; luego con la ayuda de Ritchie y Rudd Canaday crearon un sistema operativo multitarea para un computador DEC llamado UNICS que podía ser usado por dos usuarios simultáneamente, al que posteriormente en 1970 se llamó se lo llamó UNIX. En 1977 se crea *WORD START* que es el primer procesador de palabras; en 1979 se crea la primera hoja de cálculo *Calcu Ledger*, que luego se llamó *VisiCalc* y que fuere el origen, en su orden, de *Multiplan* de *Microsoft*, *Lotus 1 -2 -3*, *Quattro Pro* y *Excel*. En 1980 Bill Gates y Pul Allen vendieron a IBM el programa *Microsoft Basic* y en 1981 el *Microsoft DOS*. En 1983 IBM presenta la versión 1.0 del procesador de palabras *Word DOS*; ese mismo año Richard Stallman creó un *Software Libre* llamado GNU que era compatible con UNIX, y en 1991 Linus Torvalds creó un sistema compatible con UNIX al que llamó LINUX que es de gran acogida en nuestros días como alternativa al sistema *Windows de Microsoft*, el que ha tenido una serie de variaciones desde el original *Windows 1.0* (creado en 1985), pasando por el *Windows 3.10*, el *Windows for Workgroups*, el *Windows 95*, *98*, *2000* entre otros.

Pero aparte de todos estos inventos, descubrimientos, innovaciones, lo que ha posicionado al internet dentro de nuestra sociedad es su simplicidad en el uso, pues no es requisito para ello poseer conocimientos técnicos o informáticos, si no ese deseo de conocer lo que está más allá de nuestro mundo visible, claro que esto se hace posible con el diseño en si del internet, que se basa en una arquitectura abierta y de fácil manejo y/o administración.

Como lo menciona Ariel Vercelli: “La arquitectura de Internet, es en primer lugar, distribuida. No es ni concentrada ni desconcentrada. La digitalización permitió que Internet desarrollara un tipo de comunicación que interconecta nodos que no admiten concentración o el control centralizado del tráfico de información. En segundo lugar, Internet posee una arquitectura abierta gracias a haber desarrollado un protocolo de comunicaciones estandarizado, abierto y transparente. A pesar de las tensiones que esto produce, Internet permite el acceso público, anónimo, sin discriminación. En tercer lugar, la arquitectura de Internet es simétrica, vale decir, una arquitectura que permitió que el procesamiento de la información se distribuya hacia cada uno de los extremos de la red y que estos extremos se comuniquen en una relación de pares o paridad.”²

² Vercelli Ariel; Aprender la Libertad, Pág. 29.

Esta arquitectura o estructura del internet es lo que ha facilitado su uso masivo y que por su intermedio circulen cada día más y más ciencia, cultura, conocimientos, lo que deben ser de alguna forma regulados, para que esta transmisión de conocimientos no se vuelva caótica o ilegal.

1.2. Tecnologías que lo componen.

Como se lo ha descrito en líneas anteriores, cuando hablamos de tecnologías que componen el entorno digital partimos desde lo que se conoce como *hardware* y *software*; y desde esta clasificación podemos hablar de dos momentos diferentes, por un lado el desarrollo de los ordenadores como tal y de los programas como medios para su funcionamiento, los mismos que en los últimos años se han ido desarrollando paralelamente pues a menos tamaño de los equipos más eficientes y completos tienen que ser los programas de los mismos.

Además la competencia existente entre las diversas compañías desarrolladoras de estos productos hace que las innovaciones sean constantes, lo que se ha dado en llamar el darwinismo³ tecnológico o digital. Por lo que se busca las herramientas que sean de fácil acceso, fácil uso, aunque sus costos no siempre sean los más exequibles; por otro lado también existe los grupos, redes o consorcios que a través del desarrollo de recursos o herramientas libres buscan los mismos resultados pero para un mayor número de personas y en algunos casos con costos cero, creándose así las redes colaborativas y las redes sociales.

No debemos dejar de lado el hecho de que el entorno digital no sólo está compuesto por computadores (como los conocemos: de escritorio y portátiles) si no también por otros artefactos tecnológicos como los Ipods, MP3 o MP4, telefonía móvil, GPS, cajeros automáticos, etc. que mediante la utilización de sus *software* específicos nos permiten almacenar y compartir información.

Y es justamente ese compartir información el que acarrea una serie de problemas más cuando las herramientas en red que se utilizan para transmitir información irrespetan los derecho de autor y de manera general la propiedad intelectual, al ser herramientas dinámicas,

³ Principio que explica que en el mercado de aplicaciones web sólo sobreviven las más aptas en función de su capacidad de adaptación de las demandas del medio; Planeta Web 2.0. Inteligencia Colectiva o medios fast food; Pág. 12; Cristóbal Cobo R. y Hugo Pardo K. e-book.

colaborativas, que permiten la interacción social, y con las que sin necesidad de tener conocimientos técnicos se puede administrar, subir y editar, información, ya sea de texto, imágenes o audio.

En lo que se refiere a la violación de los derechos de autor existen diversas formas de atentar contra estos derechos como por medio de: la **copia ilegal de software o piratería de software**, que es la reproducción no autorizada de programas de ordenador por medio de la red; **copias caseras** que las realizan los usuarios sin fines de lucro (no son consideradas como delitos) y pueden ser de programas, obras literarias, música, etc.; **copias corporativas** que es cuando una empresa adquiere un sólo original de un programa determinado y luego realiza copias del mismo para instalar en los demás computadores de la empresa, lo que dependiendo de las condiciones contractuales establecidas con el proveedor puede ser considerado como delito; **copias de los clubes de usuario**, tienen fines de lucro ya que se requiere una cuota mensual para ingresar a los mismos y obtener el préstamo, canje o alquiler de copias de programas que servirán para ser reproducidos; **copias dadas como estímulo por la compra de computadoras**, las entregan los vendedores de las máquinas quienes cargan en su disco copias piratas como un medio para abaratar costos; **copiado de fuentes**, efectuadas por los empleados de compañías que obtienen copias del software utilizado por ellas, para luego modificarlo y venderlo como propio; **violación del copyright en base de datos**, se efectúa al borrar, copiar, alterar o modificar la información de las bases de datos infringiendo los derechos de propiedad intelectual del autor, como es el caso del programa MP3 que permite bajar música de la red sin consentimiento de las compañías discográficas.

Estas actividades se realizan con conocimiento de causa, es decir quienes las realizan saben que están actuando de forma ilegal, pero también están aquellas personas con medianos conocimientos de manejo de TICs que lo que buscan es información para ampliar sus conocimientos o para realizar sus actividades laborales y/o académicas, y que el momento que la encuentran la toman sin tener en cuenta que al hacerlo están cometiendo actos reñidos con la legalidad pues se están apropiando de la creación de otra persona, a la que ni siquiera le reconocen su autoría (derecho moral) peor aún le cancelan un valor (derecho patrimonial) como justo reconocimiento a su trabajo.

Esto es tan normal, rutinario y de uso generalizado en todo el mundo, que es un acto frente al cual las personas no tienen ningún reparo en realizarlo, pues se considera que todo lo que circula por la red es de todos, pero lastimosamente esto no es así, claro que esto también se da

en el entorno analógico, pues es común en países como el nuestro, el obtener fotocopias de un texto, aunque el mismo tenga prohibición expresa de hacerlo, o el sacar copias a los CD originales para luego venderlos a precios ínfimos en relación con el costo del original.

Se puede decir que esto se hace por cuestiones económicas y que los precios de muchos artículos son prohibitivos, pero estos actos han generado infinidad de problemas tanto a los autores como a los titulares de los derechos pues han perdido ingentes sumas de dinero a causa de la piratería y que es un tema de amplísimo debate desde la OMPI y de los diversos grupos intelectuales y legales.

1.3. WEB 2.0

Más que un término estamos refiriéndonos a una nueva concepción del conocimiento compartido como verdadero paradigma de inclusión y globalización, en la que diferentes aplicaciones que subsisten entre sí, permiten una mayor interrelación entre el usuario y las herramientas informáticas con lo que la Web se vuelve más colaborativa y permite la expresión asincrónica y extraterritorial de miles de personas con intereses comunes que son los creadores de sus propios conceptos y situaciones en base a sus propias realidades, capacidades y conocimientos.

El término Web 2.0 nace como una necesidad de presentar una ruptura entre una web técnica, tradicional, y que no se adecua a los cambios sociales y generacionales, y una web dinámica, que puede ser fácilmente “manejada” o administrada por todos, sean estos todos, informático o no. La web 2.0 en sí no tiene un punto de partida pero su uso se fue generalizando a partir del 2004, hasta ser muy actual en nuestros días (y claro ahora también ya se habla de una WEB 3.0).

Su aplicación inmediata se dió en grupos de internautas, hasta llegar a los medios académicos, al ser usados sobre todo por universidades para difundir sus actividades, y es aquí cuando empieza a sentirse sus efectos, positivos en cuanto permite la masificación al acceso e intercambio de contenidos, y negativos tanto y cuanto han quedado desprotegidos un sinfín de derechos y particularmente los que tienen que ver con la propiedad intelectual.

Como se manifiesta en la Guía WEB 2.0 de la UTPL “La importancia de esta nueva filosofía radica en la posibilidad que tenemos todos para compartir nuestra información, experiencia y conocimiento con muchas personas (1.100 millones de usuarios conectados a internet) con el objeto de lograr una Intercreatividad, Inteligencia Colectiva o formar una arquitectura de participación mucho más robusta y sólida respecto a nuestro ámbito de la ciencia”.⁴

La Web 2.0 como un concepto puro no existe si no es asociado a las aplicaciones que le dieron presencia en la red, entre las que tenemos: *Wikipedia* (enciclopedia libre), *YouTube* (canal de videos), *Flickr* (servicio para cargar y compartir fotografías), *Word Press*, *Blogger* (estos dos últimos son sitios para crear *blogs*), *My Space*, *Facebook* (redes sociales para conocer amigos y compartir información).

Todas estas herramientas de uso muy común, sobre todo por su simplicidad de manejo, y que se han convertido en las abanderadas para compartir información, claro que todos estos programas en sus políticas de uso hacen hincapié en el uso honrado que se debe dar a las mismas y en la obligatoriedad de lo que se sube a la red sea de la autoría del suscriptor del contrato, o que de ser obra de un tercero éste haya autorizado su uso, todo esto con el fin de precautelar el interés de terceros, pero en la práctica es notorio que esto no se cumple. Pues la gente toma de la red lo que le gusta, lo que necesita, lo que le sirve, y la coloca en un nuevo sitio digital o físico, sin reparar en los derechos que tiene el autor original para que sus obras sean reconocidas como tales.

1.4. Intercambio de archivos.

El intercambio de archivos por medios digitales de par a par o de igual a igual conocido como “P2P” (que son las iniciales inglesas de *peer- to- peer*), es el mayor problema que afronta la propiedad intelectual dentro del entorno digital. Pues los seguidores de estas prácticas o redes de intercambio de archivos consideran que todo lo que está en la red es libre y gratuito y que por lo tanto es de libre acceso para todos, y de libre compartir, de tal forma que el intercambiar programas de computadora, música, videos, videojuegos, etc., es solo una forma de permitir

⁴ Benítez Segundo y otros. Guía WEB 2.0 pág. 7.

que un mayor número de personas tengan acceso a efectos que a lo mejor por sus costos no pueden llegar a todos.

En una descripción amplia se puede manifestar que este sistema está desarrollado en base a un programa informático (generalmente gratuito) por medio del cual los miembros de la red o usuarios comparten, desde los discos duros de sus computadoras, sus archivos digitales, sin necesidad de que exista un servidor específico pues todos y cada uno de ellos actúan como servidor y como cliente.

Cuando empezaron estas redes tenían un servidor centralizado (primera generación) que era el que facilitaba e intermediaba las búsquedas y localización de los archivos, pero no la descarga pues esta se realizaba directamente entre los usuarios, como ejemplo de estas redes podemos citar a *Napster*⁵, *Audiogalaxy* y *Aimster*.

Ante estos problemas legales que afrontaron los servidores centrales surgieron las redes P2P descentralizadas en la que cada integrante es usuario y proveedor respecto a los demás, las búsquedas se realizan a través de *nodos* (segunda generación), y una vez que se encuentra lo requerido las descargas se hacen directamente entre los usuarios, esta red presenta como desventaja su falta de eficacia y velocidad para encontrar y descargar los archivos, como ejemplo tenemos a los sistemas *Bearshare* y *Limewire* que utilizan el protocolo *Gnutella*.

Frente a las deficiencias de estas redes aparecen otras (híbridas o mixtas) en las que se utilizan *supernodos* (tercera generación), que hacen las veces de servidores y que no son más que ciertos usuarios que aleatoriamente gestionan los recursos y facilitan las búsquedas y descargas; al ser cambiantes tienen la ventaja que no son fáciles de identificar por las autoridades, como ejemplos podemos citar *eDonkey2000* con su programa *eMule*, *FastTrack* con su programa *KaZaA*, *BitTorrent* y *Grokster*.

A pesar de que estas redes han sido perseguidas judicialmente sobre todo por las industrias disqueras y cinematográficas, su uso es recurrente, incluso se ha señalado que si en algunos

⁵ “surgió en 1999 y se trataba de un servidor que recogía información detallada relativa a los contenidos y su localización en cada uno de los usuarios conectados. Su única función consistía en el mantenimiento y constante actualización de la base de datos. Los tribunales ordenaron su cierre en 2001 por la descarga ilegal de contenidos musicales y audiovisuales”. Rivera Blanes Begoña, La infracción de derechos de autor a través de los sistemas peer to peer y peer to mail, artículo publicado en el número 6 de la Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, pág.40.

estudios las estadísticas aparentemente indican una disminución en el número de usuarios, esto más bien se debería a maniobras de ocultamiento de sus seguidores.

Según un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo OCDE de abril del 2004, se estimaba que el número de usuarios simultáneos de redes P2P se situaban por los 10 millones; y en el 2003 en los países miembros de esa organización del total de descargas el 27% correspondió a archivos de video, el 24.3% a programas informáticos, documentos e imágenes, y un 48,6% a archivos de audio. De igual forma se señala que el 55,4% de los usuarios de las redes P2P son de Estados Unidos (0,9% de la población), el 10,2% a Alemania y el 8% a Canadá (1,2% de la población).⁶

Los problemas legales que se evidencian al compartir recursos por estas redes son de tres tipos: en primer lugar se violenta el principio de **copia privada**, pues al poner a disposición de terceros un determinado archivo, este se vuelve totalmente público, de uso colectivo; en segundo lugar se atenta contra el **derecho de comunicación pública del titular** de la obra, pues generalmente estas obras son puestas a disposición de terceros sin contar con la autorización del autor o del titular de los derechos de autor; y en tercer lugar se afecta el **derecho de reproducción**, ya que se efectúan múltiples copias ilegales de un mismo bien (no se ha pagado por ellas), por lo que en ningún caso estas nuevas copias se pueden considerar como copias privadas.

