

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**



**LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR
A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL
TRATADO DE MARRAKECH EN GUATEMALA**

**LICENCIADA
EVA ELIZABETH CIFUENTES JOLÓN**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**

**LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR A LA ENTRADA EN
VIGENCIA DEL TRATADO DE MARRAKECH EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

EVA ELIZABETH CIFUENTES JOLÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD
(Magister Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	MSc.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez Mejía
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

Presidente:	Dr.	Carlos Waldemar Melini Salguero
Vocal:	Dr.	Alejandro José Gutiérrez Dávila
Secretario:	MSc.	Alex Waldemar González Cobar

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis Sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Lic. Willian Aroldo Rodríguez Marroquín

Abogado y Notario

M. A. en Derecho Notarial y M. Sc. en Derecho Internacional

Av. Reforma 12-01 zona 10. Of. 602 Edificio Reforma Montufar

Tel. 2360-7320 Cel. 5704-1756

Guatemala 20 de febrero de 2019

Doctor: Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Director:

De manera atenta me permito informar que he asesorado el trabajo de tesis de la Licenciada **EVA ELIZABETH CIFUENTES JOLÓN**, denominado **“LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL TRATADO DE MARRAKECH EN GUATEMALA”**, cuyo dictamen rindo en los términos siguientes:

1. Evaluación del Contenido:

El trabajo está basado en la investigación documental de la legislación internacional, relativa a los derechos de autor, cuyos convenios se encuentran vigentes en Guatemala y las modificaciones legales que es preciso hacer a la legislación interna de conformidad con los compromisos adquiridos por el Estado, como sujeto suscriptor del Tratado de Marrakech, poniendo énfasis en la posibilidad de responder legislativamente a las susceptibles violaciones que pudieran sufrir los derechos de autor en territorio guatemalteco, de no preverse una emisión legal que supere lo requerido por el tratado en cuestión.

Como el mencionado tratado internacional, se refiere a los derechos de las personas con discapacidad visual, la bibliografía resulta ser muy específica y por lo mismo escasa, pues se omite referirse a discapacidades en sentido lato, con la finalidad de no desviar la atención del tema central.

De primordial relevancia resulta la sensibilidad de la propuesta, que sin dejar de proteger los derechos de acceso a la cultura y la recreación de las personas con discapacidad visual, pretende dotar a la sociedad de un procedimiento de protección a los derechos de autor, sin alterar el espíritu con el que se ha suscrito el Tratado de Marrakech.

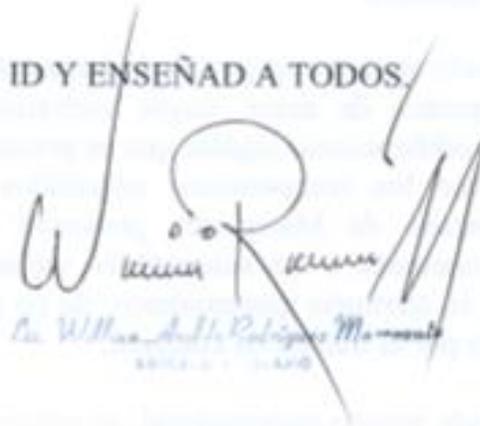
2. De la Forma del Informe Final:

En su forma, reúne los requisitos necesarios siguientes: a) La congruencia de su redacción y orden de los capítulos elaborados; b) Diseño claro e inteligible para el lector; c) La gramática, ortografía y estilo, son acordes al grado académico al que opta la sustentante; d) La sencillez de la redacción y aclaración de términos especializados, hacen agradable su lectura; y e) En su elaboración se respetó el plan de trabajo y diseño original, alterándolo únicamente cuando a criterio del asesor, fue necesaria la confrontación de campo, que la sustentante realizó con las asociaciones especializadas y la comisión específica del Congreso de la República, lo que permitió pequeñas modificaciones enriquecedoras..

En virtud de lo anterior rindo dictamen favorable, para que la sustentante pueda defender su trabajo en el examen de rigor para optar al grado académico correspondiente.

Atentamente,

ID Y ENSEÑAD A TODOS.



Lic. Wilmar Andrés Rodríguez Martínez

Guatemala, 04 de octubre de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL TRATADO DE MARRAKECH EN GUATEMALA

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Eva Elizabeth Cifuentes Jolón**, estudiante de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 11 de octubre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Eva Elizabeth Cifuentes Jolón aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad** lo cual consta en el acta número 100-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL TRATADO DE MARRAKECH EN GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



ÍNDICE



INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

Propiedad intelectual	1
1. Teoría de la propiedad intelectual.....	5
1.1. Fundamentos de la protección de la propiedad intelectual.....	5
1.1.1. Fundamento filosófico.....	5
1.1.2. Fundamento jurídico.....	8
1.1.2.1. Unidad del derecho de autor.....	11
1.1.3. Fundamento económico.....	14
1.2. Naturaleza jurídica de los derechos de autor.....	17

CAPÍTULO II

Acceso a la información y otros materiales a las personas con discapacidad visual	25
2. Acceso a la información, obras literarias, material electrónico y otros materiales a las personas con discapacidad visual.....	27
2.1. Entidades que brindan el servicio a personas con discapacidad visual.....	34
2.2. Beneficiarios.....	45
2.3. Tiflotecnología.....	49
2.4. Tecnologías de la información y la comunicación.....	53

CAPÍTULO III

Normativa internacional aplicable a personas con discapacidad visual	61
3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	64
3.1. Convenio de Berna.....	69
3.1.1. Regla de los tres pasos.....	76



3.2. Convención de Roma.....	
3.3. El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.....	
3.4. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.....	90
3.5. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).....	92

CAPÍTULO IV

Tratado de Marrakech y sus implicaciones.....	95
4. <i>Tratado de Marrakech</i> y sus implicaciones a la entrada en vigor en los estados contratantes.....	102
4.1. Reproducción, distribución y disposición de obras en material accesible para personas con discapacidad visual y para acceder al texto impreso.....	106
4.2. Limitaciones y excepciones en el intercambio nacional y transfronterizo.....	113

CAPÍTULO V

Efectos de la entrada en vigencia del <i>Tratado de Marrakech</i> en la normativa nacional.....	129
5. Reformas a la normativa nacional en materia de derecho de autor....	138
5.1. Vulnerabilidad de derecho de autor a la entrada en vigencia del <i>Tratado de Marrakech</i> en Guatemala.....	149
5.2. Limitación o excepción en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o dificultades para acceder al texto impreso.....	163
5.3. Responsabilidades de las entidades autorizadas que brindan los servicios a personas con discapacidad visual.....	171

5.4. Implementación de procedimiento para determinación de las responsabilidades de las entidades autorizadas que brindan los servicios a personas con discapacidad visual.....



CONCLUSIONES	179
REFERENCIAS	183

Introducción



La propiedad intelectual procura un campo de protección especial para las creaciones y se expresa usualmente por medio de normas que regulan su alcance, duración entre otras características. Paralelamente a la evolución normativa que protege estos derechos, se ha desarrollado un campo amplio de análisis en cuanto al acceso al material protegido. Las normas reguladoras comprenden las limitaciones y las excepciones en favor de determinados grupos poblacionales con características específicas.

En la actualidad, debido al posicionamiento de la llamada era de la información y la comunicación, el derecho internacional busca los mecanismos idóneos para responder a las incesantes exigencias de expansión cultural, en este sentido busca un equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y el acceso a la información de la sociedad global basada en el conocimiento inclusivo.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, encargada de incentivar el desarrollo de la actividad creadora, así como de buscar el equilibrio entre creadores y usuarios de manera que continúe la innovación y la creatividad en beneficio de todos, administra múltiples instrumentos para garantizar la evolución de una sociedad desarrollada culturalmente.

“El *Tratado de Marrakech*, para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso” es un instrumento que armoniza las limitaciones y excepciones en relación con el sistema internacional de derecho de autor, con el propósito de facilitar el acceso y el uso de las obras a las personas con discapacidad visual y con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Para efectos de alcance y aplicación, este tratado prevé la creación de entidades autorizadas destinadas a brindar los servicios a los beneficiarios,

permitiendo que lleven a cabo determinados actos considerados prohibidos por el derecho de autor en otros supuestos. En este orden de ideas, el tratado dispone que las entidades autorizadas deben respetar las condiciones determinadas en su texto condiciones relativas al uso de la obra, siendo de particular interés: ver porque solo las personas consideradas como beneficiarios conforme al tratado (de mérito) gocen de acceso a los ejemplares en formato accesible.



Para tales efectos, las organizaciones –entidades autorizadas- no tienen que satisfacer ningún trámite ni emprender ningún procedimiento específico para ser reconocidas como tal, sin embargo, el tratado no prohíbe este tipo de medidas y, por lo tanto, confiere a los estados miembros, libertad de acción para crear procedimientos de esta índole a escala nacional.

Este último aspecto es el de particular importancia para la presente investigación, por el problema fundamental de determinar si, ¿es necesaria la implementación de un procedimiento de control para determinar las responsabilidades de las entidades autorizadas en caso de vulneración de los derechos de autor al entrar en vigor el *Tratado de Marrakech* en Guatemala? A este respecto diremos que la entrada en vigor del *Tratado de Marrakech* a Guatemala exige la implementación de un procedimiento para determinar la responsabilidad de las entidades autorizadas en caso de vulneración de derecho de autor, tal y como lo prevé en este documento, el cual debe ser establecido mediante las excepciones y limitaciones a la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, a efecto de garantizar la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras, en la prestación de servicios a los beneficiarios.

En razón de lo expuesto, el presente informe se desarrolla partiendo de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual y su fundamentación jurídica, para ser considerada como un verdadero derecho real, la necesidad de establecer mediante reglas claras derivadas, tanto del tratado mismo como de la legislación nacional específica todo lo relativo al acceso a la información y otros materiales



para las personas con discapacidad visual, en el cual se destaca la importancia del acceso a las obras literarias así como a material electrónico y otros materiales por parte de personas con discapacidad visual; describe a las personas que conceptualiza el *Tratado de Marrakech* como beneficiarios; define el contenido de la tiflotecnología así como su importancia, como herramienta para obtener una mejor calidad de vida y su aplicación en la actualidad en relación con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, como medios que contribuyen al acceso universal a la educación, la gestión y la gobernanza.

Posteriormente, se incluye un análisis de la normativa internacional en materia de derecho de autor, en la cual se identifican normas que favorecen el acceso a las obras por parte de las personas con discapacidad visual, se hace una descripción básica de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio de Berna, la Regla de los Tres Pasos, la Convención de Roma, el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, permitiendo identificar la relación entre los distintos cuerpos legales.

Seguidamente, se desarrolla el análisis del contenido del *Tratado Marrakech*, las implicaciones a su entrada en vigencia en los estados contratantes, en cuanto al disfrute de los derechos de autor, como derechos exclusivos que le corresponden a los autores, en reconocimiento de su creación intelectual, la cual promueve las ciencias, la cultura y las artes; protegen la relación misma entre el autor y el bien material creado, cuya protección por la norma responde a su carácter de individual y original, que permite al autor gozar del producto resultante de esa operación creativa única, creando el derecho moral de paternidad sobre la obra realizada y el respeto por la integridad de la obra. También se comenta las limitaciones o excepciones al derecho de autor, en el intercambio nacional y

transfronterizo, incluidas en el *Tratado de Marrakech*, abordando dichas limitaciones o excepciones como normas, cuyo contenido tienden a restringir el derecho en cuestión y que privan de la efectividad del ejercicio o campo de acción de este, razón por la cual su implementación debe ser cuidadosa atendiendo al desarrollo tecnológico actual.



Además, se trata lo relativo a los efectos de la entrada en vigencia del *Tratado de Marrakech*, en la legislación guatemalteca, en cuanto a la necesidad de realizar las reformas necesarias a la normativa existente en materia de derecho de autor, para garantizar la aplicabilidad y disfrute de las ventajas del tratado, en favor de las personas con discapacidad visual o cualquier otra que les dificulte o impida acceder al texto impreso, sin menoscabar los intereses de los autores y, con ello, impulsar ese trabajo intelectual que contribuye a la cultura y al desarrollo social.

Finalmente, se describe la importancia del conocimiento y aplicación de la técnica legislativa al redactar cualesquiera reformas a la normativa existente, para conseguir los resultados esperados de su vigencia, así como la necesidad de la implementación de un procedimiento para la aplicación de sanciones; en caso fuera necesario, deducir responsabilidades por parte de la autoridad administrativa, en cuanto a infracciones, por parte de las entidades autorizadas que brindan los servicios a los beneficiarios, en relación con la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras de acuerdo con el *Tratado de Marrakech*.



CAPÍTULO I

Propiedad intelectual

La propiedad intelectual considerada como un “conjunto de derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el aspecto del provecho material que de ellos pueda resultar”, según Rangel Medina¹, pone de manifiesto que el producto obtenido de la actividad creadora del individuo genera el derecho (moral) a ser reconocido como autor de la creación, así como del provecho económico (patrimonial) que puede resultar de la explotación económica de la propiedad intelectual propiamente dicha, sin que se garantice el éxito financiero que esta pueda generar a su creador.

En tanto que Giuseppe Branca, se refiere a los derechos sobre las obras del ingenio como bienes inmateriales, los cuales corresponden a los derechos del autor o del inventor, los cuales no se confunden con la obra material en que se fijan.²

Independientemente de la denominación y del objeto al cual se aplican: obras literarias, artísticas o patentes, en cada una existe un elemento esencial, cada uno de los objetos materiales sobre los cuales se reconoce el derecho, son productos originados en el intelecto humano. Por tal motivo y atendiendo a la naturaleza de la propiedad intelectual se puede decir que es un derecho real el cual se deriva de la producción del ingenio humano que permite al autor el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y obtener los beneficios económicos que le pueda proporcionar.

¹ D. Rangel Medina. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. p. 40

² G. Branca. *Instituciones de Derecho Privado*. p. 101

Para proteger el esfuerzo del intelecto humano surgen los derechos intelectuales, como una clase específica de derechos reales, con la intención de proteger este esfuerzo que produce una obra con un aporte y el cual se caracteriza por la originalidad.



La obra solo es el producto material, del cual existe un proceso previo que corresponde a la elucubración intelectual, la naturaleza entonces de la producción intelectual es incorpórea y de origen personal lo cual la diferencia de la propiedad de los bienes materiales en general en cuanto que el derecho real corpóreo, se rige por el tracto, mientras que este, por la creatividad.

Los derechos del autor sobre su obra, son entonces derivados de la producción de la inteligencia y le corresponden como producto de su creación, es un derecho inherente a la naturaleza humana, que goza del respaldo de la ley.

Sin embargo, la producción de la inteligencia humana se ha agrupado en dos ramas fundamentales: los derechos de autor, que se refiere genéricamente a las obras literarias, artísticas y otras análogas; y la propiedad industrial en donde se incluyen los derechos sobre las invenciones, secretos industriales, marcas y otros.

Las creaciones intelectuales entonces han generado los derechos que reconocen el carácter multidimensional y generador del conocimiento de la personas por su propia condición humana.

La concepción Aristotélica de que el hombre es un ser racional aparece fundamentalmente unida a su capacidad creativa; todo lo que no pertenece a la naturaleza es producción cultural, en donde el hombre participa desde su origen en el desarrollo cultural.

Los derechos derivados de la producción intelectual se refieren a la protección de las ideas contenidas en una obra material o formato, no es solo sobre la obra, sino sobre la producción intelectual del sujeto. De esa cuenta es que en los denominados derechos de propiedad intelectual se pueden distinguir dos aspectos elementales: las ideas (aspectos de carácter incorpóreo) y la obra (material de naturaleza corporal) o formato en el cual se contiene aquella creatividad.



A partir del reconocimiento de la propiedad intelectual como tal, se puede conceptualizar entonces como un derecho real derivado de la producción del ingenio humano, lo cual le permite al autor ejercitar su derecho de reivindicación de paternidad (de la obra) y obtener los beneficios patrimoniales que le pueda proporcionar.

Las clasificaciones de los derechos de acuerdo con su naturaleza, en la historia han sido innumerables, entre las más destacadas está la de Gayo que identificaba en las Institutas, tres tipos de derechos: 1) Los derechos reales, 2) Los derechos personales y, 3) Las acciones³.

En tanto que en la época moderna, el jurista belga Edmond Picard promotor de los derechos de autor y considerado el creador de la teoría de los derechos intelectuales agrega a la teoría clásica del derecho Romano, una nueva categoría: derechos intelectuales. Estos últimos regularmente se consideraban dentro de los derechos reales, con la intención de respetar la teoría clásica de la división romana; sin embargo, para su criterio resultaba forzar los elementos constitutivos de tales derechos por lo que se requería de un régimen distinto ⁴.

En la propiedad intelectual, existe un lazo firme entre la idea y la producción material en la que se objetiva o formato continente del intelecto, pero no se

³ A. Topacio Ferretti. *Derecho Romano Patrimonial*. p.13

⁴ G. E. Castrejón García. *El derecho Marcario y la Propiedad Industrial*. p. 92



confunde, pues, en cuanto propiedad que recae sobre objetos materiales reúne las características de derecho real y en lo que se refiere a su origen en el pensamiento humano corresponde a un derecho individual que puede producir relaciones obligacionales de naturaleza personal.

El derecho real entonces, surge cuando se genera un producto que se puede materializar, por lo tanto, la propiedad intelectual es un derecho real que tiene su origen en la naturaleza humana. El libro es el soporte físico en el que se materializa la obra, producto del intelecto humano. Lo que contiene el soporte físico es pues, el pensamiento del autor, y no las ideas propiamente dichas, las cuales siguen perteneciendo a su creador, porque la expresión de las ideas son derechos morales con características de inalienables e intransmisibles.

El libro afirma Kant, es un escrito que representa un discurso que el autor en nombre propio dirige al público, el cual es un derecho personal, que no puede ser reproducido sin consentimiento del autor y que también pertenece en parte al editor como producto de su arte, al que se le denomina derecho real ⁵

Con el desarrollo del mismo derecho, es posible afirmar que dicho libro, considerado como objeto material o formato continente del discurso, puede ser objeto de un derecho real o sea objeto de propiedad, pero no del discurso que contiene, porque este es un derecho moral, parte del derecho real del autor. Verbigracia, cuando se compra un libro se es propietario del ejemplar, pero no de la idea que contiene repetida en otros ejemplares, puesto que reproducirla sin autorización de su autor es un acto de violación a la propiedad intelectual. Es decir, que se puede aspirar, por el precio pagado a ser titular del derecho intelectual, porque este reúne las características de intransmisibilidad e inalienabilidad por ser innatos de la persona creadora.

⁵ I. Kant. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. p. 111-113

1. Teoría de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual como cualquier rama del derecho tiene diversas dimensiones. Dos tradicionales son: la práctica y la teórica. En la primera se conceden patentes o se solicitan certificados de registro de obras, entre muchos otros procedimientos donde sin duda existen ambigüedades que merecen aclaración. En la segunda se analizan y critican los fundamentos. Para efectos del presente trabajo se analizan y articulan los fundamentos más relevantes disponibles en la filosofía, el derecho y la economía acerca de la Propiedad Intelectual, contribuyendo a consolidar la dimensión teórica sobre la materia.

Su ubicación en el derecho, así como en las políticas públicas y la sociedad no ha sido de aceptación inmediata. En la actualidad, debido al posicionamiento de la llamada era de la información y la comunicación, esta institución jurídica ha sido objeto de revisión teórica a lo largo del mundo, porque el derecho internacional regula la protección mínima de la propiedad intelectual y que las políticas nacionales de ciencia y tecnología son impactadas directamente por esta disciplina, lo que exige establecer un balance para definir los posibles mecanismos jurídicos, de política pública nacional e internacional que permitan hacer frente a los retos globales orientados al desarrollo fundamentado en una sociedad basada en el conocimiento de forma inclusiva.

1.1. Fundamentos de la protección de la propiedad intelectual

1.1.1. Fundamento filosófico

La filosofía trata de explicar la forma en que el derecho establece un sistema de protección más o menos coherente para la protección de las creaciones del intelecto, para el efecto proporciona varias conceptualizaciones



que parten de la diferenciación en cuanto al objeto de protección de la propiedad intelectual: si se trata de la idea, o de la cosa como tal, o de un objeto inmaterial, y a su vez del origen de tales derechos.



Federico Hegel⁶ pone de manifiesto la diferenciación entre la idea y la creación y expresa que el surgimiento del derecho y a su vez, la naturaleza de la creación permite la separación entre el objeto donde se materializa la creación (obra, invención) de la propiedad sobre la creación misma. Es la creación la que exterioriza la idea y la hace susceptible de la voluntad de su creador.

En tanto que Kant⁷ diferencia, opus mechanicum, es decir, el objeto material producido mecánicamente (sobre el que se ejerce un derecho real) del discurso del autor (corpus mysticum), sobre el cual él tiene derechos.

La concepción hegeliana de la propiedad intelectual, es bastante sólida y concuerda con las modernas legislaciones en la materia, aunque resulta poco señalada por la literatura jurídica o filosófica⁸ pese a la firmeza de la postura que brinda sobre la discusión respecto del objeto de protección de la propiedad intelectual, pues expresa que ese objeto ideal se exterioriza por medio de la voluntad a través de la creación y es aquella la que es objeto de propiedad.

Siguiendo a Kennet Himma⁹ desde John Locke explica la propiedad desde la idea del esfuerzo, como la consecuente retribución del trabajo del hombre para hacerse dueño de la tierra y de las cosas que están en la naturaleza. Se trata entonces de un derecho moral de propiedad. O sea, se trata de explicar la propiedad intelectual como la justa retribución del esfuerzo de los creadores. Este es un medio para satisfacer el bien común a través de la actividad individual, teoría que en la actualidad no es demostrable pues la escasez que genera la

⁶F. Hegel. *Filosofía del Derecho*. pp. 62-64

⁷I. Kant. *Principios metafísicos del derecho*. pp.432-433

⁸F. Hegel. Ob. Cit.

⁹K. Himma. *La justificación de la propiedad intelectual*. pp.2471-2475

protección del mero esfuerzo bajo el ámbito de un derecho de propiedad, no encuentra ni representa per se un beneficio para la sociedad.



Locke impacta con sus aportes a la teoría de la propiedad intelectual, no solo del sistema anglosajón, sino del derecho continental europeo, particularmente en el derecho alemán y el francés. En tanto que Ascarelli, es del criterio que, la justificación del derecho de propiedad intelectual como resultado del trabajo y esfuerzo que se evidencia en las teorías lockeanas, se hace positivo en: *Bill of Rights de Virginia* de 1776, que es una justificación de contenido más de carácter político que jurídico.¹⁰

Otra problemática que supera la discusión hasta este punto, aparece en el concepto de sujeto mismo del derecho, en donde Foucault, realiza un extenso análisis del autor desde lo que él denomina la función del autor en la sociedad y manifiesta la idea del autor como sujeto de derecho titular originario de la propiedad sobre la obra, la cual es compartida por los ideólogos revolucionarios franceses, quienes proponen que la propiedad sobre bienes inmateriales, por ejemplo, aquella relativa al derecho de autor, es "[...] la más incontestable, la que de su incremento no se genera injuria para la igualdad de la República y que no ofende a la libertad [...]"; asimismo, asocian la originalidad del creador como el elemento más trascendente de la obra, pues esta es un aporte único y constitutivo de esta.¹¹

Este concepto de la creación y el sujeto relacionados de manera inescindible se origina en la concepción kantiana relacionada con el derecho de autor, a partir de las expresiones de Kant con relación a un libro, cuando manifiesta que este es una especie de medio por el cual el editor publica el discurso del autor que ha querido dar a conocer al público. De donde se deriva la teoría, según la cual si un tercero publica el libro, fuera de la esfera de la

¹⁰ G. Luf. *Corrientes filosóficas de la época de la ilustración y su influjo en el derecho de autor*. p. 31-45

¹¹ Diderot. *Carta sobre el comercio de libros*. pp. 11-29



relación autor/editor, se trata de una falsificación; en tanto que el discurso del autor se trata de un derecho personal que se difunde por medio de un mandato en manos del editor, tal y como se expresó en el ejemplo formulado en los párrafos anteriores.

Tanto Locke como Kant son igualmente considerados precursores de la teoría personalista sobre el derecho de autor, la cual se deriva de las elaboraciones teórico-jurídicas de Köhler y que ponen de manifiesto la evolución que se produce en Fichte desde la posición kantiana, según la cual considera a la propiedad intelectual como parte de la metafísica en la construcción de la actividad intelectual, basándose en el principio de que los pensamientos no se transmiten de mano en mano, no se pagan con dinero ni se pueden transmitir cuando se lleva un libro a casa.

Para Fichte existe la primacía absoluta del derecho personal sobre el patrimonial, derivada del derecho del autor sobre el corpus mysticum, como vínculo inescindible entre el autor y la obra en tanto que Luf afirma que Fichte entiende la propiedad sobre el objeto material (texto impreso –libro-) del que se apropia el lector y que llega incluso a la posibilidad de hacer suyos los pensamientos del autor, pero establece que lo que no puede ser apropiado es la forma que el autor le da a esos pensamientos: “una relación de ideas individualizada en el proceso creativo en representación gráfica”, lo que hace que el derecho que se ejerce sobre esa forma de la obra sea inalienable.¹²

1.1.2. Fundamento jurídico

Desde la perspectiva de la teoría clásica, que trata de identificar en el campo de la propiedad los derechos de propiedad intelectual, existen diversas posturas en la

¹² G. Luf. Ob. Cit. pp.31-45

literatura jurídica,¹³ en primer plano aparece la diferenciación de este tipo de bienes de las cosas en sí, pues respecto de ellas se ejerce claramente el derecho de propiedad a través de la aprehensión material de la cosa mediante la posesión o el intercambio; además, la cosa donde se contiene la creación, sea obra o invención, no es el objeto de la propiedad intelectual, porque aquel supera los límites de dicha cosa (vehículo).



Por lo consiguiente es lógico que la propiedad exista sobre cosas o bienes corpóreos, que más que su naturaleza física, deben representar algún valor económico, paralelos existen los bienes incorpóreos, donde el privilegio está en la inmaterialidad del objeto,¹⁴ las cosas cuyo objeto es inmaterial se las conoce como incorporales o incorpóreas, estas propiedades incorpóreas tienen el carácter común de “estar vinculadas a la actividad creadora del hombre, unas se definen por la posibilidad que brindan a sus titulares de ejercer una actividad determinada, en tanto que oficios; pero hay otras relativas a los resultados de la actividad intelectual”; así pues, una creación del espíritu es entonces el objeto del derecho y la propiedad se representa por un conjunto de prerrogativas destinadas a asegurar la protección jurídica y la explotación económica de la creación¹⁵.

La postura de Ascarelli resulta relevante en relación con la propiedad sobre la cosa, pues el autor no desconoce en ningún momento la existencia de derechos de carácter personal respecto de la creación, pues no concibe, que exista algo como un derecho moral de autor propio de la cosa sin relación con el autor mismo.

Ante esta postura Hettinger introduce la categoría de objetos intelectuales como aquellos que no son exclusivos per se y que, por lo tanto, no se agotan y pueden estar en varios lugares al mismo tiempo. Proveer bienes de propiedad intelectual puede tener un costo marginal igual a cero y los costos de comunicación ser realmente bajos, aún en mayor medida gracias a las nuevas

¹³ E. Rengifo García. *Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor*. pp. 197

¹⁴ Ripert y Boulanger. *Tratado de Derecho civil*. pp. 165.

¹⁵ T. Ascarelli. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. pp. 618

tecnologías, de ahí la necesidad de pasar de la protección de los objetos intelectuales a los productos intelectuales protegidos como el mecanismo más eficaz para distribuirlos.¹⁶



En este campo existe también el concepto de bienes inmateriales, categoría establecida por Köhler, quien al igual que las ideas de Picard surge ante la exigua clasificación de esta clase de derechos dentro de los derechos reales. Acorde a esta teoría y con influencia lockeana, surge el trascendental concepto de mano de obra, que es considerado la fuente natural del derecho de propiedad¹⁷ y que le permite al autor ejercer su derecho tal como lo hace el propietario sobre la cosa y donde se evidencia la protección al creador en su relación intelectual y personal desde el trabajo hasta la explotación de la obra, lo que debiera conducir a una remuneración apropiada.

Los derechos reales entonces, recaen sobre la cosa (material), en tanto que si recaen sobre cosas inmateriales, se trata de derechos inmateriales o derechos morales. Es claro respecto de este planteamiento, que los derechos inmateriales se ejercen sobre cosas, que no son reales en el sentido de su materialidad (percepción por medio de los sentidos), de tal cuenta, se hace la distinción entre las cosas corpóreas y las incorpóreas, señalando que las segundas su percepción es mental o intelectualmente. Para ilustrar este punto, podría pensarse en una obra de la escultura, cuya pieza material puede subastarse, venderse, regalarse o enajenarse de cualquier otra forma, pero no por ese tipo de transmisión de la titularidad, pierde el nexo intelectual con su autor, como la Venus de Milo, El Pensador de Rodíno La Piedad de Miguel Ángel.

De tal cuenta, que las consideraciones teóricas giran en cuanto a la clasificación tradicional de las cosas, en las que se entiende que las incorporales comprenden también los derechos, menos el derecho moral de propiedad, la

¹⁶ E. Hettinger. *Justificando la propiedad intelectual*. pp. 31-52

¹⁷ A. Álvarez Salazar y Herrera. *Teoría de la propiedad intelectual*. pp. 65-66.

diferencia no debería dirigirse hacia tal distinción, sino al reconocimiento de cosas corpóreas e incorpóreas, estas últimas solo para designar los bienes inmateriales.



En tal sentido Alessandri y Somarriva, coinciden con la división propuesta por Picard y los teóricos franceses, la cual consiste en la autonomía de los derechos intelectuales, al lado de los derechos personales y los reales, sin olvidar el objeto del derecho subjetivo, que es la realidad hacia la que se dirige el interés particular protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, un bien inmaterial, material, actos humanos e incluso la persona¹⁸.

Actualmente se ha incorporado una nueva categoría doctrinaria a la noción de los bienes intelectuales, que trata de reconocer los derechos sobre aquellas cosas que comprenden características de las cosas inmateriales y de las materiales, tales cosas son los bienes virtuales¹⁹.

1.1.2.1. Unidad del derecho de autor

La doctrina monista alemana contemporánea, dogmatiza los derechos morales y patrimoniales en mismo tronco del derecho de autor, haciendo hincapié en el carácter inescindible de las facultades del autor y ubica en el centro sus intereses ideales como sus intereses económicos²⁰. Eugen Ulmer citado por Strowel manifiesta la subsistencia de un doble carácter del derecho de autor, en el que ambos son parte de una misma unidad y que por ser en la práctica imposible dividirlos, tampoco es posible entenderlos separadamente.

La protección de la explotación de la obra defiende no solo los intereses económicos del autor, sino, de igual forma, las facultades que tiene este

¹⁸ Alessandri y Somarriva. *Los bienes y los derechos reales*. pp. 10-13

¹⁹ León-Robayo y Pezano. *Naturaleza jurídica de la protección que otorga el derecho de autor*. p. 69-88.

²⁰ H. Baylos. *Tratado de derecho industrial*. pp. 43-46

sobre el objeto creado, pero es sumamente difícil separar los intereses de las facultades, luego el sector económico y el ideal, aunque no son el mismo, generan unas relaciones cercanas que son las que permiten la protección de intereses morales a través de facultades patrimoniales y viceversa.



Otto Von Gierke citado en Strowel, señala en su teoría que los derechos de la personalidad están por encima de los patrimoniales, pero no por ello están separados. Así, VonGierke indica que el derecho de autor se despliega en un derecho de propiedad cuyo núcleo es el derecho de la personalidad. De esta manera al no separar tales derechos, esta se considera una típica teoría monista. En cambio, el dualismo tiene como precursor a Josef Köhler, quien entendía el derecho de autor (*doppelrecht*) como un derecho bifurcado en dos derechos separados, pero paralelos: un derecho individual (*Individualrecht*) fundamento de los intereses ideales del autor (facultades) y un derecho de bienes inmateriales (*Immaterialgüterrecht*) como el poder que tiene el autor sobre el bien creado²¹.

Piola Caselli fue un jurista italiano que robusteció la teoría del dualismo, pues concibió el derecho moral como el que tutela el acto de creación o la paternidad de la obra y al lado de este, el derecho económico o patrimonial que le permite al autor la ganancia de utilidades.²² Para Caselli, esta concepción presenta dos momentos: el primero tiene lugar al darse la creación de la obra (naturaleza personal o derecho moral) y el segundo hace referencia al hacerse su publicación (donde el derecho es patrimonial). La posibilidad llega hasta el caso en que los derechos patrimoniales pueden ser transferidos, sin que ello signifique la extinción de los derechos morales.²³

En Francia, según Piotraut, la Propiedad Intelectual establece que el derecho del autor comprende facultades de carácter moral, así como los atributos de carácter económico. Por ello, se ha dicho que también hay allí un

²¹ A. Strowell. *Derecho de autor y derechos de autor*. pp. 199-213

²² A. Loredo Hill. *Naturaleza jurídica del derecho de autor*. p. 24

²³ C. Rogel. *Estudios completos de propiedad intelectual*. p. 341



reconocimiento doble del derecho de autor y por ende, un derecho moral y uno de propiedad. Es así que se considera el acto de creación como un proceso intelectual indisoluble del autor, por ende, de su propia personalidad equiparando esta al honor y la intimidad.