Derechos que son ampliamente protegidos por las legislaciones de propiedad intelectual, y en el caso concreto de nuestro país, la Ley de Propiedad Intelectual en el artículo 19 señala que es derecho exclusivo del autor el explotar en cualquier forma su obra y a obtener los beneficios que de esta explotación se generen; y en el artículo 20 se completa este enunciado al indicarse las facultades que el derecho de explotación confiere al autor, al puntualizar que de forma exclusiva a él le corresponde realizar, autorizar o prohibir la reproducción, la comunicación y la distribución de la obra, por las formas y los medios que se estime pertinentes; indicándose además, que cualquier acto de explotación de una obra sin la autorización expresa del autor, es un acto ilícito, y como tal sujeto a las sanciones pertinentes.

⁶ Estudio citado por Silke von Lewinski en “Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos” artículo publicado en el boletín electrónico de derechos de autor de la UNESCO, pág. 3 -5.

Cabe destacar que existen intercambios de archivos lícitos, por así determinarlo la ley, que es cuando se los utiliza con fines educativos o de investigación o son de obras que están en el dominio público, pero estos casos son la minoría, ya que los usuarios de estas redes generalmente intercambian música, videos, libros, etc., con fines netamente de entretenimiento.

Frente a estos ilícitos, surge la interrogante de cómo se establece la responsabilidad de la infracción, ante la presencia de varios sujetos y de varias circunstancias, por lo que es importante mencionar que si bien quienes administran estas redes son responsables por estas infracciones a los derechos de autor, su responsabilidad es secundaria, pues el principal responsable siempre va a ser el usuario que es el que realiza la copia y la pone a disposición de terceros y que será también el que en otros casos descargue el contenido desde la red; por lo tanto es a este usuario al que se lo perseguirá por la infracción, aunque dada la complejidad de establecer la individualidad de estos usuarios la mayoría de los procesos se los ha llevado directamente contra los administradores de los sitios como una forma de frenar el avance de estas redes, aunque los esfuerzos han sido vanos pues mientras se prohíbe o se cierran ciertos sitios, aparecen en la red nuevos nodos o supernodos que facilitan el intercambio de archivos.

Cuando se han planteado procesos contra los usuarios el mayor problema, como ya se indicó, es dar con su identidad y más aún cuando los proveedores del servicio de Internet se niegan a proporcionarla, ante esto, por ejemplo en Estados Unidos la Asociación Estadounidense de Empresas Discográficas (RIAA), ha demandado a las empresas proveedora de internet a fin de obligarlas a revelar la identidad de sus usuarios, disputa que fue ganada en tribunales de distrito, pero no ante el tribunal supremo.⁷

En la Comunidad Europea en cambio, existe la Directiva sobre el Comercio Electrónico, la que en su artículo 15 deja a los Estados Miembros en libertad de establecer si es o no obligación de las empresas proveedoras de internet el brindar la información sobre la identidad de los usuarios, de tal forma que los países que han establecido esta obligatoriedad son: Austria, Bélgica, Italia, Portugal y Alemania, aunque esta última sólo lo aplica para casos penales.

En la práctica los procesos judiciales se han resuelto por arreglos económicos y se los emplea con efectos disuasivos, como es el caso de la RIAA quien en el 2003 de las 5500 acciones que instauró 502 llegaron a un acuerdo monetario; por lo que algunas empresas han aplicado otras

⁷ Caso Nro. 05 – 7015 de RIAA Inc. Vs Verizon Inc. Resuelto por el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 19 de diciembre de 2003. Silke von Lewinski, Op Cit. Nota 54, pág. 11.

estrategias para persuadir al uso de estas redes, así se han enviado mensajes electrónicos masivos, mensajes instantáneos⁸ a los proveedores identificados como parte de redes P2P, inserción de archivos falsos, ataques con virus y la inclusión de programas espías. Todo con el propósito de acabar con un intercambio ilegal de archivos que les ocasionan grandes pérdidas en sus actividades.

⁸ “hasta mayo de 2004 las empresas fonográficas alemanas habían enviado 30.00 mensajes instantáneos a proveedores del servicio de intercambio de archivos para dejarles en claro que habían sido descubiertos y que no se podían refugiar en el anonimato.” Ibidem, pág.12

CAPÍTULO II

DERECHOS MORALES EN EL ENTORNO DIGITAL

Para iniciar con este capítulo es importante hacer una somera introducción y definición de lo que son los derechos morales del autor, y sobre lo que éstos derechos garantizan, para de esta forma tener una idea de cómo son tutelados o desprotegidos en el entorno digital; pero primeramente considero de suma importancia puntualizar sobre lo que es el derecho de autor.

Cuando los mecenas de la Edad Media imponían sus condiciones para apoyar a un escritor, a un autor, compositor, pintor, etc., o cuando a inicios de la época actual los creadores de ARPANET desarrollaban su red de redes, bajo ningún efecto de clarividencia se podía prever que cada uno de esos actos iban a ser parte decisiva del desarrollo de la humanidad, y punto de partida para el nacimiento de todo un marco normativo y doctrinario que en su orden se refieren a los derechos de autor y a la sociedad de la información.

Refiriéndonos específicamente a los derechos de autor, no existe acuerdo entre las legislaciones y doctrinas acerca del nombre que se debe dar a este tipo de derechos, así que es común encontrarnos con denominaciones ambiguas como “Derecho Intelectual”, “Derecho de Autor”, “Propiedad Intelectual”, “Propiedad Inmaterial”, e incluso con “Derecho de *Copyright*”⁹, entre otras, las que aunque parece que se refieren a lo mismo, esto es a la protección de las creaciones intelectuales, tienen diversas concepciones jurídicas.

De tal forma que dentro de esta variedad de pensamientos se han ubicado tres grandes concepciones: una vertiente considera que un bien inmaterial es igual a un bien mueble o inmueble por lo tanto los derechos intelectuales son **derechos reales y de dominio** ya que asimila la propiedad intelectual con la propiedad sobre las cosas; un segundo grupo señala que los derechos intelectuales establecen **hechos y relaciones jurídicas especiales** y que por lo tanto no se los debe asociar estrictamente con figuras o instituciones jurídicas ya existentes; y un tercer grupo que considera que se está hablando de una **nueva categoría de derechos** pues tienen autonomía y desarrollo propio, siendo esta última posición la más aceptada, y de donde nace la concepción de Derechos Intelectuales que es el nombre más utilizado para referirse a los derechos de autor.

Aunque se considera que antes que hablar de derechos intelectuales se debe hablar de la propiedad intelectual a la que se la define como “el derecho de uso goce y disposición que,

⁹ Este término no se ajusta a nuestra familia ni a nuestra tradición jurídica romanista, pues es una concepción del derecho anglosajón, que se traduce literalmente como “derecho de copia”, y que es la protección que se da a los derechos de autor pero con un sentido netamente patrimonial.

conforme a la normatividad especial aplicable, se tiene sobre bienes intelectuales.”¹⁰ Dejando en claro que los bienes intelectuales son todas aquellas obras o creaciones intelectuales sobre las que podemos ejercer los derechos de uso, goce y disposición que han sido reconocidos por los convenios y tratados internacionales y por las legislaciones internas de los países.

En nuestro entorno jurídico nacional el término que empleamos es el de Propiedad Intelectual pero se lo utiliza con un sentido más amplio, ya que comprende además de los derechos de autor y derechos conexos a la propiedad industrial y las obtenciones vegetales, esto según lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual publicada en el Registro Oficial 320 del 19 de mayo de 1998.

Los derechos morales conjuntamente con los derechos patrimoniales forman lo que conocemos como **derechos de autor**, y que a su vez son parte de lo que se denomina Propiedad Intelectual; cuando nos referimos a los derechos de autor estamos señalando esa relación existente entre el autor o creador (persona natural) y su obra (sea esta literaria, artística, software, etc.) sobre la cual se le han reconocido positivamente ciertos beneficios morales y patrimoniales.

Dichos derechos a criterios de algunos estudiosos de la propiedad intelectual se encuentran conculcados por el uso de las tecnologías, específicamente por la subida de obras intelectuales en el *internet*, mientras que para otro grupo, el uso de las tecnologías ha permitido la masificación de la cultura y de la ciencia, cerrando un poco las brechas que separan a sociedades de primera, segunda y de tercera, siendo innegable el rol del internet en este aspecto.

Lo que ha posicionado al *internet* dentro de nuestra sociedad es su simplicidad en el uso, pues no es requisito para ello poseer conocimientos técnicos o informáticos, si no ese deseo de conocer lo que está más allá de nuestro mundo visible, claro que esto se hace posible con el diseño en si del *internet*, que se basa en una arquitectura abierta y de fácil manejo y/o administración.

¹⁰ Zea Fernández, Guillermo, *Derechos de autor y Derechos conexos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p.27.

Esta arquitectura en primer lugar es distribuida que no admite concentración o centralizar el control del tráfico de información; en segundo lugar tiene una arquitectura abierta en base a un protocolo de comunicaciones estandarizado, abierto y transparente, por lo que permite el acceso público, anónimo y sin discriminación; en tercer lugar, la arquitectura de Internet es simétrica, que permite que el procesamiento de la información se distribuya dentro de una relación de pares hacia cada uno de los extremos de la red y que estos extremos se comuniquen entre ellos.

Esto es lo que ha facilitado su uso masivo y que por su intermedio circulen cada día más y más ciencia, cultura, conocimientos, lo que deben ser de alguna forma regulados, para que esta transmisión de conocimientos no se vuelva caótica o ilegal, y que sea respetosa de los derechos morales y patrimoniales de los autores y de los titulares de los derechos de autor.

Como vemos son muchos términos y sólo para establecer el nombre con el cual identificar a esta institución jurídica, con lo que nos hemos “enredado” en tratar de definir correctamente lo “qué es” la propiedad intelectual, derecho de autor, internet, etc., buscando llegar a la esencia de éstos y otros términos, pero sobre todo tratando de dar uniformidad a una definición, dejando de lado el enfoque lingüístico, que es el que nos ayuda a dar significado a un significante (a un término) y con lo cual responderíamos a la pregunta de “qué significa”¹¹; y con lo que pasamos por alto el hecho de que “la relación entre las expresiones y su significado es un producto cultural, y como tal, meramente convencional.

Dicho en otros términos, no existe ninguna relación necesaria entre un término y alguna de sus posibles definiciones.”¹² Ya que la palabra aparece indistintamente en el intercambio de pensamientos de los miembros de una comunidad por lo que lo hace con una enorme variedad de significados, lo que afecta a los propios conceptos que trata de expresar, así una misma palabra puede expresar conceptos y matices diferentes, lo que incluso se evidencia en la

¹¹ Al respecto: “Aristóteles distinguía los conceptos que ponen de manifiesto la esencia del objeto y que constituyen una definición del objeto estudiado (responden a la pregunta de ¿qué es el objeto?) y los conceptos que corresponden a los significados de las palabras.” Gorski. D.P., *Pensamiento y Lenguaje*, Enciclopedia de la Filosofía, segunda serie, Editorial Grijalbo, México D.F., 1961, p. 79.

¹² Cáceres Nieto Enrique, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, Colección nuestros derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, p. 36

terminología científica en la que encontramos diferentes significados respecto a un mismo término.

Dejando en claro que esa variedad de significados no se refiere a la utilización de homónimos, si no a aquellas aplicaciones de una palabra que han sido más o menos aceptadas por la sociedad y es justamente esta relación entre los términos y la sociedad, la que buscamos establecer respecto a lo que denominamos propiedad intelectual, ante lo cual es importante empezar por lo que significa **derecho de autor**, y para ello debemos dar significado a cada una de las palabras; así la palabra **derecho** es completamente ambigua pues tiene acepciones coloquiales, técnicas, históricas, filosóficas que vuelven completamente difícil el tratar de unificar un significado pues éste dependerá del contexto en el cual sea utilizada; lo mismo acontece con la palabra **autor**, que es polisémica y ambigua en su significado.

Así, “derecho” tiene tantos significados como realidades en las que se puede aplicar, coloquialmente significa algo recto, erecto, correcto, que no se deja manipular; y este término puede ser utilizado tanto como adjetivo, sustantivo o adverbio, así como de forma vulgar, corriente, figurada y técnica. Es tan amplio su uso que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos más de veintisiete significados diferentes sin tomar en cuenta todas las variantes de el uso técnico de este signo como por ejemplo derecho civil, derecho laboral, derecho mercantil, etc.

Por su lado, Autor: coloquialmente significa quien hace algo, quien crea algo, y ese hacer o crear algo va desde un gol, una obra artística o cualquier acción; la Real Academia de la Lengua le reconoce siete significados diferentes y variados, así se puede considerar autor al causante de una cosa, inventor o creador de algo, hasta ser el demandante o querellante en el campo del derecho procesal. Un significado netamente técnico es el que encontramos en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador cuando al término autor le da el significado¹³ de “persona natural que realiza la creación intelectual”, siendo este su significado legal¹⁴, y con el que se limita la calidad de autor sólo a una persona natural y siempre y cuando

¹³ El artículo 7 de la ley de Propiedad Intelectual del Ecuador expresamente manifiesta “los términos señalados a continuación tendrán los siguientes significados...” y dentro de esos términos encontramos a: autor, derechos conexos, obra, titularidad entre otras.

¹⁴ El segundo numeral del artículo 18 de nuestro Código Civil manifiesta “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

su creación se la considera como intelectual, y aquí nos encontramos nuevamente en el problema de saber que significa una creación, una obra intelectual.

Y encontramos que una obra intelectual en principio constituye el objeto del derecho de autor por lo tanto es necesario su presencia, su materialización para que exista el derecho de una persona natural sobre ella; de forma tal que significa una creación original e integral de la inteligencia, debiendo pertenecer al campo del arte, de las letras o de la ciencia, agregándose una característica técnica fundamental como es el hecho de que esta creación para considerarse como una obra intelectual sujeta a los derechos de autor debe estar contemplada dentro del periodo de protección establecido por las leyes y tratados internacionales de propiedad intelectual.

Con el término *internet* es a mi criterio más fácil la ubicación de su significado tanto coloquial, técnico e incluso histórico pues desde que este avance tecnológico fue desarrollado adoptó esa denominación y denota a una red de comunicación, llamada también como la red mundial de información, incluso es el mismo nombre con el cual se le conoce en todo el mundo indistintamente del idioma en el que sea utilizado y partiendo del hecho de que es un término inglés, que dada su influencia actual es importante establecer su rol social en la trasmisión de la cultura y del conocimiento.

Por lo tanto como lo hemos descrito, la relación entre lenguaje y significado es sumamente relativa y el pretender explicar ¿qué significa? Derechos de Autor e incluso *Internet*, se lo hará en base a las percepciones que cada uno tenga de la realidad que le ha tocado confrontar respecto a este tema, pudiendo aventurar en manifestar desde mi propia concepción una definición de derecho de autor en la que le asigno como significado “garantías de reconocimiento y explotación de una obra para su autor o titular”; dejando en claro que ningún significado es absoluto y que por lo tanto habrán tantos significados como personas interesadas en su estudio.