Una crítica a esta posición dual de los derechos señala que no es viable pensar la división de los derechos subjetivos, entendidos estos como los que se ejercen respecto de una cosa de manera unitaria. Para Díez-Picazo y Gullon²⁴, existe entonces una posición monista en cuanto a la justificación del derecho de autor. En relación con los derechos morales, se niega su carácter de ser derechos de la personalidad, pero sí de ser personalísimos. Los autores, entonces, llegan a establecer una serie de características del derecho de autor: Se trata de un derecho subjetivo que posee sustantividad y autonomía técnica. Este derecho comprende la libertad de acción de su titular, quien es protegido por el ordenamiento jurídico.

Tiene el carácter de absoluto, pues no se ejerce respecto a determinada persona, sino de manera inmediata respecto del bien. En este caso, el derecho se ejerce sobre la obra y se desarrolla en una serie de actos o conductas de ese titular.

Es un derecho de monopolio jurídico, en el sentido de que se llama propiedad cualquier derecho monopolístico que otorga al titular una situación de dominio. Se trata de un señorío exclusivo sobre la obra. No sería una propiedad en sentido estricto, sino en el sentido amplio de una situación de señorío.

Es un derecho limitado de manera temporal. No tiene naturaleza exclusivamente patrimonial o económica, pues coexiste con el derecho moral.

²⁴ Díez-Picazo y Gullon. *Sistema de derecho civil*. pp.44-56



1.1.3. Fundamento económico

Dentro de la dicotomía existente entre los bienes jurídicos y los bienes en el sentido económico, los derechos de propiedad intelectual recaen sobre una categoría especial de bienes de especial interés para las dos disciplinas, a los cuales llamamos bienes inmateriales o bienes intangibles.

Es necesario abordar algunos planteamientos propios del análisis económico para poder entender completamente la naturaleza de la propiedad intelectual, pues hay otra característica que resulta de importancia y es que los bienes de propiedad intelectual son bienes *no excluyentes*, y *no rivales*.

Acorde con los postulados básicos de la economía, la exclusión es aquella característica que tiene un bien que posibilita, con cierta facilidad, el disfrute solo de una persona a la vez. De otra parte, la rivalidad es aquella característica que indica que el uso del bien por una persona disminuye la posibilidad de que otro lo use con la misma potencialidad.

Lo anterior lleva al problema de los recursos comunes y los bienes públicos, entendiendo a los primeros como aquellos que no son excluyentes, estando de otro lado, los bienes públicos, los cuales no son excluyentes ni rivales, toda vez que no disminuyen por el número de personas que los utilicen y tampoco es factible impedir que unos accedan a él en favor de otros.

Los bienes públicos traen aparejado el famoso problema del consumidor parásito (*free raider*) o el polizón, es decir, aquel individuo que aprovecha la imposibilidad de ser excluido del uso de un bien, para usarlo sin pagar. Por su parte, los recursos comunes traen consigo el problema resumido en la fábula de la tragedia de los comunes, acorde con la cual, ante un recurso compartido la salida

egoísta en el uso del bien (hasta su destrucción) es la única alternativa que parece racional sin que haya intervención del gobierno.²⁵



En tal sentido se puede decir que el conocimiento es, por definición, un bien público y lo que trata de hacer la teoría de los derechos de propiedad intelectual es, precisamente, sacar en algún grado la información que resulta útil de esta categoría de bien público y acercarla, tanto como sea posible, al sector del bien privado (es decir, aquel que es rival y excluyente).

Desde la perspectiva lockeana existe una clara relación entre la economía y los derechos de propiedad intelectual que se funda en la diferenciación entre lo público y lo privado, en donde dentro del campo de lo apropiable dentro del conocimiento y lo que debe ser de uso o dominio público y en cuanto a la noción de que la apropiación en sí misma no es un fin, sino un medio para que cada individuo extraiga de la naturaleza lo que le es necesario, establece las bases sobre las que se fundamenta el equilibrio de derechos entre innovador y usuario de los derechos intelectuales.

La idea de los incentivos (del filósofo Jeremy Bentham) es importante en este estudio pues al exponer la idea del conocimiento como bien no rival, y no exclusivo, todo aquel imitador de una invención es considerado un oportunista que con cada acto de copia desincentiva al verdadero creativo de seguir innovando, al despojarlo de su merecida ventaja en el comercio, producto de su invención.²⁶

Una nueva revisión de este paradigma fue propuesta a mediados del siglo XX por Joseph Schumpeter, quien introduce el concepto de innovación en el léxico de la propiedad intelectual y la economía, situando, a diferencia de Keynes, el impulso al crecimiento económico no en el Estado, sino en el empresario o mejor, en el espíritu emprendedor –*Unternehmergeist*–. Se supone que el

²⁵ G. Hardin. *La tragedia de los comunes*. pp. 1-14

²⁶ Greenhalgh y Rogers. *El valor de los derechos de propiedad intelectual para las empresas*. pp. 4-10



emprendedor, cuando utiliza el conocimiento aplicado a su problema en la industria, crea un conocimiento nuevo que desplaza al presente hasta ese momento. Esta sería la base del sistema de incentivos que responde al dilema de la investigación básica y la investigación aplicada en donde para producir el cambio tecnológico, el Estado debe invertir en la primera.²⁷

Actualmente, podría decirse que la economía ha tomado dos vías para atender el estudio de la propiedad intelectual. Una de ellas es la que agrupa aquellas construcciones conceptuales basadas en el desarrollo económico, particularmente promocionadas por entidades multilaterales como el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en donde la tesis y la mirada de los derechos de propiedad intelectual como incentivo hacen carrera constantemente.

Por otra parte, algunos sectores económicos han decidido revisar algunos de los postulados y paradigmas de la economía, con el fin de verificar bajo los actuales esquemas legales de protección de la propiedad intelectual, si la teoría del incentivo es suficiente, o si por el contrario nos encontramos dentro de un sistema de derechos excesivamente amplio y dentro de un andamiaje legal que hace impracticable el uso de los derechos de propiedad intelectual en el mercado. Se habla así de la tragedia de los anticomunes.

Ello es así, porque los diversos mecanismos de protección de propiedad intelectual han venido sufriendo una mutación que cada vez más los aleja de su concepción inicial de bienes no exclusivos, y no excluyentes, porque a través de diversas enmiendas a las leyes de propiedad intelectual de países desarrollados y en aquellos en vía de desarrollo, mediante trasplantes jurídicos se han fortalecido los sistemas de propiedad. Prueba de lo anterior son los cada vez más amplios espectros de patentamiento, así como, las extensiones en los

²⁷ J. Schumpeter. *Capitalismo, socialismo y democracia*. pp. 194-222

plazos de protección de las obras protegidas por el derecho de autor, o cual hacen que sea más difícil acceder al dominio público y, por lo tanto, son considerados en teoría económica como un peso muerto, causado por la explotación comercial de catálogos huérfanos o añejos ni el disfrute por parte de la comunidad en general.



Los economistas han identificado tres efectos principales derivados del análisis económico de la propiedad intelectual: las carreras de patentes, la naturaleza acumulativa del progreso técnico y artístico y la tragedia de los anticomunes.²⁸

Ninguna de las dos alternativas parece imponerse, pero es claro que cada uno de los modelos o paradigmas tiene mucho que dar de sí. Quedará en manos de cada país enfrentar dichas posiciones dentro del marco de las cada vez más restringidas soberanías nacionales, para determinar cuál es la mejor alternativa para un país, una firma o una institución que se inscribe dentro de un análisis que le brinda la innovación y el cambio tecnológico.

1.2. Naturaleza jurídica de los derechos del autor

Según la doctrina jurídica y el derecho positivo la naturaleza de la propiedad intelectual se ubica en las siguientes posiciones:

1.2.1. Teoría de la propiedad: surge a partir de la Revolución Francesa (1793) al instituir una ley para proteger a los autores de obras intelectuales como un verdadero derecho real de propiedad. En donde la propiedad autoral es considerada como un poder jurídico directo e inmediato sobre la producción de la inteligencia y de la que se pueden obtener todas las satisfacciones que el bien pueda producir.

²⁸ T. Baylos. *Tratado de derecho industrial*. pp. 918-945

Sin embargo, entre 1810 y 1860 la jurisprudencia francesa incorpora los derechos morales personalísimos, que ligan al autor a la obra después de la enajenación y se le otorga el derecho a oponerse a la modificación y a la divulgación; y para 1878 en la Conferencia Internacional de París se establece derecho natural del hombre respecto de sus ideas.



En tal sentido se observa que las denominaciones están influenciadas por las ideas iusnaturalistas de la época, por lo que la posición del derecho real cambia y da origen a la teoría de los derechos personales (o personalísimos).

- 1.2.2. Teoría del derecho personal o personalísimo: esta teoría es propuesta por Kant (1724-1804) en Francia y Alemania y posteriormente por Gierke (1841-1921), en la que se considera que la producción de una obra (intelectual) es producto de la persona y como tal debe ser considerada extensión de la personalidad que se manifiesta por medio de la creación material, este derecho es independiente del derecho patrimonial.
- 1.2.3. Esta teoría da origen al derecho moral, al considerar que la propiedad intelectual constituye un derecho inherente a la persona del autor, el cual agrega Kant, es inalienable al autor, quien mediante su discurso ideológico sobre los derechos personales y la naturaleza incorporea de estos influencia a Köhler, quien considera a la propiedad intelectual dentro de los bienes inmateriales.²⁹
- 1.2.3. Teoría de los derechos sobre los bienes inmateriales: elaborada por Köhler³⁰, quien sostiene que este tipo de derechos tienen su origen en la creación. Argumenta que si el trabajo constituye el fundamento de la propiedad, al mismo tiempo que su fuerza originaria, toda creación debe ser

²⁹ C. Pérez de Ontiveros Baquero. *Derecho de Autor: la facultad de decidir la divulgación*. p. 37

³⁰ G. Köhler. *Manual de Propiedad industrial*. p. 18.

un modo de adquirir derechos sobre el objeto creado. En consecuencia, la creación de un bien inmaterial (obra artística o literaria, una marca o invención) confiere a su creador un derecho que se manifiesta principalmente en la posibilidad de disponer de él del modo más completo. El bien inmaterial es el objeto de este derecho, ideas que coincidían con las de Schopenhauer en creer que la obra intelectual es propiedad del autor y con la idea de Picard en cuanto a que era necesaria una categoría de derechos para diferenciarlos de los derechos reales personales y las obligaciones, propuesta por los jurisconsultos romanos. A criterio de Joao de Gama Cerqueira, la principal aportación de Köhler es otorgarle a la propiedad inmaterial un carácter de temporalidad para diferenciarlo de la perpetuidad que caracteriza a la propiedad material, agregando, además, la clasificación de bienes inmateriales de la propiedad intelectual a la categoría tradicional de corporales e incorporeales³¹

- 1.2.4. Teoría del derecho real sobre cosas incorporeales: esta teoría considerada ecléctica es propuesta por Ferrara y Rodríguez Arias, en la que se explica que el derecho de propiedad intelectual, aunque no reúne los requisitos de la propiedad en general, puede ser considerada como un derecho real, pero sobre cosas incorporeales. Esta teoría se apoya en las ideas de Köhler y la teoría francesa de la propiedad apoyada por Puig Brutau y G´merzSegade en la doctrina española³²

Esta teoría no reconoce la naturaleza material de la obra real, por considerar únicamente los bienes inmateriales, en la que se materializa la obra intelectual que garantiza el respeto de la actividad personal del creador y de la cual no se puede separar. Se refiere fundamentalmente a una cosa incorporal, pero no incluye el proceso intelectual de abstracción, como un derecho personal propio de la naturaleza humana.

³¹ J. Cerqueira. *El derecho de Autor como Derecho de Propiedad*. p. 260.

³² C. Correa y S. Bergel. *Patentes y Competencia*. 1996

- 1.2.5. Teoría del privilegio o monopolio de derecho privado: esta teoría se apoya fundamentalmente en la idea de la naturaleza del derecho que el Estado le otorga al creador de la obra intelectual para explotarla de manera exclusiva en su beneficio por un tiempo determinado (Laband, Roguin y Valverde)³³

Esta teoría no se refiere a la naturaleza esencial de la propiedad intelectual, su deficiencia estriba principalmente en el hecho de no reconocer la creación intelectual propiamente dicha, sino solamente el derecho como privilegio o monopolio que se otorga al editor para la explotación material de la obra del ingenio. La naturaleza de esta teoría se refiere a la de la concesión del privilegio otorgado por el soberano a los librerías, artistas e industriales, y no a los autores de la obra, lo cual impedía tener una teoría del derecho de autor o de propiedad intelectual en relación con la persona generadora de conocimientos.

- 1.2.6. Teoría del derecho patrimonial: producto del tratadista francés Josserand, quien apoyado en la teoría de Picard, manifiesta que al lado de los derechos reales y los personales o de crédito, en una categoría específica se encuentran los derechos patrimoniales (no en el sentido económico, sino en la connotación de pertenecer a su patria o ser herencia de su padre), la cual está constituida por los derechos intelectuales a los que denomina indistintamente derechos de clientela³⁴

Esta teoría responde a una clasificación de los derechos subjetivos. En lo que corresponde a los derechos personales y de crédito son derechos diferentes, porque los personales se refieren a los derechos de la persona por su naturaleza y los de crédito corresponden a las obligaciones.

³³ J. Nava Negreta. *Derecho de Marcas*. p. 136

³⁴ Enciclopedia jurídica OMEBA. p. 363



- 1.2.7. Teoría del derecho intelectual: su creador Edmond Picard agrega una cuarta categoría a los derechos reales y obligaciones; introduciendo el concepto de derechos intelectuales y afirmando que están integrados por dos elementos: uno moral y otro patrimonial. La idea de Picard en cuanto a la producción intelectual no hace referencia a su naturaleza y diferenciando los derechos intelectuales de los reales y los personales únicamente por su nomenclatura.
- 1.2.8. Teoría del derecho personal-patrimonial: esta teoría explica la propiedad intelectual como representación de un derecho de dominio sobre bienes intelectuales, que por su naturaleza abarca un contenido de aspectos de carácter personal y de carácter patrimonial, por lo que se debe considerar como derecho personal-patrimonial.
- 1.2.9. Teoría del derecho de propiedad especial: propuesta por Claudio Couhin, quien sostiene que la propiedad industrial es una propiedad especial, que posee un conjunto de reglas particulares y expresas que la propiedad intelectual se caracteriza fundamentalmente por el derecho exclusivo de reproducción. Esta teoría está orientada al derecho sobre la obra material y el derecho de explotación de esta, y no considera el proceso de abstracción intelectual previo a la producción material.
- 1.2.10. Teoría del privilegio cultural: esta teoría influenciada por el realismo y el empirismo considera que la cultura necesariamente es considerada como un patrimonio de la sociedad, expresando que la esencia de la propiedad intelectual es su condición formal en donde el hombre ha participado para su producción.
- 1.2.11. Teoría del privilegio público: tiene su origen en los privilegios otorgados por el rey durante la edad media y el renacimiento hasta antes de los movimientos ideológicos del propio Renacimiento; privilegios que eran



otorgados a los industriales, editores y demás corporaciones sobre la explotación patrimonial de las obras intelectuales. Se evidencia además de la intención económica el interés político de control de las ideas de la época.

Las teorías antes descritas señalan que el trabajo intelectual es creador de propiedad, en donde el hombre pone de manifiesto su esfuerzo y su inteligencia a los objetos materiales que la naturaleza pone a su disposición para producir cosas nuevas o agregarle valor a las existentes. Y lo es más aun cuando el hombre emplea su inteligencia y su sensibilidad para crear obras -bellas y útiles- en las cuales plasma su propia personalidad. Como producto de su ingenio resultan inseparables como resultado del acto creador y como tales, le brindan un gozo espiritual y al mismo tiempo, se incorporan a su patrimonio como elementos productores de riqueza.

La aceptación de la teoría de la propiedad de los derechos intelectuales, no significa que se rechacen los planteamientos de las demás. Sin embargo, en la actualidad parece que esta teoría es la que se ajusta a la realidad y la que resulta compatible con la categoría de los derechos intelectuales de Picard o de los bienes inmateriales de Köhler.

El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad intelectual y su consecuente categorización como derecho humano implica la constante evolución experimentada en esta disciplina, hasta el punto de que se considera que se excede en la protección (la cual responde a requerimientos de empresas multinacionales en vez de los derechos fundamentales de las personas físicas), tradicionalmente asociados a la protección de libertades civiles y políticas de los ciudadanos.

La constante expansión de los derechos de propiedad intelectual plantea en la actualidad cuestiones relativas a posibles conflictos con otros derechos

fundamentales como el derecho a la vida, la salud, la privacidad, la libertad de expresión, la educación, el acceso a la información, el disfrute de la cultura, entre otros.



La protección de la explotación de la obra defiende no solo los intereses económicos del autor, sino, de igual forma, las facultades que tiene este sobre el objeto creado, pero es sumamente difícil separar los intereses de otras facultades, luego el sector económico y el ideal, aunque no son el mismo, generan unas relaciones cercanas que son las que permiten la protección de intereses morales a través de facultades patrimoniales y viceversa ³⁵

³⁵ E. De la Parra Trujillo. *Derechos humanos y derechos de autor*. pp. 274-284



CAPÍTULO II

Acceso a la información y otros materiales a las personas con discapacidad visual



En la mayoría de las actividades humanas la información es percibida por las personas a través de la vista. Situación que ha provocado buscar medios y modos alternativos de acceso para las personas con discapacidad visual para que la falta de visión no represente mayor barrera que la limitación propiamente dicha.

Es bien sabido que para las personas con discapacidad visual, el oído y el tacto pasan a ser los principales canales en la recepción de la información, mientras que para las personas con deficiencia visual el resto de visión que poseen es un recurso a explotar.

Como producto de varios intentos por representar las letras en relieve, fue inventado el sistema Braille, cuyo nombre se debe a su inventor Luis Braille, cuya importancia, radica en su sencillez, considerado como el código de lectoescritura perfecto no ha podido ser superado y en la actualidad se sigue conservando prácticamente con la misma estructura original, pues únicamente se han adoptado de manera opcional dos puntos que han permitido una mayor posibilidad en el número de elementos a representar y una mejor compatibilidad con la informática.

Los únicos inconvenientes que representa este sistema son el excesivo volumen que ocupa el material impreso y el alto coste de su producción. Ante estos inconvenientes han surgido métodos complementarios de lectura como las grabaciones en cinta magnetofónica, las cuales permiten ampliar la bibliografía y son de fácil acceso permitiendo reducir los costes económicos y el tiempo de producción.

En la actualidad el uso de ordenadores posibilita a las personas con discapacidad visual el acceso a la mayoría de obras impresas sin tener que esperar grabaciones o transcripciones. El auge de la informática y las empresas dedicadas a la producción de materiales para personas con discapacidad visual han permitido el diseño de dispositivos específicos de almacenamiento y procesamiento de información.



Estos dispositivos han evolucionado con el tiempo de manera que cada vez se reducen en tamaño y su manejo resulta más sencillo, también han mostrado avances en cuanto a la compatibilidad con impresoras de menor coste. Aunque la tecnología para salida en -braille es mucho más cara, aun sigue siendo la preferida por las personas con discapacidad visual, ante la parlante que brinda facilidad y mayor velocidad en el trabajo, pero proporciona una cantidad menor de información o la ofrece con menos precisión.

El uso de algunos software permite explorar la pantalla, otros amplían la letra o hacen posible el cambio de colores para conseguir un mejor contraste. Todos estos programas o lectores de pantalla se han tenido que ir modificando para hacer posible el uso de Windows, es así como lo que antes se consideraba inalcanzable hoy es una realidad por el cambio y actualización continua de los instrumentos y programas tiflotécnicos que permiten el aprendizaje y la reducción de recursos económicos.

Las personas con discapacidad visual empezaron a acceder a la internet a través de la inauguración del proyecto tflonet, a finales del año 1995, la cual era una web hecha por y para personas ciegas que pretendía ayudar a los exploradores que se incorporaran al uso de la red.

En la actualidad existe en el ámbito internacional las recomendaciones W3C-WAI (Web Accessibility Initiative del World Wide Web Consortium), las que constituyen la referencia en cuanto a criterios y estrategias de accesibilidad a

internet; su cumplimiento facilita el trabajo con pantallas pequeñas y desde luego que sean utilizadas por personas con discapacidad.



La internet es considerada actualmente como un medio inestimable de acceso a la información para las personas con discapacidad visual, incluso con la evolución que ya ha alcanzado la red, este canal de comunicación puede tener una función en muchos casos compensatoria al facilitar actividades que se realizan con alguna dificultad.

Es necesario considerar las adaptaciones y el uso de los instrumentos específicos para personas con discapacidad visual que proporciona la tecnología actual para lograr el mejor acceso a los medios de información y comunicación utilizados comúnmente por las personas videntes y con ello contribuir a la integración de la sociedad.

2. Acceso a la información, obras literarias, material electrónico y otros materiales a las personas con discapacidad visual

En el ámbito nacional existe un considerable número de personas con dificultades visuales severas denominadas “personas con baja visión” y “personas ciegas”.

Para este grupo de personas el acceso a la información y a otros materiales es un factor fundamental en el proceso de integración a la sociedad (en los diferentes ámbitos, social, educativo, económico, laboral y cultural), el cual descansa en el derecho a la igualdad de oportunidades contenido en el artículo 4 de la Constitución Política de la República, el derecho a la educación fundado en el artículo 71 del mismo cuerpo legal, el derecho a la cultura (57), el derecho al trabajo (101) y específicamente el contenido en el artículo 53 que garantiza la protección de los minusválidos (término que ha sido modificado en otras

legislaciones por considerarse inadecuado y peyorativo) y personas que ~~adolescen~~ de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, el cual declara en su texto ~~que es~~ de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de ~~políticas~~ y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral ~~a la~~ sociedad, los cuales son los pilares para la integración de este grupo de personas a la sociedad.



En este sentido, particularmente al considerar la necesidad de un instrumento jurídico que constituyera una herramienta eficaz al servicio de las personas con discapacidades, así como sus padres y demás familia, para que sea posible el ejercicio de sus derechos humanos y al mismo tiempo crear las condiciones para el mejor cumplimiento de sus obligaciones como ciudadanos sin ser sujetos de discriminación, se emitió el Decreto 135-96 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de atención a las personas con discapacidad, el cual declara en su artículo número 1 que es de beneficio social el desarrollo integral de las personas con discapacidad, física, sensorial y/o psíquica (mental), en igualdad de condiciones, para lograr su participación en el desarrollo económico, social, cultural y político del país.

Dicha ley enumera como sus objetivos en su artículo 2; la garantía de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en ámbitos como: salud, educación, trabajo, recreación, deportes, cultura entre otros, libre de discriminación, estableciendo los principios básicos en los que descansará la legislación específica, así como las bases jurídicas y materiales que le permitan a la sociedad guatemalteca adoptar las medidas necesarias para la equiparación de oportunidades y la eliminación de cualquier tipo de discriminación para fortalecer los derechos y deberes fundamentales de las personas con discapacidad a través de la creación de un ente coordinador, asesor e impulsor de las políticas en materia de discapacidad.



Este mismo cuerpo legal en su artículo 3 define: “Se considera como discapacidad cualquier deficiencia física, mental o sensorial, trastorno de talla o peso, genética, congénita o adquirida, que limite sustancialmente una o más actividades consideradas normales para una persona”; dicha definición centraliza la discapacidad en la deficiencia de la persona y, que a partir de esta se ve limitada en sus capacidades para desarrollar actividades consideradas normales de realizar. Es por ello en tal clasificación deben incluirse en este grupo, a las personas ciegas y personas de baja visión.

La creación de la Ley de Atención a las personas con discapacidad es el punto de partida para que las propias personas con discapacidades inicien a demandar sus derechos, entre ellos los de participación e integración a la sociedad y como fundamento de ello el derecho a decidir por sí mismas de acuerdo con sus limitaciones, paralelamente a reclamar en forma progresiva el acondicionamiento de su entorno para que sea propio y facilite su participación en los diferentes ámbitos políticos, sociales y económicos.

El cambio de prototipos y la propuesta de transformación de las estructuras institucionales es definida al adoptarse la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ratificada por el estado de Guatemala mediante Decreto 59-2008 del Congreso de la República, lo cual obligó al Estado a revisar y reformar su legislación interna con el propósito de armonizarla, en cumplimiento del contenido del artículo 4, párrafo 1, literales a) y b) de esa Convención y de las observaciones emitidas por Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.³⁶

³⁶ Artículo 4. Obligaciones generales. 1. Los estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y la libertades fundamentales de la personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad(...) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Naciones Unidas.

El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación, haciendo énfasis en que solo una educación inclusiva ofrece educación de calidad, superando las barreras que impiden desarrollo social. La educación inclusiva debe constituir una garantía de universalidad, y no discriminación, dando paso al reconociendo del derecho de la igualdad de oportunidades para la respectiva competitividad dentro del ámbito de aprendizaje superando los estereotipos y temores infundados, permitiendo la capacitación de docentes y la creación de los mecanismos adecuados para ofrecer los incentivos y ajustes necesarios encaminados a la inclusión de las personas con discapacidad con la debida coordinación interministerial, el apoyo y la sostenibilidad.

En el tema de reconocimiento se aborda la necesidad de implementar medidas de apoyo personalizadas para que se facilite su formación y fomenten al máximo el desarrollo académico y social de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

En el caso especial de las personas con discapacidad visual debe facilitarse el aprendizaje del Sistema de Lectoescritura Braille, la escritura alternativa, asimismo, otros medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos, habilidades de orientación de movilidad considerándolos con la misma importancia que la tutoría y el apoyo entre pares, destaca, asimismo, que debe considerarse especialmente a los niños y velar por que se imparta la educación en los lenguajes y los módulos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo; medidas que son descritas en las literales a) y c) del numeral 3 del artículo 24 de la Convención.

En el mismo orden de ideas la Convención en su numeral 4 del artículo 24 establece, que deben adoptarse las medidas pertinentes para permitir la contratación de maestros con discapacidad que posean las habilidades de lenguaje de señas o Braille para que trabajen en los distintos niveles educativos, lo





cual permitirá la toma de conciencia de la población sobre la discapacidad y la necesidad del uso de los diversos modos y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados así como de las técnicas y materiales educativos.

La Convención regula en el numeral 5 del mismo artículo que, las personas con discapacidad deben tener acceso en forma generalizada a la educación superior, a la formación profesional, a la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás personas, debiéndose asegurar por parte del Estado los ajustes necesarios, lo cual debe ser considerado desde la perspectiva de los derechos humanos en relación con la discapacidad para que sean superadas las barreras de la comunidad y de la sociedad que se manifiestan en la persistencia de la discriminación contra las personas con discapacidad y que lleva a su aislamiento propiciando prejuicios y temores infundados.

Para la realización de los ajustes de la estructura educativa y lograr una educación inclusiva y de calidad es necesario que exista voluntad política, de capacidad y conocimientos técnicos para hacer requerimientos puntuales, los cuales deben estar basados en datos precisos y de investigación, los cuales servirán de base para la gestión de creación de políticas eficaces que tienen como finalidad la financiación adecuada y suficiente para los proyectos de beneficio para promover la educación inclusiva de las personas con discapacidad en todos los niveles, así como garantizar los mecanismos de defensa en contra de violaciones.

Debe reconocerse que la inclusión comprende el acceso a una educación formal o informal de calidad, no discriminatoria que tiene por objeto permitir a las comunidades reconocer la diversidad, promover la participación y superar los obstáculos que dificultan el aprendizaje y la participación de todos centrándose en el bienestar y el éxito de los alumnos con discapacidad, lo cual requiere una profunda transformación de los sistemas educativos, en las esferas de legislación

y políticas y mecanismos para financiar, administrar y diseñar, supervisar e impartir la educación.



En este sentido el derecho de igualdad debe entenderse como un derecho en virtud del cual se reconoce y garantiza a los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad y sin discriminación. Sin embargo, para que este derecho sea realmente efectivo, requiere que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, eso quiere decir que el legislador debe contemplar la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento específico, siempre y cuando que dicha diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valorización.

En tal sentido debe atenderse a la igualdad tanto en su sentido formal como material, en donde respecto al formal es propio dar un tratamiento desigual a los desiguales (derecho de igualdad ante la ley), en tanto en afinidad con el material se deberán considerar circunstancias de sexo, religión, etnia, estado civil entre otros (derecho de igualdad en la ley).

Al respecto la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente No. 141-92 en la sentencia emitida expresa:

El principio de igualdad, plasmado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente objetivo se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad, hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar o diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una

justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución acoge.³⁷



La importancia de la inclusión a la educación de las personas con discapacidad circunda sobre la necesidad del desarrollo de la sociedad, lo cual es posible únicamente por medio del acceso a los recursos para participar plenamente en las comunidades.

En la actualidad los nuevos programas de reproducción y grabación del libro hablado digital son los adelantos tecnológicos que benefician cada día a más personas con discapacidad visual.

Los nuevos desarrollos en programas lectores que trabajan en ambiente Windows utilizando tecnología de texto a voz (TTS por sus siglas en inglés Text to Speech) para que las personas con limitaciones visuales puedan leer los libros sin necesidad de lectores de pantalla adicional; los lectores Telex, que funcionan en forma portátil en los dos niveles de estructuración más sencillos de DAISY, es decir que permiten diferenciar en una obra literaria capítulos y títulos y que se encuentran incorporados a un reproductor de discos que puede leer igualmente archivos de sonido en formatos MP3 o WAV, son las herramientas tecnológicas de punta imprescindibles para la potenciación de las personas con discapacidades visuales.

En el año 2013 los estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual acordaron el texto del tratado denominado tratado de "libros para los ciegos" (como se lee en su página web) en el Reino de Marruecos, el cual tiene como objetivo facilitar la producción y transferencia entre países de libros especialmente adaptados para personas con discapacidad visual y con ello facilitar el acceso a la información, trayendo consigo ahorros y sobre todo el acceso a más libros para más personas.

³⁷ Gaceta No. 24, expediente No. 141-92, página No. 14, sentencia 16-06-92)

El *Tratado de Marrakech* es el primer tratado sobre derechos de autor pensado para proteger a los usuarios, y no para proteger los intereses económicos de sus titulares. El *Tratado de Marrakech* persigue que se realice la digitalización de cualquier libro y que las versiones puedan circular e intercambiarse entre instituciones de diferentes países (a través del intercambio transfronterizo), evitando con ello la duplicación de esfuerzos en la digitalización de las mismas obras, produciendo a la vez mayor eficiencia en la instrumentación de la accesibilidad.

En Guatemala las personas con discapacidad visual no solo se ven privadas al acceso a las obras literarias o científicas, sino también son afectadas en su derecho humano básico a la educación y por consiguiente al derecho a la cultura; con el uso de los actuales medios tecnológicos las personas con discapacidad visual pueden acceder a cualquier libro a través de un simple software lector de pantalla; sin embargo, el mayor problema que enfrentan es que ni las bibliotecas ni las organizaciones especializadas en su atención, cuentan con la autorización para generar y proporcionar al interesado la versión digital adecuada para utilizar esta tecnología.

Es por lo expresado en el párrafo anterior que la implementación del procedimiento para la aplicación del *Tratado de Marrakech* en pro de sus beneficiarios es de gran importancia.

2.1. Entidades que brindan el servicio a personas con discapacidad visual

Para garantizar el acceso a la literatura y a las obras artísticas a las personas con discapacidad visual, el *Tratado de Marrakech* en el Artículo 2, literal c) define "entidad autorizada de la siguiente forma:



Artículo 2 [...] c) Por “entidad autorizada” se entenderá toda entidad autorizada o reconocida por el gobierno para proporcionar a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación, pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información. Se entenderá también toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales.

Una entidad autorizada establecerá sus propias prácticas y las aplicará,

- i) a fin de determinar que las personas a las que sirve sean beneficiarias;
- ii) a fin de limitar a los beneficiarios y/o a las entidades autorizadas la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible;
- iii) a fin desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados; y
- iv) a fin de ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras y mantener registros de dicho uso, respetando la intimidad de los beneficiarios de conformidad con el artículo 8.