Pero más allá de este saber que significa el derecho de autor, más allá de una disputa teórica sobre el concepto correcto de derechos de autor, es importante establecer cuál es la función social de estos derechos, específicamente respecto a los contenidos que se difunden por *internet*, que es un tema de gran importancia debido al auge del desarrollo de la sociedad de la información y del uso de todas las herramientas que se nos presentan como son las redes sociales, espacios colaborativos, etc., y en donde se comparten una serie extraordinaria de contenidos sin respetar los derechos de autor, y que nos enfrenta a varias interrogantes

respecto a la confrontación entre el derecho que tienen todas las personas “ciudadanos universales”¹⁵ para acceder al conocimiento y a las tecnologías de forma libre y en igualdad de condiciones, frente al derecho de los autores para proteger su obra y en sí, sus intereses morales y patrimoniales.

Manifestaba Bobbio que las diferentes concepciones del derecho se podían reducir a tres: “a) Las que consideran al derecho como una institución social; b) las que conciben como una relación intersubjetiva, y c) las que lo consideran como un sistema de normas y reglas.”¹⁶ Partiendo de la primera afirmación es importante conocer esa relación directa entre derecho y sociedad y con las múltiples manifestaciones que de aquí se pueden desprender, por lo que se aleja de ser netamente un producto estatal previamente establecido y que es esa diferenciación entre lo social y lo estatal lo que nos permita establecer lo que está sucediendo con los derechos de autor en *internet*.

Para hablar específicamente de los derechos de autor en *internet* es importante esclarecer como el influjo de la sociedad en la tecnología y de ésta en la sociedad, permiten que se discutan, se creen, se reformen las normas, los conceptos, los significados que tienen estrecha relación con los derechos del autor en el entorno digital y como ésta misma relación permite que se busquen nuevas soluciones acordes a esa nueva realidad social y tecnológica.

Este análisis se lo puede abordar desde la perspectiva de dos teorías: la teoría constructivista y la relativista. Se emplea el constructivismo al buscar, observar y analizar el momento en que los diferentes grupos sociales construyen problemas y soluciones en función de la protección o de garantizar sus intereses y se emplea el relativismo al analizar el cambio, la transformación de las regulaciones, de las tecnologías, de la cultura y de la sociedad en general, pues éstas no se mantienen iguales o estáticas a través de la historia, si no que están en continua transformación; y es justamente esa transformación la que obliga y a su vez permite que se adecuen una a la otra a fin de mantener un equilibrio social y un estado de derecho.

Es importante también realizar un abordaje socio – técnico a fin de determinar la relación presente entre normas, leyes, doctrina y tecnología; enfocado al estudio de las sociedades o de

¹⁵ Este término ha sido acuñado en nuestra nueva Constitución específicamente en el Art. 416 donde en su numeral 6 se propugna el principio de ciudadanía universal.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Turin, Giappichelli, 1958, pp. 13 y ss; citado por Cáceres Enrique en *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 35

los grupos sociales que en base a su accionar construyen tanto las normas como las tecnologías. Porque es evidente que al seguir manteniendo normas elaboradas para un entorno analógico su eficacia y eficiencia es mínima ante el control y el respeto de los derechos de autor en internet; no sólo por la norma en sí, sino también por su ineficacia al momento de aplicarla en espacios asincrónicos, en territorialidades diferentes y hasta desconocidas y ante personas enmascaradas en códigos y lenguajes informáticos.

Además este análisis socio – técnico también permite un análisis epistemológico pues nos permite observar como el significado de los términos (construcciones) técnicos y legales son contruidos por los diferentes grupos sociales relevantes, que en este caso serían tanto los entes encargados de la legislación y control de las normas, de las personas que crean sus obras, de quienes desarrollan y utilizan las tecnologías y de quienes a través de las tecnologías tienen acceso a todo un mundo de nuevos conocimientos.

Al analizar estos significados diversos tomamos contacto con todo un proceso de imposición y negociación de cada uno de ellos, lo que nos permite acercar al estudio de su desarrollo histórico, su transformación, e incluso el éxito o fracaso de cada uno de ellos en un momento determinado; el tener significados diversos nos evidencia la flexibilidad interpretativa de cada grupo social le da a un término en un mismo tiempo y lugar determinado, y ésta flexibilidad aumenta o disminuye acorde con la negociación, discusión, consenso o imposición de cada uno de estos significados sobre un término dado.

La flexibilidad interpretativa tiende a decaer o se estabiliza cuando los grupos sociales relevantes llegan a un consenso sobre el significado de los términos, estableciendo una construcción socio – técnica de estos significados en donde es tan importante las cuestiones legales como las técnicas en donde no quedan exentos los intereses de los grupos que intentan mantener el dominio, el control de la producción de las leyes y de las tecnologías y claro está el control de esta actividad creativa.

No podemos olvidar que así como el derecho permite el orden y el control social, las tecnologías también son políticas y se direccionan directamente al control de prácticas sociales, procesos, conductas y espacios de la vida social, y en el caso concreto de los derechos de autor en *internet* es evidente que la construcción de cada significado es el resultante de la intervención directa del derecho y de las tecnologías, pues tanto se crean regulaciones para volver técnica la gestión de los derechos de autor, como tecnologías para regular la gestión legal de estos derechos.

Y para el análisis netamente legal debemos partir de las concepciones post - positivistas del derecho, porque como se indicó las normas existen, están vigentes, pero debemos llegar a dilucidar entre su validez, su eficacia y su legitimidad frente a los cambios socio- tecnológicos; por lo tanto debemos utilizar un pluralismo metodológico entrelazando la Ciencia Jurídica con la Sociología y la Filosofía del Derecho, para determinar como la realidad jurídica construye o reconstruye a la norma según las críticas que afronte y la realidad social que se presente, esto sin caer en la imposición de juicios de valor a fin de no desvirtuar a la Ciencia Jurídica como tal.

Debemos tener presente que la Ciencia Jurídica debe constituirse en un instrumento para el cambio social, por lo que no debe aferrarse al derecho vigente si no que debe hacer evolucionar el derecho conforme la sociedad y sus circunstancias lo requieren, al respecto Elías Díaz manifiesta que el Derecho se debe adecuar a la realidad social y que en ningún caso se debe convertir en un “obstáculo para la evolución social, sino, al contrario, institucionalizando y consolidando los cambios sociales.”¹⁷ Pues no sería lógico que el Derecho, que la norma, no se pueda adecuar a los cambios sociales, y que en casos como los del presente estudio, la falta de adecuación de la norma a la realidad socio- tecnológica determine un estado de ilegalidad general, que en ningún caso debe ser el ideal de régimen jurídico alguno.

Sin olvidar que la ciencia indistintamente a la que nos refiramos está en constante cambio, que el conocimiento se transforma y se adecua a la realidad social y que esta realidad social en un espacio determinado tiene mucho que ver con el desarrollo tecnológico; por lo tanto en el caso concreto del análisis de la propiedad intelectual y específicamente de los derechos de autor, el estudio epistemológico debe abarcar también a las tecnologías, al *internet* como una realidad tangible y claro está en base a su función social, pero no buscando su esencia empírica que nos transporta a ubicarnos en un juego de definiciones, si no basándonos en el lenguaje como una forma de ir construyendo el conocimiento desde la utilización cotidiana y normal del mismo.

2.1. ¿Qué son?

¹⁷ Díaz Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Editorial Taurus, 2da. Edición, España, 1980, p.1261

El derecho del autor nace paralelamente con el nacimiento o creación de la obra y desde ese momento es tutelado jurídicamente sin necesidad de la existencia ni de registro, depósito o del cumplimiento de alguna formalidad sea esta administrativa o legal¹⁸.

De forma tal que los **derechos morales** que el autor tiene sobre su obra son considerados como aquellos derechos personalísimos que nacen a consecuencia de esa relación directa entre autor y obra, y que le facultan para administrar su creación a su libre arbitrio, de tal forma que sólo él puede autorizar o prohibir el uso de la obra, su difusión o mantenerla inédita, así como el reclamar ante los entes administrativos o judiciales por cualquier tipo de violación que se cometa contra sus legítimos intereses.

Al respecto Immanuel Kant señalaba que los derechos de autor eran la expresión interior de la personalidad del propio autor, derecho innato e inherente a si mismo, por lo tanto antes que derechos de propiedad son derechos de personalidad

Estos derechos tienen características particulares que son justamente las que les distinguen de los derechos patrimoniales y de las cuales nos referiremos a continuación.

2.2. Características.

Las diversas legislaciones reconocen ciertas características a los derechos morales del autor; así el Art. 11 de la Decisión Andina 351 de 1993¹⁹, establece como atributos de los derechos morales el ser inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e irrenunciables, los que también son reconocidos en el Art.18 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual; estas características se manifiestan respecto a ciertos atributos o facultades que tiene el autor frente a su obra.

¹⁸ Cfr. Art. 5 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

¹⁹ Dictada en el Sexagésimo primer Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el 17 de diciembre de 1993 en Lima – Perú, y establece el régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos que rige para los países miembros que son Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia. Cfr. Decisión 351, disponible en: www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9445

2.2.1. Irrenunciabilidad.

En la doctrina general se entiende como irrenunciable a todos aquellos derechos que se consideran de imposible renuncia por cuanto al hacerlo se estaría afectando al interés público o a los derechos de terceros. Al ser un derecho irrenunciable se considera forzosamente que éste también es imprescriptible.

La irrenunciabilidad supone por lo tanto que la paternidad sobre una creación es perpetua y que siempre su autor deberá ser reconocido como tal, estableciendo una vinculación directa entre el autor y su obra, y determinando también que solamente el autor está legitimado para ejercer los derechos morales sobre su creación.

2.2.2. Inalienabilidad.

En sentido estricto inalienable es todo aquello que no puede ser enajenado. De tal forma que los derechos morales del autor, al ser derechos tan íntimamente ligados a su personalidad no pueden ser transferidos a otra persona, y se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ni transmitirse ni cederse a través de actos jurídicos.

En la mayoría de los países que se rigen por la tradición Romano Germánica, no está permitida la transferencia de los derechos morales del autor, y si lo hacen es por excepción y mediante el uso de licencias temporales otorgadas por el autor, y que permiten la explotación de la obra a terceros, pero siempre en base al reconocimiento del autor original y sin desmaterializar el contenido de la obra o creación, por lo que al final lo que se transmite exclusivamente son los denominados derechos patrimoniales.

2.2.3. Inembargabilidad.

Se considera como inembargable todos aquellos bienes que son de carácter vital para su poseedor, este es un atributo legal y que debe estar expresamente señalado como tal por la ley.

En el caso de los derechos morales del autor, es importante determinar que estos carecen de valor económico, por lo que sobre ellos no puede pesar gravámenes o limitaciones o ser objeto de embargo o remate.

En cambio nuestra legislación interna en concordancia con la normativa Andina si permite la constitución de gravámenes, embargo, remates, prohibición de enajenar y venta en subasta pública sobre los derechos de propiedad industrial (marcas, lemas, patentes, etc.) y las obtenciones vegetales, a los que para estos efectos se los considera como bienes muebles.²⁰

2.2.4. Imprescriptibilidad.

Es imprescriptible todo bien, derecho o acción que no puede perderse o adquirirse por el decurrir del tiempo; respecto a los derechos morales del autor estos no tienen límite en el tiempo, son considerados perpetuos pues incluso a la muerte del autor son sus herederos o causahabientes los que ejercen estos derechos contra terceros por el tiempo determinado en la ley, y a falta de herederos o una vez que ha transcurrido el tiempo de establecido de protección legal, es el Estado el que toma la tutela de los mismos, tal como lo señala el Art. 11 de la Decisión Andina 351.²¹

2.3. Derechos Morales Tutelados.

²⁰ L.P.I. Art. 283 “Los derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales se reputan bienes muebles exclusivamente para la constitución de gravámenes sobre ellos. Sin embargo, podrá decretarse la prohibición de enajenar de tales derechos con sujeción a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, así como su embargo y remate o venta en pública subasta.” Edi-Gab, 2004.

²¹ Decisión Andina 351, Art. 11 “.....A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.” http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=223497.

Las diferentes normativas tanto internas como internacionales establecen de forma expresa los derechos morales protegidos, así el Art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador señala: “Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor: a) Reivindicar la paternidad de su obra; b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada; c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor; d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda...”²²

E incluso se indica que la violación a cualquiera de estos derechos da lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y al inicio de acciones legales, las que se pueden realizar en vía administrativa, civil o penal según lo establecido en la misma Ley.

De igual forma el Convenio de Berna²³ identifica como derechos morales al “derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”²⁴ Incluso se manifiesta que estos derechos se mantendrán aún frente a la cesión de los derechos patrimoniales.

A continuación se analiza cada uno de los derechos morales protegidos:

2.3.1. Paternidad de la obra.

²² Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab, 2004.

²³ Este Convenio es el mayor referente legislativo sobre Propiedad Intelectual, tiene más de un siglo de vigencia, pues fue redactado en septiembre de 1886 en Berna, completado el 4 de mayo de 1896 en París; revisado el 13 de noviembre de 1908 en Berlín; completado el 20 de marzo de 1914 en Berna; revisado el 2 de junio de 1928 en Roma, el 26 de junio de 1948 en Bruselas, el 14 de julio de 1967 en Estocolmo y el 24 de julio de 1971 en París; siendo en esta misma ciudad en donde se lo enmendó el 28 de septiembre de 1979. Cf. Con la Base de datos de la OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual, en www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_w0001.html.

²⁴ Art. 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, consultado en: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_w0001.html.

El creador de una obra tiene derecho a ser reconocido como tal frente a terceros y que su nombre o seudónimo sea mencionado cada vez que la obra sea reproducida, comunicada al público, transformada o distribuida de cualquier forma. Es un derecho fundamental pues a partir de su reconocimiento se pueden ejercer todos los demás derechos morales, así como los patrimoniales.

Este derecho permite que en cualquier tiempo se pueda reivindicar la paternidad de la obra y así reconocer al autor su condición de creador. Incluso a la muerte del autor el ejercicio de este derecho corresponde sin límite de tiempo a sus causahabientes, esto según reza el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

2.3.2. Derecho al anonimato y a utilizar un seudónimo.

Este derecho establece que el creador de una obra pueda exigir que se lo mencione o asocie a la obra ya sea a través de su nombre o seudónimo, o incluso le da la potestad de que su nombre se mantenga en el anonimato.

Cuando el autor ejerce el derecho a disponer que su obra se publique como de autor anónimo, solo quien tuviere los derechos patrimoniales sería el que responda ante terceros, por ejemplo en el caso de una obra escrita sería el editor quien represente al autor.

A la muerte del autor este derecho puede ser alegado por sus causahabientes durante un plazo de setenta años.²⁵

2.3.3. Derecho a la divulgación.

Este derecho también conocido como derecho de ineditud, es la facultad que tiene el autor para decidir si es que da o no a conocer su obra, y si es que la hiciera en qué forma se expresaría.

²⁵ Art. 18 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi Gab, 2004.

Solamente el creador de una obra es quien puede determinar si su obra está terminada y si es que desea darla a conocer al público; y es él quien decide si una obra se da a conocer completamente o solo un resumen de la misma.

La ineditud se ejerce independientemente frente a las diversas formas de expresar una obra, así una obra puede darse a conocer de forma gráfica y reservarse el derecho de mantenerse inédita de su representación escrita, teatral, etc.; esto según lo expresa el literal a) del Art. 11 de la Decisión Andina 351.

El artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, al igual que con el derecho al anonimato y a utilizar un seudónimo, señala que el derecho de ineditud, podrá ser ejercido por los causahabientes del autor durante setenta años después de su muerte.

2.3.4. Acceso a ejemplar único y raro.

Para algunos autores este derecho más que un derecho moral es un derecho patrimonial, y consiste en la facultad que tiene el autor para acceder a un ejemplar único o raro de su obra cuando se encuentre en posesión de un tercero, a fin de poder ejercitar otros derechos que tiene sobre su obra como por ejemplo el derecho de divulgación.

El autor que desee acceder a su obra no podrá exigir el desplazamiento de la misma, y su acceso se realizará sin generarle incomodidades al poseedor

2.3.5. Derecho a la integridad de la obra.

El derecho moral a la integridad, garantiza al autor que pueda limitar o evitar que a su obra sufra deformaciones, cambios o cualquier tipo de mutilaciones o alteración a su naturaleza, o cualquier tipo de afectación a su buen nombre y reputación.

Si es que algunos de estos actos se realizaran sin su consentimiento, el autor podrá demandar la reparación o la indemnización que corresponda.

Este derecho se lo conoce también como el derecho al respeto, ya que se fundamenta en el respeto a la personalidad del autor, la misma que se evidencia en las obras fruto de su creación, por lo que respetar la integridad de la obra es respetar la personalidad del autor.

Al respecto el Art. 6 bis del Convenio de Berna y la Decisión Andina 351, establecen que el derecho a la integridad de la obra se aplica también a las condiciones técnicas por medio de las cuales se realice la explotación económica de la obra, indistintamente del medio que se emplee para este fin, por lo que es responsabilidad del editor, del empresario, del productor o de la persona que realice dicha explotación, asegurar la protección y resguardo del derecho moral del autor.

En nuestra legislación interna, específicamente en el Art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual se establece que a la muerte del autor el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de este, corresponderá indefinidamente a sus causahabientes

2.3.6. Derecho a modificar la obra.

Este derecho faculta al autor a realizar modificaciones a su obra ya sea antes o después de su publicación.

Delia Lipzyc, citada por Alfredo Vega manifiesta que el derecho de modificación “se refiere únicamente a la integridad de la obra en su forma originaria y no debe confundirse con el derecho de transformación, que deja inalterada la individualidad primigenia de la obra, por lo que puede ejercerse por los derechohabientes del autor o por cualquier persona, una vez que la obra ha entrado al dominio público.”²⁶

Si es una obra realizada por coautores este derecho de modificación debe ser tomado por común acuerdo de todos los coautores.

²⁶ Vega Jaramillo Alfredo, Manual de Derecho de Autor, pág. 49.

CAPÍTULO III

DERECHOS PATRIMONIALES EN EL ENTORNO DIGITAL

Como ya lo habíamos mencionado en el capítulo anterior la división de los derechos de autor en derechos morales y patrimoniales es de antigua data, y así como los defensores de la teoría monista (Kant, Otto von Gierke y Philipp Allfred, entre otros) consideraban que los derechos de autor es un derecho netamente personal, los defensores de la teoría dualista (Hegel y sus seguidores) manifestaban que tanto los derechos morales como los derechos económicos están bajo la protección de un grupo diferente de derechos, y es por esto que ellos consideran que los derechos morales se conservan aunque se hubieran cedido los derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales o económicos nacen en la Italia renacentista con los privilegios que Venecia concedió a los autores y que constaban en la Ley de Derechos de Autor expedida por el Consejo de los Diez, en donde se “prohibía la impresión de cualquier trabajo, a menos que se contara con permiso, dado por escrito por el autor.”²⁷; este tipo de privilegios fueron reconocidos en otros países como Holanda e Inglaterra.

El *copyright* o derecho de copia inglés nació con el fin de proteger al *negocio* de la imprenta y publicación de obras a través de un pago con lo cual la Corona se aseguraba algunos ingresos económicos, esto se encontraba en las *Caxton's Founding* expedidas en 1476 y que es el primer cuerpo jurídico que se dictó sobre los derechos de autor; posteriormente la Corona con el fin de asegurar control económico y político “cedió el control económico sobre los derechos de autor respecto a la publicación de libros a la *Stationers Company* de Londres”²⁸

Pero fue con la expedición del Estatuto de la Reina Ana a principios del siglo XVII que se dió lugar al nacimiento de lo que se denomina el moderno derecho de *copyright* que se aplica en el derecho anglosajón; aquí se protegió al autor antes que al editor y se estableció el derecho de reimpresión de obras literarias, estableciendo tiempo y condiciones.

En Francia los derechos de los autores fueron reconocidos con la Revolución de 1789, cuando se puso fin a los monopolios de las imprentas (Ley de 1791), más tarde en 1793 se expidió una nueva Ley en la que se les otorgaba a los autores derechos contra las reproducciones no autorizadas de sus obras.

²⁷ Becerra Ramírez Manuel, La propiedad intelectual en transformación, pág. 17.

²⁸ Ibidem, pág. 17

Y aunque cada país fue adecuando su legislación interna a las corrientes que se iban desarrollando en países vecinos no fue sino hasta la expedición del Convenio de Berna en 1886 que se crea un marco internacional de protección a estos derechos, sobre todo porque aquí se enlazan tanto la tradición jurídica romanista de protección de los derechos morales, como la tradición anglosajona de protección de los derechos patrimoniales; además porque con esta norma se dio inicio a una serie de tratados internacionales de protección a la propiedad intelectual que son la base de la legislación contemporánea, pues las normas actuales son la consecuencia de reformas que se han ido dando a estas normas expedidas en el siglo XIX.

3.1. ¿Qué son?

Los **derechos patrimoniales** buscan los beneficios provenientes de la explotación de una obra por lo tanto son los que garantizan y confieren al autor, la exclusividad para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, la comunicación y la distribución de la obra, por las formas y los medios que se estime pertinentes; indicándose además, que cualquier acto de explotación de una obra sin la autorización expresa del autor, es un acto ilícito, y como tal sujeto a las sanciones pertinentes que se encuentran establecidas en las diversas legislaciones.

Así para Wilson Ríos son “las facultades de orden económico y pecuniario que le permiten al autor disponer libremente de su derecho y lograr un beneficio material mediante la enajenación de este.... Pueden ser objeto de cesión o de transmisión en propiedad a cualquier otra persona a cualquier título.”²⁹; otra característica que resalta este autor es que estos derechos pueden ser objeto de renuncia, embargo o cualquier tipo de medidas cautelares y que tienen una duración limitada, al contrario de los derechos morales que tienen una duración perenne.

Al respecto la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador dispone que “El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios.”³⁰ Esta explotación se sujetará a las limitaciones establecidas en el mismo cuerpo legal.

²⁹ Ríos Ruíz Wilson, La propiedad intelectual en la era de las tecnologías, pág. 60

³⁰ Art. 19 Ley de Propiedad Intelectual, Edi Gab, 2004

3.2. Derechos Patrimoniales Tutelados.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece que el autor goza del derecho exclusivo para explotar su obra por lo que tiene la “facultad para realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) la importación; y e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”³¹

Siendo estas las garantías o los derechos patrimoniales de que goza el autor o el titular de los derechos de autor, y que se encuentran reconocidas tanto en la normativa nacional como internacional.

3.2.1. Derecho de reproducción.

Es el derecho que tiene el autor o el titular de los derechos del autor para dar a conocer la obra de forma exclusiva y ya sea en su formato original o en un formato derivado por cualquier medio o procedimiento; además le da la facultad para realizar copias de la obra de una parte de ella.

La reproducción de una obra se puede dar por un sinnúmero de medios, como por ejemplo a través de una fotografía, de un grabado, la inclusión en un fonograma o en un audiovisual, en un medio magnético, entre otros, que permitan la comunicación de la obra.

En nuestra legislación interna, en el artículo 21 de la LPI se establece en primer lugar que la reproducción es la fijación o réplica de una obra, lo que se puede dar en cualquier medio o procedimiento incluso en aquellos que estén por conocerse; esta fijación también puede ser realizada en un almacenamiento digital ya sea temporal o definitivo, pues lo importante es que la obra pueda ser percibida, comunicada y que permita que se obtengan copias ya sea de una parte o de toda la obra.

³¹ Art. 20 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi Gab, 2004

3.2.2. Derecho de comunicación pública.

Para Delia Lipsyc la comunicación pública es “todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a toda la obra o a parte de ella, en su formato original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.”³²

Para que la comunicación de una obra sea considerada como pública, esta debe salir del entorno doméstico o familiar; se manifiesta cuando varias personas que estén o no en el mismo lugar tienen acceso a una obra sin que previamente se hubiera entregado un ejemplar a cada una de ellas.

Encontramos diversas formas de comunicación pública, pudiendo ser realizada de forma directa o en vivo, o de forma indirecta, al respecto el Art. 22 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador establece algunos casos:

- a) Representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de obras dramáticas, dramáticas – musicales, literarias y musicales.
- b) Proyección o exhibición pública de obras cinematográficas y audiovisuales.
- c) Radiodifusión o comunicación al público de obras a través de cualquier medio que sin hilos permita difundir signos, sonidos o imágenes o su representación digital, ya sea de forma simultánea o no. La transmisión de señales codificadas siempre que se de acceso a los medios de decodificación.
- d) Trasmisión al público mediante abono o de forma gratuita, de obras por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.
- e) Retransmisión por una entidad distinta a la de origen de una obra radiodifundida por radio, televisión, o por otro medio con o sin hilo.
- f) Emisión, transmisión o captación de una obra radiodifundida, en cualquier lugar accesible al público y mediante la utilización de un instrumento idóneo.
- g) Presentación y exposición pública.

³² Citada por Alfredo Vega Jaramillo, en Manual de Derecho de Autor, pág.54

- h) Acceso público mediante telecomunicación a bases de datos de ordenador que sean obras protegidas.
- i) Difusión de signos, palabras, sonidos, imágenes u otras formas de expresión de las obras a través de procedimientos conocidos o por conocerse.

De manera general la ejecución pública de una obra musical, cinematográfica, dramática, etc., es un derecho de explotación económica, por lo cual debe ser anticipadamente autorizada por el autor, previo el pago de un canon o valor por su ejecución; para cuyo efecto se han establecido las Sociedades de Gestión Colectiva (SAYCE,³³ EGEDA³⁴, SOPROFON³⁵, por ejemplo) que son las encargadas de realizar estos cobros, bajo prevenciones legales por incumplimiento.

La comunicación de obras mediante un sistema de cable, fibra óptica o cualquier sistema similar, sólo es accesible a quienes han contratado y pagado por este servicio.

En el caso de la comunicación pública de obras en el entorno digital, esta se da previa solicitud del usuario en el momento y desde el lugar en que se encuentre, y previa autorización de los autores de las obras, tal como lo reconoce el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).

³³ Es la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos, que establece tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conforman su repertorio (obras musicales), dependiendo de el elemento real de fijación y los mecanismos de indexación; los pliegos tarifarios que establece son obligatorios y previamente aprobados por el IEPI. De manera general establece tarifas por reproducción, distribución, sincronización y por comunicación pública. Cf. Registro Oficial 290 del 22 de marzo de 2001, constante en la ley de Propiedad Intelectual, pág. 175, Edi – GAB, 2004.

³⁴ Recauda, administra y distribuye los derechos que por utilización pública y retrasmisión de obras audiovisuales se genere en el Ecuador, por la representación que ejerce sobre obras administradas y concedidas por EGEDA España a EGEDA Ecuador; recauda derechos económicos por la retrasmisión de sus obras a empresas operadoras, estaciones o concesionarias de servicio de televisión por cable, aerocable (televisión codificada terrestre – UHF – MMDS), televisión codificada celular (frecuencia – LMDS) y televisión codificada satelital que operan en nuestro país. Cf. Registro Oficial 575, del 14 de mayo del 2002, en la Ley de Propiedad Intelectual, pág. 185, Edi – GAB, 2004.

³⁵ Sociedad de Productores de Fonogramas, otorga licencias de uso por las producciones que conforman su repertorio para lo cual establece tarifas por la comunicación pública de un fonograma, los mismos que se reparten equitativamente entre los productores de los fonogramas, artistas, intérpretes y ejecutantes. Cf. Registro Oficial 653 del 2 de septiembre del 2002, en la Ley de Propiedad Intelectual, pág. 189, Edi – GAB, 2004.

3.2.3. Derecho de distribución.

Es un derecho con un fuerte contenido económico, a través del cual el autor o el titular del derecho de autor pone a disposición del público su obra o copias de esta, ya sea mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma, dentro de un territorio determinado.

Al respecto nuestra Ley de Propiedad Intelectual define lo que debemos entender por arrendamiento, préstamo y venta de una obra; así se manifiesta que tanto en el **arrendamiento** como en el **préstamo** se ponen a disposición los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado, la diferencia radica en que en el **arrendamiento** se obtiene un beneficio económico o comercial directo o indirecto, mientras que este beneficio es inexistente en el **préstamo**.

Cuando se realiza la venta de una obra, el derecho de distribución se termina o se agota respecto a las posteriores reventas de la obra dentro del país; pero se mantiene presente para autorizar o prohibir el arrendamiento y préstamo público de los ejemplares vendidos, pues este continúa siendo un derecho exclusivo del autor o del titular del derecho, según lo prescrito en el artículo 23 del citado cuerpo legal y que guarda concordancia con la Decisión Andina 351.

Frente a este derecho se ha establecido una limitante conocida como la extinción o agotamiento del derecho de distribución o doctrina “de la primera venta”, que refuta la exclusividad del autor o titular para oponerse a la circulación de su obra una vez que la ha vendido, pues quien la adquiere puede ponerla en circulación en diferentes territorios según sean sus intereses.

El Tratado de la OMPI de 1996 para el entorno digital, determina que cada país en su normativa interna deberá regular respecto al agotamiento del derecho de distribución después de haberse realizado la primera venta o de haberse efectuado la transferencia de la propiedad del original o de una copia de la obra.

3.2.4. Derecho de importación.

Le da al titular de los derechos de autor la facultad exclusiva 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.”³⁶ Por lo tanto en fronteras podrá impedir el ingreso del original y copias de la obra, y exigir el retiro o suspensión de las obras o copias que ya hubieren ingresado al país; exceptuándose de este control las obras consideradas parte del equipaje personal.

Al respecto la Decisión Andina 351 en el literal d) del Art. 13 consagra el derecho exclusivo que tiene el autor o el titular del derecho de autor para realizar, autorizar o prohibir la importación al territorio de cualquier país miembro de la Comunidad Andina de copias hechas sin su autorización. De igual forma quien ha obtenido dentro de determinado territorio licencia exclusiva para comercializar una obra, podrá impedir que ingresen a su territorio ejemplares producidos en otro territorio, aunque estos hayan sido producidos lícitamente.