Del texto del artículo 2 del *Tratado de Marrakech*, se deduce que las entidades autorizadas para proporcionar a los beneficiarios servicios de educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información pueden ser:

- a) Instituciones autorizadas por el gobierno
- b) Instituciones reconocidas por el gobierno
- c) Instituciones gubernamentales
- d) Organizaciones no lucrativas

En Guatemala, el grupo de las instituciones autorizadas por el gobierno, se reconocen como Asociaciones Civiles No Lucrativas, Patronatos y comités sin ánimo de lucro (de conformidad con el Artículo 15, numeral 3 del Código Civil

Decreto Ley 106 de Guatemala); Sociedades Civiles, Iglesias, Fundaciones, Universidades privadas, Sucursales o Agencias de Entidades Extranjeras, Organizaciones no gubernamentales con apoyo financiero o donaciones del exterior que estén debidamente inscritas en el Registro de Personas jurídicas del ministerio de Gobernación de la República de Guatemala.



Al grupo de las instituciones reconocidas por el gobierno pertenecen todas aquellas que fueron autorizadas en su debido momento e inscritas en la Municipalidad o bien a través de un acuerdo y que son incluidas en el registro de personas jurídicas.

En el grupo de las instituciones gubernamentales se encuentran las que pertenecen al gobierno a través de cualquiera de las dependencias estatales, que pueden cumplir con las funciones encomendadas, en esta lista aparecen las escuelas, bibliotecas, organizaciones de atención de salud y agrupaciones, cuyas actividades procuran beneficiar a la sociedad integralmente.

En tanto que dentro del grupo de las organizaciones no lucrativas se aglomeran todas aquellas instituciones que han sido autorizadas o reconocidas por el gobierno y que pueden o no recibir apoyo financiero de parte de este último y/o de donaciones extranjeras para llevar a cabo sus servicios.

Como es apreciable resultan un grupo amplio de instituciones que pueden pasar a ser "entidades autorizadas", de acuerdo al texto del *Tratado de Marrakech*, y brindar servicios a las personas con discapacidad visual y que dichos servicios deben girar en cuanto a la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible para con ello desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de materiales no autorizados o sea producto de la piratería.

Entonces en el mismo orden de ideas y de acuerdo con la definición proporcionada en el artículo 2 se puede afirmar que mediante el *Tratado de*

Marrakech se faculta a las denominadas “entidades autorizadas”, para producir ejemplares en formato accesible, así como obtenerlos por medio de beneficiarios y otras entidades (autorizadas) y distribuirlos o ponerlos a disposición de las personas que necesiten y a entidades autorizadas de otros países, pues con ello se cumpliría el objetivo global del *Tratado de Marrakech* de superar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad de lectura para hacer y compartir ejemplares en formatos accesibles en la actualidad.



Además, se define a una entidad autorizada como aquella que debe crear, aplicar y seguir sus propias prácticas para determinar que efectivamente a las personas que van dirigidos sus servicios son únicamente los beneficiarios, así como implementar los procedimientos necesarios y que brinden seguridad para que los ejemplares de las obras lleguen a manos de los beneficiarios que se encuentren registrados, asegurando a la vez el respeto a la intimidad de estos en el mismo sentido de igualdad con las personas que no adolecen de discapacidad.

Además, el Artículo 2, literal c) del *Tratado de Marrakech* establece que se requiere que una entidad autorizada limite su distribución de ejemplares en formatos accesibles a personas beneficiarias u otras entidades autorizadas, por esta razón y por la diversidad de organizaciones que pueden calificar como entidades autorizadas, hay una amplia variedad de prácticas que son consecuentes con el texto del artículo citado, situación por la que debe considerarse que efectivamente una organización puede dedicarse bien a una sola actividad para ser considerada entidad autorizada, o a varias de ellas.

Prácticas de las entidades autorizadas

En la segunda parte del Artículo 2, literal c) del *Tratado de Marrakech* se describen las cuatro prácticas que deben realizar las entidades a las que se les considerará entidades autorizadas y que se relacionan con el cumplimiento del

Tratado de Marrakech, o sea producir, acceder y compartir o distribuir a través de las fronteras copias en formatos accesibles.



Tres de las cuatro prácticas procuran asegurar que la aplicación de sus acciones sean desarrolladas en nombre de las personas beneficiarias y otras entidades autorizadas para conseguir la mayor cobertura posible, sin que las personas grupos y organizaciones que se califiquen para ello se beneficien de estas actividades y lesionen los derechos de autor; en tanto que la cuarta práctica regula que las entidades autorizadas deben tener los cuidados al procesar y manipular las copias de las obras, debiendo mantener el respectivo registro para su control y, asimismo, establecer las normas para el respeto a la intimidad de las personas beneficiarias a quienes se les proporcionará el material.

Las cuatro prácticas descritas son acumulativas y según el texto del tratado deben ser las propias entidades, las que deben establecer responsablemente y de buena fe el procedimiento de cumplimiento, pues en el mismo tratado no se establece ninguna norma que reconozca poder alguno sobre el gobierno de la entidad para que controle o inspeccione el desempeño de las actividades o registros de las entidades autorizadas para verificar su cumplimiento, por lo que deberá recurrir a normas nacionales.

En el texto del *Tratado de Marrakech*, tampoco se requiere que el gobierno imponga una acreditación o certificación obligatoria con respecto a las prácticas, para su respectivo reconocimiento como entidad autorizada, pues esto repercutiría en gastos o cargas financieras que resultarían limitativas para las entidades de las naciones en vías de desarrollo, con lo que se frustraría el objetivo global del tratado, de cobertura a nivel de todo el orbe.

Los servicios que deben brindar las entidades autorizadas, sin ser acumulativas, a los beneficiarios son descritos en el texto del primer párrafo del Artículo 2, literal c), los cuales son:



- Educación
- Formación pedagógica
- Lectura adaptada
- Acceso a la información

En la redacción y enumeración de las actividades, el uso del nexo gramatical 'o' es por naturaleza disyuntiva que denota la separación o alternativa entre las actividades, esto quiere decir que una entidad puede brindar cualquiera de esos servicios en forma especializada (solo un servicio de los cuatro) o bien acompañar alguno de ellos a otros servicios propios de la institución o en todo caso brindar todos los servicios con sus respectivas derivaciones.

El requisito principal de las entidades autorizadas es brindar servicios a las personas con discapacidad de lectura como una de las primordiales actividades u obligaciones institucionales, de esa cuenta es que la interpretación del artículo 2, literal c) del *Tratado de Marrakech* debe ser amplia, pues esto hace posible incluir a las instituciones educativas, bibliotecas, organizaciones de atención de salud y grupos de la sociedad civil no lucrativos que están abiertos al público en general o que atienden a una base más amplia de miembros y cuya función primaria es distribuir materiales a las personas con discapacidad de lectura.

Incluir a las organizaciones anteriores como entidades autorizadas impulsa los objetivos de los derechos humanos del tratado, permite que estas alcancen más cobertura brindando los servicios a bajo costo y aprovechando óptimamente la financiación generosa que reciben e incrementan las oportunidades de educación y formación a personas con discapacidad cuyo fruto se reflejará en la integración social.

Las instituciones autorizadas y reconocidas por el gobierno pueden ser instituciones privadas no lucrativas y con fines educacionales, en el caso de Guatemala, por ejemplo, se puede mencionar al Benemérito Comité Prociegos y

Sordos, que es una entidad prestadora de servicios a personas con discapacidad de lectura, que podrá ser reconocida o aprobada por el gobierno también como entidad autorizada para los efectos del *Tratado de Marrakech*.



Para el reconocimiento como entidad autorizada, el gobierno puede adoptar un proceso para que las organizaciones soliciten el mismo o establecer criterios que toda vez sean cumplidos, se presupone que se le conferirá tal condición. Dichos procesos o criterios pueden ser incluidos en la legislación mediante las excepciones o limitaciones que se deriven de la aplicación del tratado, o bien mediante las reglamentaciones administrativas.

Indistintamente del método que se adopte, el Estado tiene que garantizar la seguridad de que las organizaciones a las que se reconozca como Entidades Autorizadas con base al texto del Artículo 4, numeral 2, literal a) del *Tratado de Marrakech*, tienen la facultad de realizar un ejemplar en formato accesible de las obras, obtener de otra entidad autorizada un ejemplar en formato accesible, así como suministrar dichos ejemplares a los beneficiarios por cualquier medio, incluyendo el préstamo no comercial de estos o poderlos brindar por medios electrónico, alámbrico e inalámbrico tomando en todo y cualquier caso en particular las medidas necesarias para alcanzar los objetivos.

Según el texto del artículo 4, numeral 2, literal a) del *Tratado de Marrakech*, para efecto de la ejecución debida de las actividades de las entidades autorizadas deberán cumplirse las condiciones siguientes:

- i. Que la entidad autorizada que desee realizar dicha actividad tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de esta;
- ii. Que la obra sea convertida a un formato accesible, que puede incluir cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, pero no introduzca más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a la obra;



- iii. Que dichos ejemplares en formato accesible se suministren **exclusivamente** a los beneficiarios; y
- iv. Que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro

De esta forma el *Tratado de Marrakech* busca subsanar la escasez de ejemplares de obras intelectuales en formatos accesibles, al exigir a las Partes Contratantes que adopten disposiciones en sus respectivas legislaciones nacionales que permitan la reproducción, distribución y puesta a disposición al público de las obras publicadas en formato accesible, dando como resultado limitaciones a los derechos de los titulares de las obras protegidas correspondientes.

El *Tratado de Marrakech* también prevé el intercambio transfronterizo de las obras en formato accesible entre organizaciones que estén al servicio de personas con discapacidad visual, lo cual también debe ser regulado mediante una limitación o excepción o mandato legal de acuerdo con el artículo 5 que regula:

Artículo 5: Intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible:

1. Una Parte Contratante dispondrá que, si un ejemplar en formato accesible es realizado en virtud de una limitación o de una excepción o por ministerio de la ley, ese ejemplar en formato accesible podrá ser distribuido o puesto a disposición por una entidad autorizada a un beneficiario o a una entidad autorizada en otra parte contratante.
2. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5.1) mediante el establecimiento de una limitación o excepción en su legislación nacional de derecho de autor de modo que:
 - a) Se permitirá a las entidades autorizadas, sin la autorización del titular de los derechos, distribuir o poner a disposición para uso exclusivo de los beneficiarios ejemplares en formato accesible a una entidad autorizada en otra Parte Contratante; y



b) Se permitirá a las entidades autorizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.c), distribuir o poner a disposición ejemplares en formato accesible a los beneficiarios que se encuentren en otra Parte Contratante, sin la autorización del titular de los derechos.

Siempre y cuando, antes de la distribución o la puesta a disposición, la entidad autorizada originaria no supiera, o no hubiera tenido motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas distintas de los beneficiarios.

3. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5.1) mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.4), 10 y 11.

4. a) Cuando una entidad autorizada de una Parte Contratante reciba ejemplares en formato accesible de conformidad con el artículo 5.1) y dicha Parte Contratante no tenga obligaciones dimanantes del artículo 9 del Convenio de Berna, se asegurará de que, de conformidad con su propio ordenamiento jurídico y prácticas legales, los ejemplares en formato accesible solo sean reproducidos, distribuidos o puestos a disposición en favor de los beneficiarios en la jurisdicción de dicha Parte Contratante. b) La distribución y la puesta a disposición de ejemplares en formato accesible por una entidad autorizada conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1) se limitará a esa jurisdicción a menos de que la Parte Contratante sea parte en el tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor o circunscriba por otros medios las limitaciones y excepciones en la aplicación del presente tratado al derecho de distribución y al derecho de puesta a disposición del público en determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. c) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afecta la determinación de lo que

constituye un acto de distribución o un acto de puesta a disposición del público.

5. No se hará uso de ninguna disposición del presente tratado en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos.



Esta previsión constituye una armonización necesaria, pues en la práctica los sistemas de límites en esta materia varían mucho de una legislación nacional a otra.

Por otra parte el *Tratado de Marrakech* tiene por finalidad dar garantías a los autores y editores en el sentido de que las obras publicadas no se verán expuestas a uso indebido o a la distribución a personas distintas de los beneficiarios en él previstos y para ello al igual que otros tratados internacionales este cita la regla de los tres pasos; en su Preámbulo, expone que la incorporación de dicha regla obedece no solamente en cumplimiento de una obligación internacional, sino que también por su carácter flexible y más adelante en el artículo 11 estipula:

Artículo 11. Obligaciones generales sobre limitaciones y excepciones

Al adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación del presente tratado, una Parte Contratante podrá ejercer los derechos y deberá cumplir las obligaciones que dicha Parte Contratante tenga de conformidad con el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y el tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, incluidos los acuerdos interpretativos de estos de manera que:

- a) De conformidad con el artículo 9.2) del Convenio de Berna, una Parte Contratante podrá permitir la reproducción de obras en determinados casos especiales, siempre que esa reproducción no atente a la



explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

- b) De conformidad con el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, una Parte Contratante circunscribirá las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos;
- c) De conformidad con el artículo 10.1) del tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante podrá prever limitaciones y excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores en virtud del tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; y
- d) De conformidad con el artículo 10.2) del tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante restringirá, al aplicar el Convenio de Berna, cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Con base al contenido del artículo citado textualmente, se deduce que el *Tratado de Marrakech* faculta a las entidades autorizadas para que reproduzca la obras, toda vez sea en beneficio de las personas con discapacidad visual o ciegas (sin discriminación o restricción el contenido del texto), siempre y cuando esta reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, lo cual manifiesta, está en concordancia con el artículo 9.2) del Convenio de Berna, del artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, 10.1) y 2) del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho



de Autor, que incluyen y se refieren a la regla de los tres pasos que será ~~abordada~~ en el capítulo siguiente con especialidad.

En Guatemala existen diversas entidades que brindan servicios a personas con discapacidad visual. Estas instituciones desarrollan diversas actividades como inserción a eventos como poesía, cuentos, declamación, participación en eventos artísticos y deportivos, ajedrez, formación en Derechos Humanos, transcripción de libros, estimulación visual, asistencia médica, entrenamiento en orientación y movilidad, terapia ocupacional, técnicas de seguridad, talleres de lecto-escritura, escritura braille, rehabilitación, información social, capacitaciones y accesibilidad de los sistemas informáticos, uso de aplicaciones específicas de uso para personas con ceguera o deficiencia visual tanto en ordenadores como en smartphones o tabletas entre otros; actividades que corresponden a los diversos servicios de Educación, Formación Pedagógica, Lectura Adaptada y Acceso a la información asignados a las entidades autorizadas.

2.2. Beneficiarios

Uno de los objetivos esenciales del *Tratado de Marrakech* es ayudar a las personas con discapacidad y que no pueden acceder a los libros y otros materiales culturales en los formatos tradicionales o impresos. Tal y como lo expresa en el segundo y cuarto párrafos del preámbulo:

Conscientes de los desafíos perjudiciales para el desarrollo integral de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, que limitan su libertad de expresión, incluida la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole en pie de igualdad con otras, mediante toda forma de comunicación de su elección, así como su goce del derecho a la educación y la oportunidad de llevar a cabo investigaciones,

Conscientes de las barreras que, para acceder a las obras publicadas en aras de lograr igualdad de oportunidades en la sociedad, deben enfrentar las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y de la necesidad de ampliar el número de obras en formato accesible y de mejorar la distribución de dichas obras.



Y de acuerdo con la enumeración vertida en el artículo 3 del *Tratado de Marrakech*, serán consideradas como beneficiarias las personas:

- a) Ciegas
- b) Que padezcan una discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer que no pueda corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad y para quien es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad; o
- c) Que no pueda de otra forma, por una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura; independientemente de otras discapacidades.

Es necesario hacer algunas consideraciones en cuanto a las personas que se consideran beneficiarias, según la enumeración.

En cuanto a las personas ciegas no existe ninguna consideración; sin embargo, de acuerdo con las personas que comprende la literal b), se considera que la definición es amplia en el sentido que incluye a las personas que tengan discapacidad para leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin discapacidad o dificultad, lo que induce a la conclusión que se refiere a cualquier discapacidad médica, física o de otro tipo que interfiera

con la lectura efectiva de textos impresos, por ejemplo, lesión traumática del cerebro demencia o dislexia, sin que sea necesario dar una lista específica.



Aparentemente la forma más sencilla de entender las tres categorías de las personas con discapacidad sería aplicar en forma directa la descripción del Artículo 3, pero aunque se señale que es una forma *sencilla*, deben considerarse algunos aspectos.

Como se puede apreciar, se identifican 3 categorías de personas, que aparecen descritas. Una persona que cumple con cualquiera de las tres categorías cualifica como beneficiario, en tanto que una persona con discapacidad de lectura puede estar incluida en más de una categoría por las características propias de la situación de discapacidad.