3.2.5. Derecho de transformación de la obra.

Según lo manifestado por Alfredo Vega Jaramillo, el derecho de transformación es “la facultad del autor de una obra originaria para autorizar la creación de obras derivadas de ésta, tales como adaptaciones, traducciones, arreglos musicales, compilaciones, etc. Por tanto, es la modificación de una obra preexistente, que está supeditada a la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra que pretende ser transformada.”³⁷

Si no existe el consentimiento previo del autor de la obra original, cualquier transformación será considerada ilícita, a menos de que sea utilizada con fines académicos y sin fines de lucro, y que su uso se enmarque en lo denominados “usos honrados”, en los cuales se reconozca la autoría y se dé un uso acorde a las buenas costumbres.

Cuando la obra original se encuentra dentro del dominio público no se requiere solicitar autorización expresa del autor, pero lo que si se debe garantizar es el mantener inalterable su personalidad y la esencia de la obra en sí.

En el caso de las traducciones, que es una forma de transformación de la obra, éstas son obras independientes de la obra original; realizadas en diferentes idiomas, en las cuales el autor de la

³⁶ Art. 24 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab. 2004

³⁷ Vega Jaramillo Alfredo, op. cit. pág. 57

traducción es el titular de los derechos de autor, ya que es una obra diferente a la original, a la que también se denominan como obras derivadas.

Los derechos del traductor de la obra son diferentes e independientes a los derechos del autor original de la obra, de forma tal que se constituyen en nuevos derechos con todas las garantías legales de que se encuentran revestidos los derechos de propiedad intelectual.

3.2.6. Derecho de seguimiento o continuación.

Es un derecho irrenunciable e inalienable de los autores de obras artísticas, manuscritos de obras literarias y partituras, por medio del cual se garantiza que estos perciban una parte de los ingresos que se generen por las ventas o transacciones posteriores a la primera venta o enajenación del original de la obra, valores que deberán ser entregados al autor o a sus herederos mientras persista el tiempo de protección de los derechos de autor.

El fin de este derecho es asegurar que el autor obtenga réditos sobre sus obras, sobre todo cuando al pasar el tiempo y al obtener más “fama” personal y profesional sus obras se cotizan en sumas más altas, lo que es totalmente inverso en cambio cuando el autor empieza a realizar sus creaciones, las que son vendidas en precios muy módicos.

Al respecto el Art. 38 de la ley de Propiedad Intelectual del Ecuador indica que el valor a pagar al autor por la reventa de su obra es del cinco por ciento del precio de la venta, lo que deberá ser cancelado por el vendedor al autor o a sus herederos; es más el Art. 39 del citado cuerpo legal indica que las personas que han participado en la reventa como comerciantes o responsables de establecimientos mercantiles, son responsables solidarios con el vendedor respecto al pago de este derecho.

Para llevar el control sobre dichas reventas, estas deben ser notificadas en el plazo de tres meses, ya sea a la sociedad de gestión correspondiente, o al autor y a sus derechohabientes, para lo cual incluso nuestra normativa ha establecido que esta notificación debe estar acompañada de los documentos de soporte que sirvan para realizar la liquidación pertinente.

3.3. Plazos de Protección.

Los derechos patrimoniales tienen limitaciones en cuanto al tiempo máximo de protección, el cual está establecido en las diferentes legislaciones internas de cada país, así como en los convenios y tratados internacionales.

Desde la promulgación del Estatuto de la Reina Ana en 1710 se estableció que los derechos de autor tenían una protección de catorce años luego de la publicación de la obra, criterio que también fue recogido por la Constitución de Estados Unidos de 1787, otro punto coincidente entre estas dos normas es que ellas instauraron lo que conocemos como *copyright* o derecho de copia que es propio del derecho anglosajón. Posteriormente en 1791 en Francia se sanciona un decreto que tenía que ver con obras teatrales en la que se establece un criterio de protección *post mortem* de cinco años para la representación de las obras, este decreto fue presentado por Le Chapelier, luego Lakanal propone en 1793 un decreto para la protección de obras literarias donde se esgrime que la protección para la reproducción y venta de las obras es de diez años *post mortem actoris*. Posteriormente en 1866 se aprobó una ley que protegía los derechos de autor aún después de cincuenta años de su muerte.

Si bien para Chapelier y Lakanal sus planteamientos se basaban en un sentido de defensa de los intereses de los actores al pretender garantizar que el trabajo intelectual fuera remunerado, también existían criterios en contra como es el caso de Condorcet quién se oponía a la existencia de protecciones que impidieran la libre circulación de las obras pues esto limitaba el acceso al conocimiento.

Otra de las leyes fundamentales en materia de propiedad Intelectual es el Convenio de Berna, por eso es importante conocer cuáles eran los criterios sobre los cuales se tomaron las resoluciones: así había la propuesta de que el derecho de protección fuera perpetuo, y una más acerca de que la propiedad literaria fuera limitada en el tiempo en base a la vida del actor o de la publicación de la obra; años después Víctor Hugo en el congreso de París planteaba la existencia de un dominio público oneroso, todo esto con el fin de que el trabajo intelectual fuera remunerado.

Los criterios de protección establecido en el Convenio de Berna fueron acatados por casi todos los países en sus legislaciones internas, en las que se fijaron límites temporales posteriores a la muerte del autor, como excepción tenemos los casos de Guatemala y Portugal que aplicaron un modelo de perpetuidad de los derechos del autor sobre sus obras asimilando la propiedad intelectual a la propiedad sobre bienes inmuebles.

Ante la existencia de este antagonismo entre una protección temporal y una limitación perpetua los criterios a favor y en contra de cada una de las posiciones han sido varios, así el venezolano Cecilio Acosta manifestaba que la perpetuidad era injusta porque atentaba contra el interés social, y que así como no se puede pretender que el trabajo intelectual sea gratuito, tampoco se le podría quitar un beneficio a la sociedad para dárselo al autor; la perpetuidad encarecería las obras, crearía monopolios y no aseguraría la reproducción íntegra de las obras; por lo que la protección no debería ir más allá de la vida del autor o máximo llegar hasta su más próximos herederos, porque ir más allá sería darle ganancias a quienes no han tenido nada que ver con el esfuerzo intelectual de creación de una obra.

En contraparte el colombiano Torres Caicedo centra sus argumentos en que el interés de publicar una obra pasa por la gloria o el reconocimiento personal del autor, y por la ganancia económica que de ésta se pueda generar, por lo que la protección a la propiedad estimula e incentiva la producción y garantiza a la sociedad calidad en los contenidos; y como manifestaba Le Chapelier es un acto de justicia que los hombres disfruten los frutos de su trabajo y que durante su vida y aún unos años posterior a ella nadie más se pueda aprovechar de su ingenio y producción.

El establecer estos plazos de limitación se lo hace por cuestiones prácticas para el ejercicio real de los derechos de protección, al respecto Alfredo Vega señala: “la limitación en el término de protección obedece a razones prácticas, pues se presentan grandes dificultades para identificar, encontrar a los herederos y negociar con ellos las condiciones para la utilización de la obra, cuando han transcurrido varias generaciones y trámites sucesorios después de la muerte del autor.”³⁸

Es evidente la necesidad de liberar las obras de las restricciones de los derechos patrimoniales, pues esto impide que las mismas circulen y sean aprovechadas libremente, con lo cual se coarta también el libre acceso a la cultura, al arte al conocimiento, que debería ser el fin supremo de una sociedad que busca alcanzar el desarrollo en igualdad de condiciones.

³⁸ Vega Jaramillo Alfredo; op. cit. pág. 67

Al momento los plazos de protección de estos derechos varían de los cincuenta a los cien años, posteriores a la muerte del autor, o incluso más como en el caso de los Estados Unidos que la protección se extiende hasta los ciento veinte años³⁹ después de la publicación de la obra.

El Convenio de Berna en su Art. 7 estableció como plazo de protección de las obras literarias hasta cincuenta años después de la muerte del autor, lo que fue también considerado en el Art. 18 de la Decisión Andina 351, en la que se agregó que este plazo era el mínimo a ser aplicado por los países Andinos, pero dejando la posibilidad de que cada uno de ellos lo pudiera ampliar; y es así que en nuestro país se lo fijó hasta setenta años después del fallecimiento del autor, independientemente del país de origen de la obra.⁴⁰

El mismo artículo establece algunas condiciones o situaciones desde las cuales se tomará en cuenta el plazo de protección de la obra de setenta años, así: en el caso de obras en colaboración, será desde la muerte del último coautor; en obras póstumas será desde la fecha de fallecimiento del autor; si es una obra colaborativa publicada por partes, se tomará en cuenta la fecha de publicación de la última parte, suplemento o volumen.

Los mismos setenta años de protección se aplican para el caso de obras anónimas y bajo seudónimo⁴¹, este plazo correrá a partir de la fecha de la primera publicación, con la salvedad de que si durante estos años se revelara el nombre del autor, entonces la protección se extenderá hasta setenta años posteriores a su muerte.

En el caso de las personas jurídicas que posean la titularidad de una obra el plazo correrá a partir del último hecho, sea este la realización, la divulgación o la publicación de la obra.

³⁹ Este tiempo está establecido en la **Copyright Term Extension Act (CTEA)** de 1998, que amplió dicho plazo a pedido de productores cinematográficos y especialmente a pedido de Walt Disney Company para proteger los derechos sobre ciertas cintas de Mickey Mouse, es por esto que a dicha Acta también se la conoce gráficamente como Acta de Protección a Mickey Mouse (**Mickey Mouse Protection Act**).

⁴⁰ Art. 80 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab, 2004.

⁴¹ Se considera como obra anónima a la obra publicada bajo un seudónimo, cuando se desconoce la identidad del autor, esto según lo establecido en el quinto inciso del Art. 80 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab, 2004.

Como se manifestó en líneas anteriores el plazo de protección varía entre países, por ejemplo en Colombia cuando el autor es una persona natural el plazo es de ochenta años después de su fallecimiento; y en México es de cien años a partir de la muerte del autor.⁴²

Una vez transcurridos estos plazos las obras pasan a ser de dominio público, con lo cual son de libre acceso y uso, conservando y respetando, claro está, los derechos morales del autor.

3.4. Beneficiarios de los derechos después de la muerte del autor.

A la muerte del autor de una obra, los derechos morales y patrimoniales que tenía sobre ella podrán ser transferidos a sus herederos y legatarios⁴³, para lo cual se estará a lo dispuesto en las legislaciones internas, sobre todo en lo referente al Derecho Civil que trata sobre la sucesión, por lo que está podrá realizarse por vía testamentaria, intestada o mixta.

Es importante recalcar que “éste es el único evento en el cual los derechos morales de paternidad e integridad son transferidos y los ejercerán la cónyuge supérstite, los herederos consanguíneos, o a falta de estos, cualquier tercero que acredite la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra.”⁴⁴ Ya que como lo habíamos manifestado los derechos morales por su propia naturaleza son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e inembargables y pertenecen a perpetuidad al autor.

La transmisión de los derechos patrimoniales no tendrá limitaciones “salvo que el autor en vida haya cedido a un tercero, total o parcialmente y por un lapso determinado o por toda la duración, el derecho patrimonial, o que la titularidad en cabeza del tercero surja por alguna otra causa legal.”⁴⁵ De tal manera que a los derechos de autor se le da las mismas características que a cualquier otro bien en el momento de considerarse su forma de transmisión a los herederos, y deberá ser parte del inventario de bienes del causante, en este caso del autor de la obra o del titular de los derechos de autor.

⁴² Cfr. Ríos Ruíz Wilson, Op. Cit. Pág. 68.

⁴³ Art. 42 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab, 2004.

⁴⁴ Ríos Ruíz Wilson, op. cit. pág. 76

⁴⁵ Vega Jaramillo Alfredo, op. cit. pág. 77

Una vez que los derechos de una obra estén bajo disposición de los herederos, ellos serán los que otorguen su consentimiento para autorizar la explotación de la obra, siendo indispensable la autorización de quienes representen la cuota mayoritaria, quienes posterior a la explotación de la obra y una vez realizada la deducción de los gastos, entregarán la participación correspondiente a todos los heredero, inclusive a aquellos que no hubieran expresado su consentimiento para dicha explotación. Esto acorde a lo establecido en el Art. 43 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

3.5. El Dominio Público.⁴⁶

Desde el origen de las normas que regulaban la Propiedad Intelectual, hace un poco más de 300 años, éstas, estaban dirigidas a proteger los derechos del autor y de los titulares de las obras y es por eso que generalmente se entiende como sinónimos a la Propiedad Intelectual con los Derechos de Autor, aunque como ya lo mencionamos ésta última es una parte específica de ese gran todo que es la Propiedad Intelectual.

Los Derechos de Autor como están positivizados en la actualidad, protegen tanto los derechos morales como los patrimoniales del autor frente a terceros y garantizan la tutela efectiva de los mismos, estableciendo una serie de características a cada uno de estos derechos, los que son ampliamente discutidos sobre todo por la incursión de las tecnologías como medios y herramientas para transmitir información y conocimiento, existiendo posiciones claramente definidas en cada uno de esos aspectos, pero sobre todo en lo referente al establecer el tiempo que una obra debe estar protegida antes de pasar a ser de dominio público, y en cuanto a garantizar una retribución justa al creador de la obra y evitar la piratería o el uso ilegal de dichas obras; pero estas concepciones de protección, retribución, e incluso de autor no siempre

⁴⁶ En este apartado he realizado un ensayo que no contiene citas textuales específicas, pues hace un recuento, una reseña histórica de cómo fue evolucionando la protección de los derechos de autor hasta llegar a la actualidad y las corrientes modernas que promulgan el dominio público de las obras y del conocimiento. Los datos que aquí se hacen referencia pueden encontrarse en una serie de obras de derecho y de filosofía, pero de manera específica pueden confrontarse con: Cerda Alberto "Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor"; García Daniel "Aproximación crítica a la propiedad intelectual; la cultura como valor para la democracia"; Gorski D.P. "Pensamiento y Lenguaje"; Schmitz Christian "Propiedad Intelectual, dominio público y equilibrio de intereses"; Zea Guillermo "Derechos de Autor y Derechos Conexos".

tuvieron la misma valoración, lo que no constituyó un impedimento para el desarrollo del arte, la cultura y la ciencia.

En la antigua Roma las creaciones intelectuales no eran protegidas jurídicamente, no se les asignaba derechos o privilegios, pues más bien se impulsaba estas creaciones como una forma de difundir el conocimiento, incluso se consideraba indigna la creación con fines de lucro, lo que si se establecieron fueron figuras jurídicas para resolver los conflictos que se generaban por la calidad de dichas obras, es decir se protegía el bien tangible, lo material por sobre lo inmaterial; aunque sí se reconocía el valor, el prestigio del autor y de sus obras y se establecían “sanciones” morales para quienes se apropien de obras de otros o hagan mal uso de las mismas.

En la edad media la mayoría de las creaciones literarias y artísticas fueron creadas en los monasterios y los autores se mantenían en el anonimato, tomando en cuenta que la mayoría eran obras colectivas o comunitarias y se atribuían a la abadía en general; en el caso de los trovadores el tratamiento era diferente, a ellos si se les atribuía y reconocía la autoría de sus creaciones.

Con la aparición de la imprenta se hizo necesaria la implantación de “privilegios” o “gracias del rey” destinados específicamente para el impresor con el fin de salvaguardar su inversión frente a la competencia, por lo que no se protegía la creación como tal o al autor, si no el negocio, por lo que tampoco se puede hablar del establecimiento de un derecho de propiedad, simplemente era una protección comercial, monopólica en algunos casos, y limitada en el tiempo (generalmente eran por 10 años), la que dejaba en desventaja al autor quien cedía sus derechos mediante un contrato de compraventa a cambio de cierta cantidad de obras, por lo que existía una perpetuidad de privilegios para el impresor, incluso en 1743 en España ya se analizaba la posibilidad de que estos privilegios duraran mientras existieran ejemplares en venta, lo que daba derechos ilimitados para el beneficio del impresor.

Entre los siglos XVII y XVIII se empieza a construir la noción de derecho de autor, las obras se consideran bienes negociables y se establecen remuneraciones y beneficios económicos para la actividad creativa; así nace el Estatuto de la Reina Ana en 1710 que es la génesis de todas las legislaciones en la materia, tanto de las anglosajonas que se refieren al *copyright* o derecho de copia, como de las romanistas que hablan de los derechos de autor; este Estatuto reemplazó los privilegios y estableció derechos como el de reproducción por catorce años a favor del autor, el cual se podía renovar por un periodo de igual duración, después de los cuales

las obras ya podían ser editadas libremente, convirtiéndose en la primera disposición expresa sobre el dominio público. Esto no fue bien recibido sobre todo por los que siguiendo las teorías del derecho natural de Locke consideraban que los autores podían disponer de sus obras de acuerdo a sus “caprichos” sin ninguna limitación legal de por medio, pues ellos poseían un derecho de propiedad sobre esas obras.

Siguiendo esta línea algunos filósofos de la ilustración como Denis Diderot y Johann Stephan Putter y en base a una corriente filosófica individualista defendían la libertad contractual y el libre arbitrio que tenían los autores para ceder sus obras según sus propios intereses, pues eran producto de su trabajo, eran su propiedad literaria o propiedad intelectual; buscaban la protección de la forma en que se expresaban las ideas más no de la idea en sí; Diderot estaba en contra de que se restringiera la renovación de los privilegios. En contraparte encontramos a Sieyès y Nicolas de Condorcet para quienes la apropiación o el monopolio de las ideas y de la forma de expresarlas atentaba contra el progreso del hombre, para ellos la propiedad literaria no es un derecho es un privilegio y como todos los privilegios, se constituía en un obstáculo impuesto a la libertad, una restricción evidente a los derechos de los demás ciudadanos.

A finales del siglo XVIII los filósofos alemanes Johan Gottlieb Fichte y Kant abogan por un derecho que ponga fin a la piratería y se empieza a formular la necesidad de que los derechos morales del autor sean inalienables, se manifiesta que cuando se publica una obra lo que está en juego más allá de la retribución económica, es la personalidad del autor; estos criterios de reconocimiento de dos tipos de derechos (morales y patrimoniales) es lo que empieza a dar forma a la concepción de lo que conocemos como derechos de autor.

Kant plantea su teoría de que las formas de expresión de una obra son hechos individuales y originales, en la cual se distinguen claramente entre el *opus mechanicum* y la *prestatio operae* pues separa la materialidad del objeto y del discurso; el autor tiene derechos personales sobre las obras que elabora, y este es un derecho natural que nace sin la necesidad de la existencia de un privilegio o reconocimiento legal, siendo estos derechos personales ubicados dentro de los derechos de la personalidad que eran parte del derecho privado. El objeto de protección de la ley es inmaterial, criterio este que cuando fue planteado no tuvo total aceptación pero que actualmente se refleja en todas las legislaciones de propiedad intelectual.

Por su parte Fichte manifestaba que cada autor le daba a su obra cierta forma específica y que por lo mismo quien se apropiada de esas ideas necesariamente iba a cambiar la forma de expresarla, convirtiéndose esta forma de expresión en propiedad exclusiva del autor. Así

encuentra tres elementos en los derechos existentes sobre una obra (específicamente sobre un libro), en primer lugar se señala al derecho de propiedad que se tiene sobre el objeto físico; un segundo elemento son las ideas contenidas en el libro, las que al hacerse públicas le corresponden tanto al autor como al público, aunque nunca serán iguales pues en el proceso de transmisión éstas serán asimiladas de diferente forma por el autor y por quien las recibe; y el tercer elemento son las formas específicas y originales en que se manifiestan las ideas, las que son exclusivas del autor.

Al respecto Hegel señala que la enajenación del objeto físico en ningún caso significa que se esté enajenado el derecho sobre la obra intelectual, pues existe total independencia entre estas dos, y al reconocerse los derechos del autor sobre la idea, este reconocimiento es intransferible, de forma tal que al comercializarse una obra lo único que se transfiere es el objeto en sí y los derechos que sobre este objeto tiene el receptor.

Como se evidencia la propiedad intelectual como tal se abordaba de diferentes formas y esto se debía sobre todo a que la propiedad siempre se la consideró que existía sobre cosas materiales tal cual lo establecía la doctrina del derecho civil, por lo que cambiar esa concepción para establecerla sobre cosas inmateriales no fue tarea fácil; aunque para esto la contribución de John Locke desde su filosofía iusnaturalista fue fundamental, pues él estableció que dentro del concepto de propiedad existía tanto un sentido objetivo como un sentido subjetivo que en su orden eran las cosas apropiadas y el dominio. Criterios que le fueron dando forma y autonomía a la protección de los bienes inmateriales a través del derecho de autor.

Pero una vez que se logra el reconocimiento de la existencia de la propiedad sobre bienes inmateriales y que el ejercicio del pensamiento se considera como una forma de trabajo, empieza una fuerte discusión (la misma que se mantiene hasta nuestros días) sobre la limitación temporal del derecho, o dicho de otra forma, sobre el tiempo que se debe proteger estos derechos antes de que una obra sea de libre uso o pase a ser parte del dominio público.

Se entiende por dominio público la situación jurídica en la que quedan las obras luego de haberse extinguido el plazo de protección que otorga la ley a favor de los titulares del derecho de autor, o bien cumpliéndose determinadas situaciones especiales mediante las cuales se extinguen los derechos patrimoniales de autor (por ejemplo, porque el autor renuncia a la protección legal y retira su obra del comercio). El dominio público es una forma de equilibrar el interés público comprometido con la protección de los derechos de autores y titulares, y se lo asocia con el derecho a democratizar la cultura y el conocimiento.

Según las diferentes legislaciones y de manera general se acepta que las obras pasan al dominio público en los siguientes casos: a) Cuando el plazo de protección legal de la obra se haya extinguido; b) Cuando se desconoce al autor como en el caso de las obras representativas del folklor de un pueblo como canciones, leyendas, danzas, etc.; c) Cuando los titulares expresamente han renunciado a la protección de la ley, esto en el caso de los derechos patrimoniales, pues los derechos morales son irrenunciables; d) Por excepción podrían haber obras que entren al dominio público al no haber sido protegidas en algún territorio en particular, basándonos en la territorialidad de las leyes, lo cual tiene su contraparte en el hecho de que son la mayoría de países los que han suscrito el convenio de Berna, por lo que ésta es la menos común de las opciones; e) Obras expropiadas por el Estado, que es una excepción constante en algunas legislaciones.

La actual situación de la propiedad intelectual ha generado una especie de *arcana imperii* (secretos de poder) en donde los grupos más cerrados en cuanto a la temporalidad de las garantías, están negando el derecho a saber al resto de la sociedad y tal parecería que la lucha existente entre los autores y/o productores y el común de las personas tiene mucho que ver con un ejercicio democrático de que mientras menos sepa la sociedad será más fácil dominarla, como diría Norberto Bobbio el pueblo no puede saber, porque no está en condiciones de entender, o bien debe ser engañado porque no soporta la luz de la verdad.

Al limitarse el dominio público se limitan los derechos de la sociedad y se restringe su acceso a los avances tecnológicos, a las artes, a la ciencia, a la literatura, lo que implica que para acceder a la misma habrá que cancelar un valor por ello, lo que se reflejaría en un mayor costo para la investigación e incluso se vuelve en un limitante para desarrollar investigación, por lo que es necesario que las legislaciones se adecuen a las necesidades actuales de la sociedad y que los interés de esta sociedad prevalezcan por sobre los intereses individuales o de los grupos que piden una Ley de Propiedad Intelectual más restrictiva y más coercitiva.

Sobre el dominio público el Art. 82 de la Ley de Propiedad Intelectual de nuestro país indica que las obras pasan al dominio público una vez que se han cumplido los plazos de protección, y que cuando están dentro de esta condición pueden ser aprovechadas gratuitamente por cualquier persona siempre y cuando se respeten los derechos morales del autor y sin tener derechos exclusivos, pues como se ha mencionado el dominio público permite el libre acceso a la obra. En Uruguay en cambio se ha establecido un dominio público oneroso o de pago, por lo cual se debe cancelar un valor por utilizar una obra que esté en el dominio público.

CAPÍTULO IV

DERECHOS DE AUTOR Y LICENCIAS LIBRES

En la actualidad la propiedad intelectual se enfrenta con un problema mayor el que se refiere a la forma o al medio que se utiliza para difundir el conocimiento y las obras producto del ingenio humano, pues el desarrollo de las tecnologías rompieron en la praxis con esas concepciones teóricas pensadas y aplicadas en un campo netamente analógico, pues ahora el problema no es cuantas impresiones se pueden realizar sin autorización del autor, si no cuantas veces una obra que está subida en la red puede ser vista y descargada en minutos; y además qué hacer y cómo hacer para que la protección a esos derechos de autor se pueda hacer efectiva en medios digitales. El derecho de autor puede representar tanto un incentivo para la producción como un obstáculo para el acceso sobre todo cuando se trata de proteger bienes intangibles que están soportados en medios digitales.

Al respecto las primeras normas sobre este tema fueron dictadas en 1996 en Ginebra en el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y en el Tratado sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF)⁴⁷ que buscaban que el Convenio de Berna se actualizara en la protección de derechos respecto al entorno digital y las nuevas tecnologías; así en el TODA se permite que el autor o el titular de los derechos pueda comunicar públicamente sus creaciones a través del *internet* y de cualquier medio alámbrico o inalámbrico de forma tal que cualquier persona pueda acceder a ellas desde cualquier lugar y en cualquier momento.

Por su parte el TOIEF establece el derecho de artistas, intérpretes, ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la publicación por cualquier medio de sus obras con fines comerciales, siendo cada uno de los Estados los responsables de velar por que los derechos de los autores y de los titulares de los derechos no sean eludidos.

Estas normas han sido insuficientes para garantizar el respeto a los derechos de autor a través del *internet*, pues de manera general la legislación de propiedad intelectual está pensada para un entorno analógico, por lo que se ve desbordada frente a la tecnología digital que masifica el acceso, distribución, transmisión, copia, lo que se realiza con calidad, facilidad, economía y rapidez que desde el punto de vista del acceso a la cultura estaría bien si no fuera por el hecho de que todo esto se realiza en su gran mayoría sin autorización del autor o del titular de los derechos, por lo que se ven enfrentados a una masiva violación de sus derechos.

⁴⁷ En inglés se los conoce en su orden como los tratados *WCT (Wipo Copyright Treaty)* y *WPPT (Wipo Performance and Phonograms Treaty)*.

En principio para hacer frente a esta problemática se pensó en la implementación de Medidas Tecnológicas de Protección, creadas por los propios prestadores de los servicios que impedían por ejemplo la realización de copias de los recursos que se encontraban en red, pero esto sólo les daba protecciones temporales pues no pasaba mucho tiempo antes de que éstas también sean vulneradas, por lo tanto se recurre insistentemente al derecho de autor buscando que se les brinde protección suficiente y acorde con la realidad objetiva a la que se enfrentan al estar sus creaciones en el entorno digital.

Pero la dinámica propia del uso y desarrollo de las tecnologías impiden una correcta y efectiva aplicación de la legislación aun de aquellas normas que buscan la penalización de todas las conductas atentatorias a los derechos de autor, pues son actos asincrónicos, con territorialidad diversa y dispersa, y además porque las normas para el entorno digital son sólo adecuaciones de las normas del entorno analógico, por lo que su eficacia es totalmente deficiente, tal cual se manifiesta en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador en la que reiterativamente se repite en varios de sus artículos que la protección a estos derechos se harán efectivos indistintamente del medio por el cual sean divulgadas, existiendo por lo tanto vacíos legales que dejan en total vulnerabilidad a los autores y a sus creaciones.

4.1. Licencias dentro de la legislación de propiedad intelectual.

Los derechos de explotación de una obra o de una patente de invención pueden ser transferidos a terceros por medio de convenios o contratos a través de los cuales se otorgan “licencias o licencias de uso”. En nuestro caso específico de propiedad intelectual los autores o los titulares de los derechos de autor pueden por medio de estas licencias permitir que terceros (mediante el cumplimiento de ciertas condiciones) hagan uso de las obras pero siempre respetando los derechos morales del autor.

Estas licencias pueden ser consideradas como una cesión de derechos patrimoniales, pero solo se enfoca a algún aspecto específico, mientras que la cesión de derechos de autor es mucho más amplia y tiene elementos y características particulares, las que a criterio de Fernando Zapata López son: “a) Se cede solo los derechos patrimoniales, no los morales; b) La cesión del derecho patrimonial se limita a los modos de explotación contemplados en el contrato; c) No confiere al cesionario ningún derecho de exclusividad en la explotación de ese

derecho; d) No existe plena transmisión de derechos, pues al extinguirse el derecho del cesionario aquellos revierten al autor.”⁴⁸

El contrato de cesión es un contrato bilateral que genera derechos y obligaciones para las partes contratantes; puede ser gratuito u oneroso, en caso de ser oneroso la contraprestación económica es a favor del cedente; tiene como objeto la explotación de la obra según las estipulaciones de modo, tiempo, lugar y remuneración establecidas; puede ser exclusivo o no exclusivo; se considera como no exclusivo cuando se otorgan las mismas condiciones a varios cesionarios.

Esta cesión puede ser parcial si se limita a una forma de explotación o a un territorio determinado, y es total o ilimitada cuando se otorgan indistintamente las diversas formas de utilización de una obra, mientras dura el derecho, o sólo por un tiempo limitado de duración; en todo caso estas prerrogativas deben constar expresamente en el contrato.

Existen varios tipos de cedentes, por norma general es el autor de la obra, pero en algunos casos pueden ser terceros, como por ejemplo: a la muerte del autor serán sus sucesores; cuando los derechos ya se encontraban en poder de un cesionario, este podrá transmitir a una persona distinta sus derechos; el titular de los derechos que puede ser una persona distinta al autor; el Estado cuando es el titular de los derechos por muerte del autor ya falta de sus herederos, o cuando este ha expropiado los derechos de la obra.