La literal c) que, deja en claro que quienes experimentan otros tipos de discapacidad, las cuales pueden ser mental intelectual o auditiva o de cualquier otra índole califican como beneficiarios, lo que permite identificar que el tratado no se limita tampoco a definir dicha discapacidad como una discapacidad en forma permanente, o sea que las personas que tienen ceguera o discapacidad visual temporal, discapacidad de lectura o perceptiva, o bien alguna discapacidad física que interfiera con la lectura tiene el derecho de ser considerado beneficiario y favorecerse durante el tiempo que subsista dicha condición.

En la primera categoría se agrupan como beneficiarios a las personas ciegas, para lo cual se deberá atender la definición que existe de acuerdo con las leyes nacionales o en su caso acudir a la regla de interpretación, si no existiese una ley en la que se proporcione una definición concreta, pues atendiendo al conocimiento general de primera mano se entenderá que se refiere a las personas que padecen privación total de la vista.

La segunda categoría de personas beneficiarias, incluye las personas con discapacidad visual, se está refiriendo a las personas cuya discapacidad visual no llega al nivel de ceguera, pero hace que les resulte imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de quienes no tienen esa dificultad.



En la segunda condición, de la segunda categoría se refiere a las personas que tienen dificultad para percibir o leer, la cual no puede corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de limitación, en este grupo se pueden concentrar a las personas que padecen de dislexia mental pues esta les impide leer obras impresas al mismo nivel de alguien que no tiene esa dificultad, por lo que le calificaría como beneficiaria. Otro ejemplo que cabe mencionar es el de las personas que padecen la afección de cataratas, situación que puede ser tratada en sus etapas iniciales con anteojos correctivos, pero que a medida que progresa la afección se requiere de cirugía para la restauración de la vista, situación que no puede ser posible para algunas personas por motivos económicos lo que se considera financieramente inaccesible por las personas con este padecimiento podrían ser amparadas por esta condición y calificárseles como beneficiarias desde las etapas iniciales al reconocer que esta afección no tiene tratamiento para contrarrestarlo, sino que es una afección progresiva que no puede mejorar.

Y por último, según la tercera condición de la segunda categoría, se encuentran a quienes les resulta imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad, en esta condición se considera deben ser incluidas las personas que padecen cualquier deficiencia visual que pueda incluso ser corregida, por ejemplo, a través del uso de anteojos, siempre y cuando tal corrección fuera posible física y financieramente accesible, esto significa que sería considerado coherente que con base al principio de autonomía (de derechos humanos), la persona calificada como beneficiaria gozará de dicha condición temporal y dejará de serlo, porque exista la

posibilidad de que su deficiencia visual pudiese mejorar ya sea por tratamientos o tecnologías futuras.



En el caso previsto en la literal c) del Artículo 3, se refiere a la discapacidad física de lectura o situación que les impida leer, en esta categoría se incluyen a las personas que padecen cualquier imposibilidad de sostener o manipular un libro o que les sea imposible enfocar o mover los ojos de la manera necesaria y normalmente considerada apropiada para leer. En esta categoría aplicarían para la calificación de beneficiarias las personas que padecen de afecciones como temblores, parálisis cerebral, enfermedades neuronales motrices, cuadriplejía entre muchas otras, quienes experimentan grandes desafíos de acceso a materiales de lectura impresos que se consideran similares a los que enfrentan las personas con discapacidad visual (ciegas y con deficiencias visuales).

Para efectos de calificación de beneficiarios, la legislación de cada país como parte del *Tratado de Marrakech* debe adoptar las definiciones que se ajusten mejor a su población, reconociendo que las categorías descritas en el Artículo 3 del tratado, proporcionan un estándar mínimo de protección, dichas definiciones deben ser creadas de manera que tengan alcance favorable más allá de los requerimientos mínimos de las personas patrocinadas y que estén en armonía con las leyes de propiedad intelectual.

2.3. Tiflotecnología

El uso de la tecnología está presente en todas las actividades de la vida cotidiana y es a través de ella que cada vez accedemos más a la información tanto en el ámbito doméstico como en el ámbito escolar o laboral, por lo tanto, es necesario conocer sobre esta, así como las adaptaciones y los recursos que existen para posibilitar el acceso a la tecnología para las personas ciegas y con discapacidad visual.



De acuerdo con la información del Instituto de Tecnologías Educativas del Ministerio de Educación de España, el término tiflotecnología (proviene del griego *tiflos*, que significa ciego) es definido como el conjunto de técnicas, conocimientos y recursos encaminados a procurar, diseñar y adaptar para las personas con ceguera o deficiencia visual los medios convenientes para la correcta utilización de las tecnologías de la información y la comunicación conocidas por sus siglas como TIC.³⁸

Según los datos de Internet es complicado determinar el origen de la tiflotecnología; sin embargo, las anotaciones refieren que los inventos que ayudan a las personas ciegas son el precedente de la Tiflotecnología. En este orden de ideas se hace referencia en primer punto a la invención del Rafígrafo de Foucault,³⁹ un aparato desarrollado por Francois-Pierre Foucault en el año 1841, quien lo creó a partir de la idea de Louis Braille. Este aparato consta de diez palancas, compuestas cada una de tecla y punzón, dispuestas en semicírculo y permite la impresión mecanizada de caracteres visuales en relieve punteado.

El término Tiflogía es definido en el diccionario como la parte especializada de la medicina que estudia la ceguera y los medios para curarla; incluyendo en la práctica las formas de inclusión en la educación de las personas ciegas, en tanto que Tiflotecnología recoge la tecnología y medios que han sido adaptados para este sector de la población.

La tiflotecnología comprende entonces todo hardware y software, que permitan el acceso a la información y a la comunicación de las personas con discapacidad visual, con el objeto de facilitar su autonomía personal.

En determinados casos y para un buen número de personas con discapacidad visual, la tecnología se convierte en un elemento imprescindible, por

³⁸ www.ite.educacion.es/formacion/materiales/129/cd/unidad_10/mo10/introduccion.htm

³⁹ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2659258>

lo que las técnicas de la información y la comunicación pasan a ser un elemento fundamental para la inclusión educativa, social, afectiva cultural formativa y laboral entre los demás ámbitos.



El gran grupo de dispositivos tiflotecnológicos se concentran en dos grupos:

- a. Los específicos, compuesto por los creados particularmente para uso exclusivo de personas con discapacidad visual, que facilitan y permiten el acceso a la información del ordenador como: sistemas de reconocimiento óptico o inteligente de caracteres, sistemas de reconocimiento táctil, revisores de pantalla, entre otros.
- b. Los que se pueden conectar al ordenador para intercambiar información aún cuando en forma independiente funcionan y tiene su propia utilidad, entre los que se pueden mencionar: los sistemas portátiles de almacenamiento y procesamiento de información, impresoras braille, aparatos de reproducción y grabación, calculadoras parlantes, diccionarios y traductoras parlantes, periódicos electrónicos adaptados para personas con discapacidad visual, programas de gestión bibliotecaria y de acceso a Internet, ampliación de imágenes, código de barras comprimidos para información de consumo y audio descripción entre muchos más, que han sido adaptadas, para que las personas con discapacidad visual puedan utilizar un equipo estándar.

La adaptación de estos dispositivos facilita la orientación, movilidad y contribuyen a la autonomía de las personas con discapacidad visual, de tal manera que mejora su integración a las exigencias del diario vivir.

El uso de la tiflotecnología es muy amplio, esta es útil como herramienta de aprendizaje y transmisión de información, así como en el ámbito laboral y los espacios de ocio. Los diversos materiales utilizados por las personas con



discapacidad visual pueden ser tan sencillos o de bajo nivel de especialización que no representan un alto nivel de complejidad y su manejo resulta relativamente fácil y también los hay algunos que presentan un elevado nivel de complejidad por lo que es necesario un entrenamiento previo para su uso pues han sido elaborados con un alto nivel de especialización.

Actualmente la tiflotecnología dota a las personas ciegas o con discapacidad visual de una mejor calidad de vida, que le permite incluso el acceso al ámbito laboral.

Hoy por hoy las principales ayudas tiflotécnicas en la que se imparten formación a las personas con discapacidad son:

- Accesibilidad de los sistemas informáticos
- Magnificadores de pantalla
- Lectores de pantalla
- Dispositivos con braille
- Reproductores grabadores digitales formato DAISY
- Reconocedores ópticos de caracteres
- Convertidor de texto a voz o braille
- Aplicaciones específicas de uso para personas con ceguera o deficiencia visual tanto en ordenadores como en smartphone o tabletas (Lockout: cámara móvil que identifica los lugares, objetos o textos más importantes que se encuentran delante de las personas. Diseñado especialmente por Google para personas con discapacidad visual)
- Dispositivos específicos para personas con sordoceguera
- Relieve

2.4. Tecnologías de la información y la comunicación

Las tecnologías de la información y la comunicación o Tecnologías para la inclusión, son todas aquellas herramientas o dispositivos (ayudas técnicas), software, equipo, sistema o instrumento fabricado, desarrollado o adaptado que permitan superar y/o eliminar las barreras arquitectónicas, actitudinales y procedimentales que enfrentan las personas en situación de discapacidad durante su desempeño cotidiano, favoreciendo de esta manera su participación e inclusión social a través del ejercicio de derechos humanos.

Para el manejo de algunas herramientas no es necesario el entrenamiento; sin embargo, para otras si es necesaria la formación especializada por profesionales o instructores en materia de tiflotecnología y braille, quienes proporcionan la instrucción sobre los dispositivos y aplicaciones de uso general y actualizaciones de los conocimientos en función de las diversas versiones de la evolución de la tecnología que van apareciendo en el mercado.

Según el portal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, esta institución cree que las Tecnologías de la información y la comunicación pueden contribuir al acceso universal a la educación, la equidad en la educación, la calidad de la enseñanza y el aprendizaje, el desarrollo profesional de los docentes, así como a mejorar la gestión, gobernanza y administración de la educación para proporcionar la combinación adecuada y organizada de las políticas, tecnologías y capacidades.⁴⁰

El uso y manejo de la tecnología por las personas con discapacidad en Guatemala hizo su aparición en los años 80, a raíz de la implementación del primer laboratorio de informática en la Asociación Central de Ciegos de Guatemala, lo cual fue posible gracias a la colaboración de la Asociación de Ciegos de Noruega, la cual inició actividades con equipos sintetizadores de voz,

⁴⁰ <https://es.unesco.org/themes/tic-educacion>



con lo que se diversificaron las oportunidades de estas personas en su acceso al campo de la información, situación que hasta ese momento se realizaba únicamente con el apoyo del sistema Braille y el libro hablado, bajo la coordinación del Comité de Pro Ciegos y Sordos.



La asociación inició con la organización y promoción de cursos, logrando captar el interés y entusiasmo de distintos sectores de personas ciegas e inclusive, gestionó recursos para la instalación de una imprenta braille, esfuerzo que significó el inicio de otras acciones de mayor trascendencia, que aportaron importantes elementos para la participación social de este sector poblacional, en distintos espacios de la sociedad guatemalteca.

Siempre por esta misma época, el movimiento nacional de personas sordas conformó la Asociación de Sordos de Guatemala, cuya primera acción fue hacer valer la lengua de señas como su medio de comunicación, porque antes se les venía educando y rehabilitando por medio del sistema oral, iniciativa que también dio lugar a la implementación del sistema de enseñanza a través de la filosofía de comunicación total, método que promueve la combinación del lenguaje gestual con la oralidad.

A mediados de los años 90, el Comité Pro Ciegos y Sordos estableció 2 laboratorios de computación, uno para personas con discapacidad visual y otro para personas sordas, siempre con sintetizadores de voz, un esfuerzo que se vio fortalecido con la llegada al país de un proyecto de la Fundación de las Américas de la Organización de los Estados Americanos (OEA); asimismo, una asociación de personas con discapacidad estableció el proyecto –Informática Amigos- donde ofreció cursos de capacitación y colocación laboral.

La Organización de los Estados Americanos firmó un convenio de cooperación con el Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad (CONADI) y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social a inicios de

los años 2000, lo que permitió el ingreso de los primeros equipos con accesibilidad, para lo que la Universidad Galileo prestó sus instalaciones y laboratorios, capacitando a un grupo importante de personas con discapacidad, predominantemente ciegos y de baja visión.



Derivado de estas primeras acciones, el Benemérito Comité Pro-Ciegos y Sordos de Guatemala estableció el Centro de Tecnología de Información y Comunicación (CENTIC), con software apropiados para la enseñanza de personas ciegas y sordas, iniciativa que también impulsa la Fundación para el Bienestar del Niño Minusválido (FUNDABIEM) para personas con discapacidad física, contándose en la actualidad con varios centros en distintas regiones del país.

Siempre a inicios de los años 2000 se dieron otros esfuerzos que apuntalaron estas acciones, el Fondo ONCE para América Latina (FOAL) facilitó la instalación de un nuevo laboratorio de informática en la Sala Braille de la Biblioteca Nacional, la cual ya venía funcionando desde hacía 10 años; impulsó el proyecto Aulas de Gestión Ocupacional en la Región de América Latina (AGORA), proyecto que persigue la inclusión de las personas con discapacidad visual en el campo de la productividad y; estableció centros de recursos para la producción y distribución de textos y materiales de estudio para estudiantes ciegos en el Ministerio de Educación, el que se suma a otros centros implementados por el Comité Pro Ciegos y Sordos.

Aún y cuando el Comité Pro Ciegos y Sordos tiene más de 50 años de producir y distribuir distintos materiales en formatos accesibles, no fue, sino hasta los años 2000 que establece una unidad de producción bibliográfica con recursos tecnológicos, producto de un proyecto que ejecutó con apoyo financiero del Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, unidad que en la actualidad cuenta con recursos tecnológicos de punta.



Estos recursos han permitido a los distintos grupos de personas con discapacidad, su incursión de forma independiente en los diferentes campos de la actividad humana, permitiéndoles contar con mejores elementos para su formación académica, su inclusión laboral y su participación en actividades de toda índole, pero el número de personas sigue siendo muy reducido, porque la tecnología ofrece mejores y mayores oportunidades, pero no todas las personas con discapacidad tienen acceso a esta por razones de costos de los equipos básicos, sin contar con los programas que requiere cada condición de discapacidad.

Cabe indicar que muchos de los recursos tecnológicos que obtiene cada persona se da por su esfuerzo personal y familiar, porque en el país se carece de una política que permita o favorezca el acceso de las personas con discapacidad hacia ellos (recursos tecnológicos) y, en el caso de quienes son promovidos laboralmente por el proyecto AGORA, es el programa el que asume los costos, pero en la mayoría de los casos, cada uno debe por su cuenta, costear los apoyos tecnológicos que necesita.

En el año 2011, el Consejo Nacional para la Atención de las personas con Discapacidad suscribió un convenio de cooperación con el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) con la finalidad de promover la capacitación e inclusión laboral de las personas con discapacidad, lo que llevó a dicha institución a la adecuación de algunos de sus centros con tecnología accesible, predominantemente en la ciudad capital.

Ya en el 2016, muchas personas con discapacidad se desempeñaban en actividades laborales con el apoyo de las Tecnologías de la Información y Comunicación, alcanzando un nivel aceptable de competitividad; sin embargo, el número de personas sigue siendo muy limitado. La mayoría de las organizaciones cuenta con laboratorios de capacitación, pero el alto costo de programas y equipos hacen que el acceso sea difícil.



Actualmente en la sociedad el conocimiento de las redes interinstitucionales y las responsabilidades compartidas entre las diferentes instituciones públicas, empresas privadas y organizaciones sociales crean las condiciones propicias para el desarrollo de políticas públicas. Sin embargo, este desafío de buscar mecanismo de concertación y alineación, implica, una nueva forma de gestión de lo público y de lo privado, de ahí la necesidad de un diálogo entre los múltiples y diversos actores.

Derivado de la Conferencia Regional sobre Tecnologías de la Información y Comunicación para personas con discapacidad en Centroamérica se abrió el espacio de diálogo y análisis, con el objetivo de empoderar a las personas con discapacidad; incluyendo mujeres, jóvenes y pueblos originarios; promoviendo la inclusión de dichas problemáticas en las agendas de desarrollo de los gobiernos centroamericanos, con la participación de la empresa privada y las organizaciones sociales.