Cuando el contrato de cesión confiere derechos exclusivos a un determinado cesionario ya sea sobre el derecho patrimonial o sobre una determinada forma de explotación de la obra, estamos frente a un verdadero cesionario; pues caso contrario cuando se otorga solamente una autorización de uso nos encontramos frente a un licenciario, o frente al otorgamiento de una licencia.

La licencia es la “autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos”⁴⁹ Por lo

⁴⁸ Citado por Alfredo Vega Jaramillo en “Manual de Derecho de Autor, pág. 72.

⁴⁹ Significado de la palabra licencia constante en el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab, 2004.

que es importante conocer los tipos de contratos por medio de los cuales se pueden otorgar estas licencias de uso.

Las licencias de uso al tenor de lo dispuesto en el Art. 48 de la Ley de Propiedad Intelectual, son licencias no exclusivas e intransferibles, entre los contratos de licencia de uso tenemos al de edición, inclusión de fonograma, representación, radiodifusión, contratos publicitarios y el de licencia de software, los que constan tanto en la Decisión Andina 351 como en nuestra legislación interna de propiedad intelectual.

Por el contrato de edición el autor o el titular del derecho de una obra literaria, artística, científica o musical, la entrega a un editor de forma exclusiva o no, para que la publique a título oneroso, este contrato puede ser de plazo determinado o de ediciones limitadas; el editor a su vez tiene la obligación de difundir y comercializar la obra, si incumpliera podría rescindirse el contrato ya sea de pleno derecho cuando se trata de una obra impresa, o por medio de una solicitud de rescisión en el caso de las obras musicales.

El contrato de inclusión en fonograma se utiliza preferentemente en la industria de la música, por medio del cual el autor, su representante, el editor o la sociedad de gestión colectiva autoriza la inclusión o no de su obra en un fonograma, dejando en claro que este contrato se limita a sólo esa autorización, pues de ser necesario realizar algo más con dicha obra, se deberá autorizar mediante el medio idóneo destinado para el efecto, teniendo presente que cada forma de utilización de una obra es independiente de otra, de forma tal que la autorización de inclusión en fonograma no concede el derecho de ejecución pública. Además la remuneración del autor deberá ser pagada periódicamente y en base al valor de los ejemplares vendidos.

El contrato de representación permite que a cambio de una remuneración el autor de una obra dramática en todas sus formas, coreográfica o de un género similar autorice a un empresario (natural o jurídico) para que dicha obra sea presentada en público ya sea por una representación pública, en radio o televisión; incluso se puede licenciar el uso de la obra en los diferentes medios de comunicación por medio de contratos individuales. El empresario adquiere un derecho exclusivo de representación por seis meses a partir del estreno de la obra y durante seis meses adicionales tendrá un derecho no exclusivo.

Por medio de un contrato de radiodifusión el titular de los derechos de una creación intelectual autoriza a un radiodifusor la trasmisión de su obra; el número de trasmisiones deberá constar

por escrito, caso contrario se entenderá que es por una sola vez; no se puede realizar transmisiones hacia o en el extranjero sin la autorización escrita del titular de los derechos. Las mismas disposiciones se aplican si la transmisión es realizada por hilo, cable, fibra óptica o cualquier otro procedimiento similar.

El contrato de obra audiovisual se aplica para poder explotar obras de este tipo por medio de video – cassetes, cine, televisión, radiodifusión o medios similares; para lo cual deberá existir autorización del autor, artistas intérpretes o de las sociedades de gestión colectiva quienes recibirán el pago de los derechos de exhibición.

Contrato publicitario es el que permite la difusión de obras con fines de publicidad o de propaganda por un periodo máximo de seis meses desde la primera comunicación, pudiendo prorrogarse por periodos de seis meses adicionales pero siempre mediante pacto escrito; se debe especificar el soporte material así como el número de ejemplares por medio de los cuales se reproducirá la obra.

El contrato de licencia de software en la actualidad es de uso frecuente y por su intermedio se autoriza que se realicen las modificaciones que sean necesarias para el correcto funcionamiento de un programa de ordenador licenciado, incluso se autoriza la realización de una copia privada, la adaptación del programa, o su aprovechamiento por terceras personas que trabajen en red.

Otra forma de obtener licencias de uso es a través de las sociedades de gestión colectiva⁵⁰ que son las que administran los derechos patrimoniales y/o los derechos conexos de los titulares de los derechos de autor que voluntariamente (no obligatorio) se afilien a estas sociedades. Las licencias de uso se otorgan mediante el pago de una tarifa previamente establecida la que es aprobada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y publicada en el Registro Oficial.

Es importante destacar que nuestra legislación determina sanciones para quienes utilicen una obra sin haber pagado las licencias correspondientes, los que deberán pagar una indemnización por el uso no autorizado, que es equivalente al cincuenta por ciento sobre la

⁵⁰ “Son sociedades de gestión colectiva 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. La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria.” Art. 109 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Edi – Gab , 2004

tarifa que normalmente deberían cancelar, este valor es calculado por todo el tiempo en que se haya explotado la obra in autorización.⁵¹

También ciertas legislaciones han establecido licencias obligatorias que buscan un equilibrio entre los intereses justos de los autores y el interés de uso y acceso de la sociedad en general ; al respecto el Convenio de Berna en sus artículos 13 y 11 bis (2), establecen “la obligación del autor de licenciar sus derechos de grabación sonora y radiodifusión y fueron incluidos en 1908 y 1928 respectivamente, debido a las presiones de las industrias musical y radiodifusora”⁵², a su vez el Anexo del Convenio de Berna determina que los países en desarrollo pueden establecer regímenes de licencias obligatorias para traducir y publicar obras siempre que estas sean utilizadas con fines de enseñanza y de investigación.

Las licencias obligatorias son “formas especiales de permiso que se conceden obligatoriamente, la autorización está sujeta a una previa solicitud y al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley”⁵³. Estas licencias son intransferibles y no otorgan derechos exclusivos de explotación, se aplican para ciertas formas de explotación y se conceden a cambio de un pago al titular del derecho.

En Estados Unidos se han establecido cinco tipos de estas licencias, a saber: licencia de grabación fonográfica, licencia de pasadiscos automático de moneda (jukebox), licencia para las transmisiones por cable, licencia para la radiodifusión pública, licencia de la transmisión satelital.⁵⁴ Que permiten el uso legal de las obras que puedan ser transmitidas o explotadas por medio de estos dispositivos.

4.2. Origen de las licencias libres.

⁵¹ Cfr. Art. 119 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador; Edi – Gab; 2004

⁵² Vela Triviño Carlos, “Concesión de Licencias obligatorias en casos de abuso del Derecho de Autor en materia de bienes informacionales: Explorando dos vías posibles para México”, pág. 218, en Propiedad Intelectual y Competencia Económica, obra coordinada por Lucía Ojeda, Luis Santos, José Roldán., Editorial Porrúa , 2010.

⁵³ Vega Jaramillo Alfredo, op. cit., pág. 66

⁵⁴ Cfr. Willian S. Strong, El libro de los derechos de autor, Cuarta Edición, Editorial Heliasta 1995

La falta de una normativa legal específica para el entorno digital o la dificultad de aplicación de la existente plantea la necesidad de generar respuestas inmediatas, y es así que quienes empiezan a dar esas respuestas son quienes utilizan las tecnologías, quienes las desarrollan y quienes ven en la legislación de Propiedad Intelectual una barrera para crear y compartir conocimiento y de ahí nacen las ideas sobre “cultura libre”, que lo que buscan es establecer un equilibrio entre anarquía y control, esto según criterio de Richard Stallman y la Fundación de *Software Libre* que son quienes iniciaron con el movimiento de la cultura libre la que en ningún caso es una cultura sin propiedad, más bien es un movimiento que se basa en valores, sobre todo en el valor llamado libertad, y que manifiestan que el ir a la cultura libre no es un descubrimiento moderno ya que en nuestro pasado teníamos una cultura libre a la que se podrá volver en un futuro si en la actualidad tomamos los correctivos necesarios.

Quienes buscan la cultura libre, no sólo que han creado herramientas dinámicas para poder actuar en línea, si no que han posibilitado la trasmisión de información, conocimiento y cultura por medios lícitos y legales; porque según sus ideólogos la cultura libre no es una cultura sin propiedad ni alejada del ordenamiento jurídico establecido, sino todo lo contrario pues sus licencias se enmarcan dentro de la normativa interna de cada país y lo que buscan es mantener un orden en la red y acceso gratuito a los contenidos que se encuentran en línea; y con esto obtener una mayor cantidad de recursos libres e ir poco a poco llegando hasta el dominio público que es el fin último de todos ellos.

Además los seguidores del movimiento de cultura libre consideran que los tiempos de protección de las obras deben ser cada vez menores, esto en estrecha relación con el avance tecnológico, pues ahora una obra puede ser ampliamente difundida y conocida en mucho menos tiempo que cuando la distribución y comercialización de las obras se lo hacía en forma directa, por lo tanto si el fin de un autor es hacerse conocer y que conozcan su obra ya no habría necesidad de protegerla por tantos años aún después de su muerte; porque el hacerlo limita el desarrollo de la ciencia y la cultura al negar a los demás miembros de la sociedad el acceso libre a este conocimiento.

Es verdad que el autor también necesita una retribución económica por su actividad creadora, y esto no se desconoce en ningún momento, pero se debe buscar un equilibrio entre los derechos individuales y los intereses sociales, ese equilibrio lo puede dar la temporalidad de la propiedad sobre las creaciones intelectuales que es la que genera el equilibrio entre la propiedad legítima de un individuo y el interés social.

Cuando una obra es parte del dominio público ya no pertenece a su autor si no a la comunidad, (aunque se sigue reconociendo al autor como tal) y es ésta comunidad quien legítimamente la puede aprovechar, pero sin descuidar el hecho de que estas obras no pueden ser enajenados, ni están expuestas a la prescripción adquisitiva, ni son sujetos de gravamen alguno; porque si esto fuera posible estaríamos cometiendo una injusticia al permitir que sea una persona distinta al autor o a sus familiares cercanos el que se beneficie con el producto de la creatividad de otra persona.

4.3. Tipos de licencias libres.

Ante las restricciones legales y corporativas que no permiten usar la información y recursos de la web nacen las llamadas “licencias libres”; como parte de un proceso y de una filosofía que busca el equilibrio entre la disponibilidad de los recursos que no pueden estar concentrados en grupos minoritarios de ciudadanos y organizaciones, y el acceso masivo y ético a ellos; que es el fundamento de los Movimientos de Cultura Libre, entre los que tenemos los de licencias de software libre y los de licencias libres de derechos de autor.

Estas licencias han sido desarrolladas por equipos multidisciplinarios conformados por artistas plásticos, músicos, escritores, abogados, etc; y existe una gran variedad de ellas, por citar algunas: Licencia Arte Libre (ALL) creada en Francia en el año 2000; Licencia Pública de la Unión Europea ("EUPL") que rige para toda la Unión Europea y que se basa en la legislación Belga; Cecill v. 2.0 licencia Francesa; la licencia Española denominada Licencia Aire Incondicional; las Licencias Creative Commons, etc.

4.3.1. GPL.

La Fundación de *Software* Libre conjuntamente con Stallman crearon las licencias *General Public License* (GNU) que están pensadas en proteger la libre distribución, modificación y uso de *software*, de tal forma que todos los *software* que estén bajo esta licencia serán libres y como tal deben compartirse a otros usuarios como una forma de no restringir las libertades de

los usuarios; existen otras licencias que se aplican a creaciones diferentes al *software*, así tenemos la GNU que es una licencia de documentación libre, la *Open Audio License* para trabajos musicales y la *Lesser General Public License* que permite enlazar aplicaciones libres con aplicaciones no libres.

Las licencias GNU tienen origen en 1983 y se crearon en respuesta al Software Privativo; “el principal principio político y filosófico que orienta al SL es justamente la libertad: libertad de uso, de adaptación, de distribución y de mejora. Desde esta orientación es que ha sido posible consolidar un movimiento de SL a nivel mundial que reúne a desarrolladores de software de diferentes lugares, para que contribuyan con su trabajo en el fortalecimiento continuo de los diferentes proyectos.”⁵⁵ Estos proyectos buscan crear redes locales, nacionales de desarrolladores de software libre en cada uno de los países del mundo, a fin de que creen programas libres y a bajo costo⁵⁶, en algunos casos gratuitos, (no es necesario ni importante que sean gratuitos) que permitan el acceso a la tecnología de manera masiva.

4.3.2. Creative Commons.

Otra organización que sigue la tendencia de cultura libre es *Creative Commons Internacional* (CCi), la misma que liderada por Lawrence Lessig y un grupo de especialistas en derecho y tecnologías, establecieron unas licencias de derechos de autor libres, gratuitas y dinámicas que permiten que sea el propio autor el que determine qué derechos libera y que derechos se reserva para sí;

Creative Commons Internacional, es una organización no gubernamental, sin fines de lucro creada en el 2001 por un grupo de expertos entre los que contamos a: James Boley, Michell Carrol, Molly Shafer VanHouWeling liderados por Lawrence Lessing especialista en

⁵⁵ Pérez Bustos Tania, De la libertad a las sutiles exclusiones de género: El caso de software libre; en la Revista Scripta CC Latinoamérica; pág. 8; 2008.

⁵⁶ He tenido la oportunidad de conocer personalmente a Richard Stallman, y es anecdótico su comportamiento (se molesta mucho) cuando se dice que las licencias son libres y gratuitas, pues él manifiesta que lo libre no tiene porque ser necesariamente gratuito, que lo importante es que los desarrolladores de software creen programas de códigos abiertos (libres) para que otros desarrolladores los puedan utilizar y mejorar; y que es esa libertad y no la gratuidad el objeto de estas licencias.

ciberderecho y profesor de la Universidad de Stanford; quienes formularon un sistema de licencias de derechos de autor que pueden ser usadas libremente y que se aplican a trabajos como: libros, escritos, sitios web, blogs, fotografías o imágenes visuales, películas, juegos, composiciones musicales, grabaciones de sonido y cualquier trabajo escrito, de imágenes o de audio; como una forma de difundir el trabajo creativo y de hacer el acceso al mismo más barato y fácil, contribuyendo a la promoción de la ciencia y las artes.

Estas licencias que nacen como una necesidad de ajustar los ordenamientos legales a los avances vertiginosos de la tecnología y al uso cada vez mayor del internet como una forma de difundir información y conocimiento, no se oponen al Copyright que todos conocemos, sino más bien se fundamentan en él para precautelar los derechos de autor, pero dejándolo al mismo tiempo en la libertad de ceder ciertos derechos a la comunidad; volviendo su gestión más dinámica y permitiendo que el uso de una obra sea lo más lícito posible.