El debate estuvo centrado en políticas de desarrollo que mejoren la calidad de vida de las personas con discapacidad, particularmente incrementando el acceso a educación y oportunidades de empleo. La conferencia se desarrolló de acuerdo con el mandato de la UNESCO para promover una sociedad del conocimiento y el compromiso para trabajar junto a los Estados Miembros para implementar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Al hacer conciencia que no basta con la buena voluntad o las buenas intenciones señaladas en documentos, se planteó la necesidad de concretar acciones y proponer un instrumento de planificación basado en una gestión en Red, al que se le denominó "Plan centroamericano para el acceso y uso a las tecnologías de la información y la comunicación para las personas con discapacidad", ⁴¹ en el que se pretende contener los elementos necesarios para orientar el proceso de diseño de Políticas Públicas en cada uno de los países

⁴¹ http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/San-Jose/pdf/Nota_conceptual.pdf



participantes, para que integren e incluyan el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación al servicio de las personas con discapacidad, tanto en la política pública en discapacidad, como en la política pública de tecnologías de la información y comunicación, en ambas, considerando las etapas de: formulación, implementación, evaluación y seguimiento.

Asimismo, se expusieron principios, enfoques, ejes de intervención, definición de lineamientos estratégicos y una ruta de tiempo, todo lo anterior, con el fin de revelar las responsabilidades compartidas entre los entes coordinadores de Gobierno, empresa privada y las personas con discapacidad.

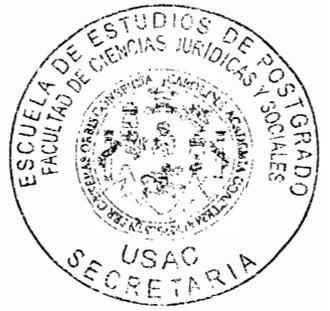
El plan constituye la plataforma clave que impulsa el progreso en estrategias de largo plazo e iniciativas para Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá en asociación con UNESCO.

Los tres cuerpos legales internacionales importantes que deben considerarse como antecedentes de este Plan son: la adopción en todos los países centroamericanos de La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD), la Declaración de Nueva Delhi sobre la Inclusión de Tecnologías para la Información y Comunicación para las Personas con Discapacidad de la UNESCO y la Agenda de Desarrollo 2030.

En la actualidad, nuevas tendencias en ciencia, tecnología e innovación han preparado a las aplicaciones de las tecnologías de la información y la comunicación para cubrir de mejor manera las necesidades de las personas con discapacidad teniendo un enorme rol transformador en sus vidas. El crecimiento exponencial de la disponibilidad de las aplicaciones móviles, libros digitales, recursos educativos abiertos (REA), software libre, cursos online masivos y abiertos (COMA), han desbloqueado el acceso a la información que hasta entonces era inaccesible para mucha personas alrededor del mundo.

La naturaleza amplia y transversal de las aplicaciones de las tecnologías de la información y la comunicación incrementa las posibilidades de las personas con discapacidad para poder lograr objetivos personales, incluyendo la posibilidad de emprender sus propios negocios o conseguir una carrera universitaria. El acceso a la información es también un aporte en el manejo de crecimiento económico del país y el desarrollo sostenible en las comunidades.





CAPÍTULO III



Normativa internacional aplicable a personas con discapacidad visual

La discapacidad ha sido considerada de diferente forma a lo largo del tiempo y su concepción dentro del derecho ha cambiado, antes era considerada únicamente en el plano de salud en tanto que en la actualidad es visible desde panorama de los Derechos Humanos.

Con la intención de brindar un sutil esbozo de la evolución de la discapacidad, en las siguientes notas se cita a Agustina Palacios, quien afirma que la discapacidad atraviesa 3 modelos: la prescindencia, que se subdivide en los submodelos eugenésico y marginación; el médico o rehabilitador y el social.

Las consideraciones relevantes del modelo de prescindencia circundan sobre la idea religiosa y la creencia de que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la comunidad, de modo que al abordar el submodelo eugenésico que corresponde a la antigüedad clásica basándose en motivos religiosos y políticos justificaban que el desarrollo y crecimiento de las personas con discapacidad eran inconveniente pues representaban una carga a los padres o a la sociedad, sugiriendo como solución políticas eugenésicas.

En el segundo submodelo, la autora se refiere al tratamiento a las personas con discapacidad durante el Medioevo, en el que clasificaban a estas dentro de los pobres y los marginales, quienes eran estigmatizadas como excluidas por su propio destino.

En el segundo modelo, el rehabilitador, conocido en el ámbito general como modelo médico, afirma que el origen de la discapacidad es científico asegurando que las personas debían vivir supeditadas a la rehabilitación, situación que más

tarde repercutió en la formación del concepto de los derechos fundamentales que produce consecuencias hasta la actualidad.



El modelo social surge del esfuerzo de los movimientos de las propias personas con discapacidad, quienes a mediados de los años 60 del siglo pasado por medio de luchas estratégicas frente a la opresión social hacen el planteamiento que la discapacidad es producto de la sociedad, y no de causas religiosas ni científicas; planteamientos que obtuvieron atención y recibieron respuesta en el ámbito del Derecho.

Este último modelo está relacionado con la exaltación de los valores intrínsecos a los derechos humanos, el cual anhela desarrollar el respeto por la dignidad humana, autonomía, libertad personal e igualdad, favoreciendo la inclusión social basándose en los principios de vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y diálogo civil entre otros.⁴²

Al ser considerados todos los factores en forma consciente, se tendrá como resultado la superación de barreras y la adecuada equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, quienes actualmente son más afectadas por la indiferencia y la opresión social.

⁴² A. Palacios. *El Modelo Social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Cermi.es. Grupo editorial CINCA. Madrid, España. 2008. P. 26.

Eugenésico: relativo a la Eugenesia. Eugenesia: "...viene del griego y se compone por eu que indica 'bien', 'correcto' y genia, que se refiere al origen. La eugenesia, es la **eliminación de individuos que la ciencia convencional considera ser portadores de genes defectuosos o que no cumplen con los estándares genéticos y biológicos fijados**. Comparte la misma raíz que la palabra eutanasia, siendo que, en este caso, *thanatos* indica 'muerte'. La eugenesia fue ampliamente aplicada en el régimen nazista entre 1933 y 1945, incurriendo en asesinatos masivos y esterilizaciones selectivas entre la población. Era considerada un método para "mejorar la raza". La eugenesia se considera una filosofía social que integra el conocimiento de diversas áreas como la genética, psicología, biología, anatomía, política, economía, medicina, entre otros, para justificar la "autodirección de la evolución humana". La eugenesia actualmente afirma ser utilizada solo para fines terapéuticos. La eugenesia fue reformulada en 1991 por el psicólogo estadounidense Tristram Engelhardt (1941-) y bautizada como ingeniería genética de mejoramiento..." Recuperado de <https://www.significados.com/eugenesia/>.



De la normativa que forma el derecho internacional de los derechos humanos de fuente convencional es posible identificar un núcleo de tratados que constituyen una especie de Código internacional de Derechos Humanos compuesto por la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); sus protocolos facultativos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1982); y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

Los tratados en materia de Derechos Humanos abarcan a todos los seres humanos y solo la Convención sobre los derechos del Niño menciona en forma expresa en su artículo 23 una regulación relativa a la discapacidad.

Aunque dichos tratados ofrecen grandes posibilidades para la protección jurídica para las personas con discapacidad, los beneficios no son suficientes, incluso aún cuando los respectivos órganos de vigilancia han realizado interpretaciones y aclaraciones sobre los derechos reconocidos al ámbito de discapacidad para que estos sean adaptados a las necesidades y al contexto específico de este grupo de personas.

Los tratados regulan derechos relacionados con existencia humana y la integridad de la persona, la libertad, formación de una familia, libertad de pensamiento, libertad de opinión, derecho de reunión, derecho de participación en la dirección de asuntos públicos, los derechos de igualdad, trato humanitario de las personas con discapacidad, no discriminación, salud, trabajo, vida cultural y educación.

En esta misma línea, pero con expresión explícita hacia las personas con discapacidad surge en el ámbito de los Derechos Humanos el *Tratado de*

Marrakech que tiene como objetivo principal acabar con la hambruna de libros, misión que pretende mejorar la cobertura de otros derechos en forma inmediata como educación, vida cultural, trabajo entre otros.



A continuación se abordan algunos de los tratados que forman parte del Código Internacional de Derechos Humanos previos al *Tratado de Marrakech* y que sirven de base para el surgimiento de este con la intención de dar una mejor perspectiva de sus objetivos y beneficios.

3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, no es simplemente una declaración del derecho a la igualdad y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, sino una normativa que garantiza el goce de los derechos contenidos en otros instrumentos de derechos humanos.

A la lectura de la Convención sobre los derechos de la Personas con Discapacidad, se percibe la adecuación de la normativa al contexto específico de la discapacidad y en este sentido el principio de la no discriminación interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula.

Se percibe también que su objetivo es que el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad no quede únicamente plasmado en papel, sino que sean ejercidos indudablemente en igualdad de oportunidades que las personas sin discapacidad.

La perspectiva de la Convención sin duda alguna es reconocer la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible.

Los principios generales a partir de los cuales debe interpretarse y aplicarse la convención aparecen descritos en el artículo 3). En la literal a), se describen tres principios que se encuentran íntimamente relacionados: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluyendo en el mismo la libertad de tomar las propias decisiones y por último, pero no menos importante, la independencia de las personas.



En la literal b) aparece el principio a la no discriminación que interactúa en todo el texto de la convención con cada uno de los derechos sustantivos.

En la literal c) se incluye, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; las cuales, según las consideraciones son parte para la realización del desarrollo sostenible.

El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas es el principio descrito en la literal d); y a continuación, en la literal e) se reconoce el principio a la igualdad de oportunidades.

Los últimos cuatro principios referidos se manejaban como configuraciones del principio de igualdad, en tanto que en la convención son descritos en forma individual.

En la literal f) se prevé el principio de accesibilidad, el cual es desarrollado en el artículo 9 de la misma convención.

El principio de igualdad entre el hombre y la mujer es el principio descrito en la literal g), el cual visibiliza en forma expresa a las mujeres con discapacidad en el sistema de derechos humanos.



Y por último en la lista de incisos, en la literal f) se reconoce, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El detalle de la especificidad de los principios en el *Tratado de Marrakech*, enriquece el acervo común de los tratados en materia de derechos humanos.

En el artículo 4 se establecen las obligaciones generales para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación, independientemente de las obligaciones que aparecen en todo el contenido de la Convención.

Las obligaciones para asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad rondan en relación con las obligaciones categóricas de respeto, protección y cumplimiento, reconociendo que algunas de las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales son de aplicación inmediata en tanto que existen otras de aplicación con carácter progresivo, pero sin describir estas últimas.

En el mismo orden de ideas la Convención regula una serie de derechos que constituyen el núcleo normativo interrelacionado que siguiendo la conocida división genérica se agrupan en: derechos de igualdad, derechos de protección en situaciones de especial vulnerabilidad, derechos de participación, derechos de libertad y autonomía y derechos sociales básicos.

Aspectos considerados de forma especial son la accesibilidad, que se enmarca en el ámbito de los derechos de igualdad, entendiéndola en su sentido amplio, la accesibilidad universal es una herramienta indispensable para alcanzar la igualdad material de las personas con discapacidad. En tanto que la inclusión es

considerada a realizarse en todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida para que estas personas desarrollen plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, permitiendo con ello el desarrollo de su personalidad al máximo nivel posible, así como los talentos, la creatividad y aptitudes tanto mentales como físicas y lograr su participación efectiva en una sociedad libre.



En concordancia con la teoría consultada y a la lectura de la propia Convención, el presupuesto fundamental de discapacidad, que ha desarrollado la Convención, es que esta es producto de las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta dentro de la sociedad organizada, lo que significa que el tema de la diversidad funcional de la persona, debe entenderse independientemente de la desventaja que se presenta cuando dicha persona quiere interactuar en la sociedad, pues esta desventaja resultaría siendo la consecuencia del diseño de un tipo de sociedad pensada para personas de un estándar específico, sin visualizar las necesidades de las personas con diversidad funcional (entiéndase personas con discapacidad).

Lo anterior es congruente con el modelo social descrito en la primera parte de este capítulo y las consideraciones en cuanto a que una persona con discapacidad es aquella cuya posibilidad de llevar una vida inclusiva en comunidad se encuentra limitada por el impacto del entorno físico, social, cultural, económico y factores personales que surgen de condiciones físicas, sensoriales, neurológicas, médicas, intelectuales, psicológicas, psicosociales, entre otras, las cuales pueden ser permanentes, temporarias, intermitentes, percibidas o imputadas.

Para el logro de la aplicación de la Convención ha sido necesario implementar cambios en la infraestructura lo cual se ha realizado en forma

progresiva aunque no se ha logrado un avance sumamente evidente en la actualidad.



Como producto del desarrollo en el marco de profesionalización se induce a una inserción en el área laboral de las personas con discapacidad, proporcionando la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un entorno laboral abierto, accesible e inclusivo, permitiendo superar las condiciones de extrema pobreza que son la barrera identificada como de mayor impacto en la vida de toda la población.

Para el seguimiento y aplicación de la Convención, esta regula la creación de uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a su aplicación en cada uno de los Estados Partes, cuyo objetivo debe ser promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención y con ello convertirse en el motor clave para asegurar la apropiada implementación; en tanto para el seguimiento a nivel internacional se crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el caso de Guatemala es el Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, el ente creado y encargado del seguimiento de la aplicación de la Convención y, asimismo, el rector que garantiza el cumplimiento de la normativa en materia de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, con representación en el territorio nacional y con reconocimiento internacional.

El Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad (CONADI) con el apoyo de la Comisión del *Tratado de Marrakech* conformada por diversas organizaciones representantes de las personas con discapacidad, promovió la iniciativa de ley para las reformas legales a la normativa en materia de derecho de autor, Decreto 33-98 del Congreso de la República para que sea efectivo el ejercicio de los derechos, garantías y libertades por las personas con

discapacidad contenidos en los tratados internacionales en materia de derecho de autor y específicamente para que sea posible el goce de los beneficios que proporciona el *Tratado de Marrakech* para las personas con discapacidad visual.



3.1. Convenio de Berna

A raíz de la decisión de la Asociación Literaria Internacional durante un Congreso celebrado en la ciudad de Roma en el año 1882 de convocar a una conferencia con la finalidad de proponer bases de un programa para la preparación de una convención universal para la protección de los derechos de autor, se planificó la conferencia que se celebraría en Berna que permitió la aprobación del Proyecto del Convenio el cual debía someterse a una conferencia diplomática para su aprobación.

Efectivamente en septiembre de 1886, en la conferencia programada se aprobaron los textos que pasarían a formar la versión original del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual en su inicio no codificó una ley internacional sobre los derechos de autor, sino que estableció un nivel mínimo de protección de ámbito internacional.

De acuerdo con el portal de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en internet, el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas data del 9 de septiembre de 1886 siendo complementado en Paris el 4 de mayo de 1896 y ulteriormente revisado en la ciudad de Berlín el 13 de noviembre de 1908.

Posteriormente fue nuevamente completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en diferentes oportunidades en las ciudades de Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de

1967, en París el 24 de julio de 1971 y, finalmente, enmendado el 28 de septiembre de 1979.



Según la información que proporciona la página oficial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en cuanto a la reseña del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, dicho Convenio concreta su protección a las obras y los derechos de los autores, lo cual funda en tres principios básicos, asimismo, contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conceder, así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.

Los tres principios básicos en que se funda el Convenio de Berna para la protección a las obras y los derechos de los autores son los siguientes:

1. Principio del Trato Nacional: contempla que las obras originarias de uno de los Estados Contratantes (o sea, las obras cuyo autor es un nacional de un Estado Contratante o que se publicaron por primera vez en ese estado) deberán ser objeto, en todos y cada uno de los demás Estados Contratantes, de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales.
2. Principio de la Protección Automática: en el cual se consagra que la protección no deberá estar subordinada al cumplimiento de ninguna formalidad previa.
3. Principio de la Independencia de la Protección: este principio contiene la protección manifiesta en forma independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Sin embargo, si en un Estado Contratante se prevé un plazo más largo de protección que el mínimo prescrito por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas y cesa la protección de la obra en el país de origen, dicha protección no podrá negarse en cuanto haya finalizado en el país de origen.



Estos principios en consonancia con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), los principios de trato nacional, la protección automática y la independencia de la protección, obligan también a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que no son parte en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Además, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (1995), impone la obligación de “trato de la nación más favorecida”(p.3), en virtud del cual, las ventajas que un miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) confiere a los nacionales de otro país también deberán conferirse a los nacionales de todos los demás países miembros de la Organización Mundial del Comercio, debiéndose tomar en cuenta que la posibilidad de aplazar la aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual no se aplica a las obligaciones concernientes al trato nacional y al trato de la nación más favorecida.