Tienen como característica ser preestablecidas, y el autor de una obra libremente puede escoger la licencia que más convenga a sus intereses de entre las seis posibilidades que se le presentan y que son: Reconocimiento; Reconocimiento y No Comercial; Reconocimiento y Compartir igual; Reconocimiento y Sin Obras Derivadas; Reconocimiento, No Comercial y Compartir Igual; Reconocimiento, No Comercial y Sin Obras Derivadas; en pocas palabras trataré de indicar que significa cada una de ellas y que es lo que nos permiten hacer cuando encontramos una obra con estas licencias:

Reconocimiento: Se autoriza el uso de la obra libremente pero siempre se deberá nombrar, citar, (reconocer) al autor de la obra, es decir conserva el derecho de paternidad de la obra.

Reconocimiento y No Comercial: Se autoriza el uso de la obra siempre que se cite al autor y siempre que el uso que se le dé no sea con fines comerciales, es decir el uso de la obra que hagan terceros debe ser a título gratuito.

Reconocimiento y Compartir Igual: Se autoriza el uso de la obra siempre que se cite al autor y que las obras que se generen, o en la que se emplee la obra original sea licenciada con las licencias Creative Commons, dejando en libertad que se hagan obras derivadas y que el uso que se de a esta obra puede ser a título oneroso

Reconocimiento y Sin Obras Derivadas: Se autoriza el uso de la obra siempre que se cite al autor y no se haga cambios a su estructura, es decir se la debe utilizar tal cual la concibió el autor; su uso puede ser a título gratuito u oneroso.

Reconocimiento, No Comercial y Compartir Igual: Autoriza su uso siempre que se cite al autor, y que las obras derivadas sean sin fines de lucro y que se licencien con licencias Creative Commons.

Reconocimiento, No comercial y sin Obras Derivadas: Autoriza el uso de la obra siempre que se cite al autor, se conserve su idea original (no se pueden realizar obras derivadas) y su uso sea a título gratuito.

Estas licencias han sido ampliamente difundidas y son las de mayor aceptación en la actualidad lo que se debería entre otras cosas a la disponibilidad de las licencias en lenguaje jurídico, coloquial y de máquina, masificación en los diferentes sitios web y la disponibilidad de versiones nacionales de las licencias.

Como organización Creative Commons está interesada en que sus licencias se internacionalicen por medio de alianzas estratégicas con personas e instituciones interesadas en temas de propiedad intelectual, que son las encargadas en cada uno de sus países de adecuar las licencias CC a sus legislaciones locales a fin de que estas sean legalmente aplicables en cada una de las jurisdicciones. Y es así que en el año 2006 la Universidad Técnica Particular de Loja se convirtió en la contraparte nacional para la obtención de estas licencias, por medio del proyecto iCommons Ecuador⁵⁷, hasta que el 22 de abril del 2008 se pasó a la materialización de las licencias Creative Commons Ecuador – 3.0, siendo el país Nro. 45 que las adecuó a su legislación nacional, y a las que se puede acceder libre y gratuitamente a través de la página web www.creativecommons.org en la jurisdicción de Ecuador para poder licenciar un trabajo, siendo también el primer país sudamericano que contó con la versión 3.0. que es la versión más depurada de las licencias.

Una de las ventajas de tener las licencias CC – Ecuador es que nos permite una mayor seguridad jurídica en el caso de violación a los derechos que el autor se reserva o concede amparado en estas licencias, por cuanto según los procedimientos constante en la Ley y el Reglamento de Propiedad Intelectual del Ecuador, ante estos casos se pueden seguir procedimientos administrativos, civiles o penales según el tipo de infracción cometida, dándonos la potestad para poder demandar dentro de nuestra propia jurisdicción territorial.

⁵⁷ Datos de mi archivo personal al ser parte del Equipo de Creative Commons Ecuador.

4.4. Licencias Libres y Derechos de Autor.

Como se ha evidenciado las licencias independientemente de su tipo, modo, duración o cualquier otra condición, y siempre y cuando sean de común acuerdo entre las partes son totalmente lícitas y amparadas bajo la legislación mundial de Propiedad Intelectual y por nuestra legislación nacional.

De tal forma que las licencias libres que no son más que una forma o modalidad de estas licencias son también lícitas y amparadas por las leyes nacionales e internacionales, pues parten de la voluntad del autor de autorizar de forma libre su uso a cambio del pago de valores módicos o incluso de forma gratuita, como es el caso de las licencias Creative Commons, por lo tanto estas licencias no se contraponen con los derechos de autor, pues ante todo garantizan los derechos morales e incluso los patrimoniales.

Las licencias libres siempre protegen el derecho de paternidad de la obra, el derecho de anonimato o de utilizar un seudónimo, pues es el autor el que autoriza el uso de la obra libremente pero respetando su derecho a ser reconocido como autor ya sea a través de su nombre o de su seudónimo; además conservan la integridad de la obra y autorizan o no su modificación, ya que esto dependerá del tipo de licencia que se otorgue a la obra, esto es, si es una obra autorizada a realizar obras derivadas o no, o si es una obra obligada a ser conservada sin modificaciones.

Incluso protege el acceso a ejemplar único o raro, pues al ser licencias legales permite la interposición de cualquier tipo de recurso administrativo, civil o penal para asegurar que el ejemplar único o raro de su obra vuelva a estar bajo su posesión y disfrute de los derechos que de ella se deriven.

Respecto a los derechos patrimoniales hay ciertas variaciones, y todo dependerá de si las licencias libres son gratuitas o pagadas, si son pagadas o con costo mantienen estos derechos inalterables, como sucedería con cualquier otro tipo de licencia; la variación se da con las licencias libres, pues en este caso el autor renuncia a recibir algún tipo de ingreso por la reproducción, comunicación pública, distribución, importación, transformación y seguimiento o continuación; pero esta renuncia es libre y voluntaria, por lo tanto es la voluntad del autor y no una obligación legal, la que permite que se renuncie a estos derechos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego del análisis jurídico efectuado a cada uno de los temas propuestos en el desarrollo de la presente tesis se realizan las siguientes conclusiones y recomendaciones, que permiten puntualizar, reseñar los aspectos que hemos investigado y que fueran planteadas como objetivos e hipótesis en el proyecto de investigación.

5.1. Conclusiones.

Una vez que hemos realizado un estudio sobre los derechos morales y patrimoniales del autor en el entorno digital, estamos en posibilidad de concluir que:

- Las tecnologías empleadas para la comunicación y trasmisión de conocimientos, permiten mayor velocidad y cobertura en la difusión de este conocimiento, pero a su vez han dado lugar al nacimiento de nuevas figuras de ilegalidad que de acuerdo a las diversas legislaciones pueden ser considerados incluso como delitos.
- Nuestros cuerpos legales están pensados, redactados para medios analógicos y es por eso que muchas veces son de difícil aplicación en entornos digitales, pues se enfrentan a realidades diferentes con condiciones no especificadas o tipificadas en estas normativas, con lo que atenta al principio de legalidad, pues se trata de por analogía juzgar circunstancias totalmente diferentes a las tipificadas.
- El derecho al respeto a la Propiedad Intelectual como una forma de propiedad está ampliamente reconocida en los tratados internacionales y en las legislaciones nacionales.
- En nuestro sistema jurídico los derechos morales del autor son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles y están vigentes y protegidos incluso décadas después de la muerte del autor.
- Nuestro sistema jurídico permite que el autor de forma expresa pueda renunciar o negociar los derechos patrimoniales que tiene frente a la explotación de su obra, la que se puede realizar por cualquier forma, medio o procedimiento.

- Los plazos de protección de las obras como están considerados en la actualidad son diametralmente opuestos a la velocidad y rapidez con la que se trasmite la información y el conocimiento, por lo que se propugna desde grupos sociales la disminución del tiempo de duración de estos plazos, lo que no significa que se vaya a violentar los derechos morales del autor, pero si permitirá la democratización de la cultura y establecer un verdadero dominio público de estos bienes.
- Cuando una obra entra al dominio público, facilita su utilización, goce y disfrute de manera legal con lo que garantiza una mayor difusión de su contenido e incluso mayor reconocimiento al autor de la misma.
- Todas las legislaciones sobre Propiedad Intelectual o derechos de autor establecen la posibilidad legal de que el autor o el titular de los derechos de autor puedan conceder licencias de uso de una obra, en base y acorde a la voluntad y el pacto que se suscriba entre las partes, o incluso bajo el sometimiento de norma expresa.
- Las licencias libres fueron creadas como una respuesta a lo anacrónico e inaplicable de leyes analógicas en el entorno digital.
- Las licencias libres de derechos de autor permiten y garantizan el uso honrado y legal de las obras que se desplazan por el internet o por cualquier otro medio tecnológico o digital.

5.2. Recomendaciones.

Luego del análisis realizado me permito plantear las siguientes recomendaciones:

- Que se efectúen reformas a nuestra Ley de Propiedad Intelectual, a fin de que esté acorde a los cambios tecnológicos del mundo contemporáneo y que legalice los usos honrados de las obras en el entorno digital.
- Que se establezca en nuestra legislación interna plazos menores de protección de los derechos de autor, pudiendo reducirse en un cincuenta por ciento como mínimo, esto es de setenta años (plazo actual) a cuarenta y cinco años; plazos que podrán ir disminuyendo paulatinamente.

- Que en nuestra legislación se defina y legisle específicamente respecto a las licencias libres de derecho de autor, como una forma de garantizar la vigencia de los derechos de autor en el entorno digital.
- Que en nuestro país se de mayor impulso al uso de licencias libres, como la aplicación efectiva del Decreto Presidencial de uso de software libre en la administración del Estado y de la Ley Orgánica de Educación Superior respecto al uso de software libre en las Instituciones de Educación Superior.
- Que se capacite a la ciudadanía respecto a la vigencia de los derechos de autor, y específicamente respecto a los usos honrados de las obras que circulan por internet, a fin de que se entienda que no porqué está en la red son de libre disposición y apropiación.
- Que se cree una efectiva cultura de respeto de los derechos de autor, a fin de terminar con prácticas ilegales tan comunes como “copia y pega”, o aquella de no citar las fuentes de consulta, prácticas que se dan incluso en el entorno físico, pero que han proliferado con mayor impacto negativo en el entorno digital.

BIBLIOGRAFÍA

- Barzallo, J.L. *La propiedad Intelectual en Internet*, 1ra. Edición, Quito – Ecuador, Ediciones Legales.
- Becerra Ramírez, M. 2004, *La Propiedad Intelectual en Transformación*, México DF, Serie Estudios Jurídicos Núm. 72, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Becerra Ramírez, M. 2009, *Textos de la Nueva Cultura de la Propiedad Intelectual*, México DF, Serie Doctrina Jurídica Núm. 475, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Benites Hurtado, S, y otros. 2008, *Guía WEB 2.0*. Loja- Ecuador, Editorial UTPL.
- Cabanellas de la Torre, G. 1994, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 23 ava. Edición, Buenos Aires – Argentina, Editorial Heliasta.
- Cáceres Nieto, E. 2007, *Constructivismo Jurídico y metateoría del derecho*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Cáceres Nieto, E. 2000, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, México DF, Colección nuestros derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cerda, A. 2008; *Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor*, LOM ediciones Ltda.; Santiago de Chile.[en línea], disponible en: www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero10/9-10pdf .[Consulta 20-08-2011]
- Chavez, G. Gomez, X. Grijalva, A. 2007. *Temas de Propiedad Intelectual*, Quito – Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- Cobo Romani, C.; Pardo Kuklinski, H. 2007. *Planeta WEB 2.0. Inteligencia colectiva o medios fast food*. Grup de Recerca d' Interaccions Digitals, Universitat de Vic. Flacso México.Barcelona / México DF. (E-book de acceso gratuito).
- Díaz, E. 1980, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2da Edición, España, Editorial Taurus.

- Diccionario Enciclopédico Grijalbo. 1986. España. Ediciones Grijalbo S.A.
- Diccionario de la Lengua Española, 1984, vigésima edición, Tomo I y II, Real Academia Española, Madrid.
- García, D. 2006; Aproximación crítica a la propiedad intelectual; la cultura como valor para la democracia; Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Nro, 10,
- Garrone, J. A. 1986. *Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot*, Buenos Aires – Argentina, Editorial Abeledo – Perrot.
- Garza Barbosa, R. 2009. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, México D.F. Editorial Porrúa.
- Gorski D.P. 1966; *Pensamiento y Lenguaje*; Enciclopedia de Filosofía , segunda serie; Tercera edición en español; Editorial Grijalbo, S.A.; México D.F.
- Lessig, L. *Cultura Libre*. traducción realizada por Cordova, A. [En línea], disponible en: www.creativecommons.org. [Consulta 20 –08-2011]
- Moscoso, R. 2000. *Propiedad Intelectual e Innovación Tecnológica en el Ecuador*, Quito – Ecuador, Ediciones Abya – Ayala.
- Ojeda, L., Santos, L., Roldán, J. 2010, *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, México, Editorial Porrúa.
- Ossa, C. 2008. *Medidas Técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno digital*, [En línea] disponible en: www.alfaredi.org [Consulta 20 -08-2011]
- Pavón J. 2010; *De los privilegios a la propiedad intelectual*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Pacheco, P. 2006. Tesina: *Delitos Informáticos*. Trabajo elaborado para la obtención de la Especialidad en Derecho Empresarial. UTPL.
- Perez, N. 1999. *Legislación Sobre Propiedad Intelectual*, 4ta. Edición, Madrid, Editorial Tecnos S.A.

- REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHOS DE AUTOR, Nro. 6; Julio – Diciembre 2009, Bogotá, CERLALC.
- Revista Scripta, Creative Commons Latinoamerica, 2008, Loja – Ecuador, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ríos Ruíz, W. 2009. *La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs)*. Bogotá, Editorial Temis.
- Schmitz Ch. 2009; *Propiedad Intelectual, dominio público y equilibrio de intereses*; Revista Chilena de Derecho, vol. 36; Santiago de Chile.
- Silke von Lewinski, 2005. *Algunos Problemas Jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las Redes Digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos*, Boletín de derecho de autor, UNESCO.
- Solorio Pérez, O. 2010, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, México, Oxford University Press México, S.A. de C.V.
- Strong, W. 1993, *El libro de los derechos de autor: guía práctica*, cuarta edición, Traducción de Margarita Mizraji, Buenos Aires, Editorial Heliasta.
- Varela Pezzano, E. 2009. *Tecnologías Peer - To – Peer, derechos de autor y el Copyright*; Bogotá; Editorial Universidad del Rosario.
- Vega Jaramillo, A. 2003. *Manual de Derecho de Autor*, Bogotá, D.C., Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Vercelli, A. 2006. *Aprender la Libertad: El diseño del entorno educativo y la producción colaborativa de los contenidos básicos comunes*, Buenos Aires – Argentina [En línea] disponible en: <http://www.aprenderlalibertad.org> [Consulta 21 – 08- 2011]
- Villacreses, F. 2007. *Derechos de Autor*, Loja- Ecuador, Editorial UTPL.
- Zea, G. 2009. *Derechos de autor y Derechos conexos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Código Civil del Ecuador, 2013, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Edición de Bolsillo del Gobierno Nacional.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; [En línea] disponible en: www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_w0001.html [Consulta 20 - 08-2011]
- Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; [En línea] consultado en: www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9445 [Consulta 20 – 08 - 2011]
- Ley de Propiedad Intelectual 2004. Quito, EdiGAB.