En cuanto a las condiciones mínimas de protección contenidas en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y artísticas, referentes a las obras y los derechos que han de protegerse y a la duración de la protección contempla:

- a) En cuanto a las obras: la protección deberá extenderse a “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, de acuerdo con el texto del párrafo 1 del artículo 2 (Convenio de Berna, 1973).
- b) Con sujeción a ciertas reservas, limitaciones o excepciones admitidas, se considera que los siguientes derechos deberán ser reconocidos como derechos exclusivos de autorización:



Derecho a traducir

Derecho de realizar adaptaciones y arreglos a la obra (original)

Derecho de representar y ejecutar en público las obras dramáticas,
dramático-musicales y musicales

Derecho de recitar en público las obras literarias

Derecho de transmitir al público la representación o ejecución de dichas
obras,

Derecho de radiodifundir, los Estados Contratantes cuentan con la
posibilidad de prever un simple derecho a una remuneración equitativa, en lugar
de un derecho de autorización

Derecho de realizar una reproducción, por cualquier procedimiento y bajo
cualquier forma, de acuerdo con este derecho los Estados Contratantes podrán
permitir en determinados casos considerados especiales, la reproducción sin
autorización, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal
de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y,
en el caso de grabaciones sonoras de las obras musicales los Estados
Contratantes, podrán predecir el derecho a una remuneración equitativa.

Derecho de utilizar la obra como base para una obra audiovisual y el
derecho de reproducir, distribuir, interpretar o ejecutar en público o comunicar al
público dicha obra audiovisual. En este principio debe reconocerse un derecho
exclusivo de alquiler sobre los programas de ordenador y en ciertas condiciones,
de las obras audiovisuales de conformidad con al Acuerdo sobre los Aspectos de
los Derechos de Propiedad Intelectual.

Derechos morales, refiriéndose al derecho de reivindicar la paternidad de la
obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación y otra modificación de esta
o a cualquier atentado a esta que cause perjuicio al honor o la reputación del
autor.

El Convenio de Berna permite ciertas limitaciones y excepciones en materia de derechos económicos, es decir, en los casos en que las obras protegidas podrán ser utilizadas sin autorización del titular de los derechos de autor sin hacer efectiva una compensación económica a cambio.⁴³



En su primera versión del año 1886, el Convenio de Berna contenía disposiciones relativas a los límites de derecho de autor, en relación con la reproducción de artículos de prensa, a lo que actualmente se le conoce como “libertad de circulación de información”(p.3). El texto literalmente se leía:

Artículo 7: los artículos de periódicos o de colecciones periódicas publicadas en uno de los países de la Unión pueden reproducirse, en el original o en traducción, a menos que los autores o editores lo hayan prohibido expresamente. Para las colecciones basta que la prohibición sea hecha de manera general en el encabezamiento de cada número de la colección. Esta prohibición no puede aplicarse en ningún caso a los artículos de debate político o a la reproducción de noticias del día y de los sucesos.

En tanto que en su artículo 8, el mismo cuerpo legal (el Convenio de Berna de 1886), se dejaba a la discrecionalidad de los Estados miembros la opción por la incorporación del límite relativo a la reproducción de textos en publicaciones para la educación, la ciencia o las antologías. Su texto original decía:

Artículo 8. Por lo que se refiere a la facultad de copiar lícitamente obras literarias o artísticas para publicaciones destinadas a la enseñanza o de carácter científico, o para crestomatías, se reserva a la legislación de los países de la Unión y a los acuerdos particulares que existan entre estos.

⁴³ www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

Ante la evolución de la tecnología, el Convenio ha sufrido modificaciones que incluyen derechos patrimoniales no previstos en su versión original y también nuevas formas de limitaciones. Así, en el actual texto del Convenio de Berna, se regulan los derechos patrimoniales a través de la inclusión de los siguientes límites:



Derecho de Transformación (traducciones), que ha sido el primer derecho patrimonial reconocido por el Convenio de Berna en el artículo 5 del Acta Original de 1886; no obstante, esta disposición (derecho de traducción) ha sido modificada paso a paso en las subsiguientes conferencias de revisión, siendo su versión definitiva la prevista en el artículo 8 del Convenio de Berna, formulada en la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948.

Derecho de Reproducción, contenido en el artículo 9 del Convenio de Berna debe su reconocimiento a la inclusión formulada en la nómina mínima de derechos previstos por el Convenio de Berna en el Acta de Estocolmo de 1967; aunque la doctrina afirma que antes de 1967, ya existía el derecho de traducción el cual aparecía implícitamente en las Actas anteriores, en la medida que ciertas disposiciones se remitían indirectamente a la existencia de un derecho de reproducción o existía a modo de requisito previo para permitir la existencia de un límite en la legislación nacional.

Derecho de Comunicación Pública, contenido en los artículos 11, 11 bis y 11 ter del Convenio de Berna, abarca la interpretación y ejecución en presencia del público, la cual ya se reconocían en el Convenio de Berna desde su Acta Original de 1886 (en artículo 9.1), la disposición sobre el derecho de representación o ejecución pública de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales figuró por primera vez aproximadamente en la misma forma que en el párrafo actual en el Acta de Bruselas de 1948 del Convenio de Berna.

El texto que ampara el derecho de comunicación pública dentro del convenio de Berna ha sido modificado, la última vez en la Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967. El contenido del artículo 11 bis del Convenio de Berna fue introducido en la Conferencia de Revisión de Roma y posteriormente modificado en la Conferencia de Revisión de Bruselas en 1948.



En cuanto al artículo 11 ter, del Convenio de Berna, fue introducido en la Conferencia de Revisión de Bruselas en 1948 y modificado posteriormente en la Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967.

Derecho General de Transformación, contenido en el artículo 12 del Convenio de Berna, tiene sus antecedentes desde el Acta Original de 1886, no obstante, fue en la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948 que se formuló el texto del actual Artículo 12, el cual sustituyó las disposiciones anteriores.

Derecho de adaptaciones cinematográficas, contenido en el Artículo 14 del Convenio de Berna, tiene sus referencias en el Acta de Berlín de 1908, las cuales sufrieron modificaciones en Actas de Roma en 1928, Bruselas en 1948 y posteriormente en Estocolmo en el año 1967.⁴⁴

En particular las limitaciones incluidas en la última versión del Convenio de Berna, resultante del Acta de París de 1971, que contienen las diversas limitaciones a los derechos patrimoniales del autor se encuentran previstas en los artículos citados a continuación:

En Artículo 9.2, se consagra la regla de los tres pasos, la cual en el Convenio de Berna se aplica solamente a los derechos de reproducción y consiste en una cláusula general que delimita el alcance y las condiciones de la aplicación de los límites de dicho derecho.

⁴⁴ www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyrigh/891/wipo_pub_891.pdf



En Artículo 10, se estipula lo relativo a citas y utilización de las obras a título de ilustración de la enseñanza.

En Artículo 10 bis, se regula la reproducción de los artículos de periódicos o similares y utilización de las obras a los efectos de informar sobre acontecimientos de actualidad; y,

En el Artículo 11 bis, en su numeral 3, se regula lo relativo a las grabaciones efímeras con fines de radiodifusión.

Además, tomando en cuenta que el interés público juega un papel fundamental en la adopción de los límites y el cual debe ser considerado desde la perspectiva de cada país, el Convenio de Berna dejó abierta a los países signatarios la posibilidad de establecer nuevos límites para atender sus propias necesidades sociales.⁴⁵

3.1.1. Regla de los tres pasos

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su calidad de organización intergubernamental responsable por la promoción y el desarrollo de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo el derecho de autor y derechos conexos, ha sido clave en la adaptación de dichos derechos a la realidad impuesta por el desarrollo de las tecnologías de la comunicación e información.

Distintos aspectos de la aplicación del derecho de autor y derechos afines en la era digital han venido discutiéndose en su seno durante de más de dos décadas, lo cual ha dado paso a la creación del tratado de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (conocido como TODA por sus siglas en español y como WCT por sus siglas en inglés) y el tratado de la

⁴⁵ www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12800

Organización de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (conocido como TOIEF por sus siglas en español y como WPPT por sus siglas en inglés), ambos adoptados durante la Conferencia Diplomática de 1996 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 6 de marzo y el 20 de mayo de 2002, respectivamente.



Ambos tratados han sido adoptados por Guatemala mediante su adhesión; en el caso del tratado en materia de Derecho de autor, su adhesión data del 4 de noviembre de 2002 y entró en vigor el 4 de febrero de 2003. En tanto que el tratado en materia de Interpretación o ejecución y Fonogramas, la adhesión fue en el 8 de octubre de 2002 y entró en vigor el 8 de enero de 2003.

Muchas fueron las discusiones en torno a estos dos tratados, cuyo objetivo se señaló era la adaptación del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas y de la Convención de Roma a la nueva realidad tecnológica.

Estos tratados fueron denominados por la prensa internacional como tratados de Internet, aunque estos abordan cuestiones que van más allá de Internet.

El tratado sobre Derecho de Autor (TODA), verbigracia incluye: en su artículo 13, provisiones sobre la protección retroactiva de obras preexistentes; en el artículo 9, la extensión del plazo de protección de las obras fotográficas; y en el artículo 7, las relativas al alquiler de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, por citar algunos.

En el caso del tratado sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas, se incluyen nuevas definiciones dentro del artículo 2, en tanto que en los artículos siguientes, 3 y 4 se regulan los puntos de contacto para definir el principio de tratamiento nacional.



Para el autor Sebastián López Maza, los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual mantuvieron “un nivel de exigencia alto en el control de las limitaciones, pero sin permitir a su vez una preponderancia absoluta de los intereses de los titulares de derechos”.⁴⁶

La búsqueda por el equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos de autor y los usuarios, quedó reflejada en el texto del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en derecho de autor y en sus declaraciones concertadas.

Es así, que el Preámbulo del referido tratado reconoce expresamente: “La necesidad de mantener el equilibrio entre los derechos de autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.⁴⁷

Para la opinión del jurista Ignacio Garrote Fernández-Diez, dicho Preámbulo marca una corrección a la tendencia que ha sido implantada en el contexto internacional por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (conocido como Acuerdo sobre ADPIC en español o TIRPS en inglés) que, según su criterio ponía toda la regulación de la propiedad intelectual a servicio de los intereses comerciales (privados), dejando en un segundo plano cuestiones de interés público.⁴⁸

Tanto el tratado en materia de Derecho de Autor en su artículo 10, como el tratado sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas en su artículo 16.2, contienen preceptos que recogen la mencionada “regla de los tres pasos”, prevista

⁴⁶ S. López Maza. *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Editorial Comares. España. 2016. p. 77

⁴⁷ Organización mundial de la propiedad intelectual. *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)*. p.1

⁴⁸ I. Garrote Fernández-Diez. *El derecho de autor en internet*. Editorial Comares. España. 2001. p. 394

en el artículo 9.2, del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.



En este orden de ideas se puede afirmar que la “regla de los tres pasos” fue adoptada como medio para alcanzar el principal objetivo de los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, es decir, la adaptación del sistema de la propiedad intelectual a los nuevos cambios tecnológicos.

Dicha disposición debería salvaguardar el derecho general de reproducción frente a los efectos nocivos de una supuesta amplitud de las limitaciones nacionales y de igual manera debería garantizar que no se produciría la invasión al margen de libertad que cada legislación nacional considerara indispensable para atender a sus respectivas necesidades culturales y sociales.

Las limitaciones deberían necesariamente servir a un fin específico, caso contrario no podrían ser permitidas. En este sentido se puede afirmar que, la necesidad de acceso a la cultura e información y el interés de personas con discapacidad, responden a un caso para ser considerado.

Asimismo, “la regla de los tres pasos”⁴⁹ debía garantizar que la reproducción permitida no entrase en conflicto con el derecho del autor de obtener una remuneración equitativa. Tal posición está relacionada con el derecho de remuneración, conocido como derecho de compensación por copia privada, impuesto a los productores o importadores de aparatos utilizados en las reproducciones privadas de obras impresas, obras musicales o audiovisuales.

El reconocimiento de este derecho dentro de la “regla de los tres pasos” garantiza el equilibrio necesario entre los autores y los usuarios del contenido en relación con el derecho de reproducción de aquellos; dicha disposición queda contenida en el texto que expresa que la reproducción no “...cause un perjuicio

⁴⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Convenio de Berna. p.4

injustificado a los intereses legítimos del autor" (como se lee en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna).⁵⁰



El equilibrio mencionado debía ser entre la protección directa a los derechos de autor por un lado y el derecho de los usuarios por el otro, debiéndose analizar ambos en forma conjunta, y no aislada, de tal cuenta que los derechos de autor se consideraran no como un asunto netamente de carácter comercial, sino como una cuestión de perfeccionamiento de las condiciones educacionales y culturales de los usuarios menos favorecidos.

Fue durante la Conferencia de Estocolmo que se optó por el planteamiento de una fórmula general mediante la creación del párrafo segundo del artículo 9 del Convenio de Berna, el cual se lee:

2. Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Según varios autores como Ginsburg, Ricketson, Casas Valle y Fernández Díez, la redacción de la regla obedece a qué, el criterio de la explotación normal se antepuso al criterio de los legítimos intereses del autor, de acuerdo con lo manifestado en el Informe del Comité Principal, quien asegura que dicha redacción obedece a la orientación del Comité de Redacción, que manifestó, que dicha redacción sería adecuada para garantizar un orden más lógico para la interpretación de la regla.⁵¹

⁵⁰ Idem.

⁵¹ A. Bercovitz Rodríguez Cano (Coordinador). *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Editorial Tecnos. España. 2013. p. 779 y 780.

Al respecto, Martin Senftleben⁵², destaca la siguiente parte del informe elaborado por el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual también llamado Comité Principal:



El Comité adoptó también una propuesta del Comité de Redacción en el sentido de que la segunda condición figurase antes de la primera, puesto que esto permitiría establecer un orden más lógico para la interpretación de la regla. Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, la reproducción está totalmente prohibida. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, el próximo paso será examinar si la reproducción no causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor. Únicamente si eso no es así, sería posible, en ciertos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever una utilización sin pago. A título de ejemplo práctico, puede mencionarse la fotocopia con diversos fines. Si consiste en la confección de un gran número de copias, no puede estar permitida, porque perjudica la explotación normal de la obra. Si implica en la confección relativamente grande de copias para su utilización en empresas industriales es posible que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, siempre que, con arreglo a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. Si se hace en un pequeño número de copias, puede permitirse la fotocopia sin pago, en particular para usos individuales y científicos.

De acuerdo con la explicación del Comité, debe entenderse que la intención de los redactores del artículo 9 en su numeral 2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas era que todos los pasos de la regla fueran superados para que el límite nacional atendiera a lo previsto en dicho

⁵² M. Senftleben. *Derecho de Autor, limitaciones y la prueba de tres pasos (Copyright, Limitations and the Three-Step Test)*. Traducción libre. Kluwer Law International. Reino de los países bajos. 2004.p. 79

Convenio, a dicha explicación se debió su denominación, la cual desde entonces es conocida como “regla de los tres pasos”⁵³ en tanto que exige el cumplimiento acumulativo de los tres requisitos en ella contenidos.



La flexibilidad que contiene la “regla de los tres pasos”⁵⁴ es la causa que la hizo atractiva para negociar los acuerdos posteriores (a su surgimiento en el Convenio de Berna) sobre propiedad intelectual, al tratarse de una norma con capacidad para adecuarse tanto a la legislación de los países de tradición continental, como a los países de derecho anglosajón que se caracterizan por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes.

Debido a su papel relevante, la “regla de los tres pasos”⁵⁵ quedó recogida en los distintos textos legales posteriores a su concepción inicial en el ámbito del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, entre los que se pueden mencionar:

El Acuerdo sobre ciertos aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994), en el que se evidencia un gran avance en la interpretación de la regla, pues amplía objetiva y subjetivamente su ámbito de aplicación, la cual queda sujeta a interpretaciones que varían en función del contexto de aplicación, principalmente, porque dicho acuerdo tiene su asidero en una perspectiva económica, dando paso al riesgo de que la regla se interprete de forma a atender principal o exclusivamente a los intereses de los titulares derivados y de los grandes explotadores de los bienes culturales, que muchas veces no son los autores de la obra.

El Artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio regula la regla de los tres

⁵³ Ídem

⁵⁴ M. Senftleben. Ob. Cit.

⁵⁵ Ídem.

pasos, en tanto que el artículo 9 regula la relación con el Convenio de Berna y la protección a los derechos de autor los cuales deben entenderse en función de los objetivos planteados en el artículo 7 que en su parte final establece que la protección y observancia de los derechos son en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de modo que favorezcan el bienestar social y económico, así como el equilibrio de derechos y obligaciones.



En atención a los cambios tecnológicos se debe tener en cuenta las innumerables técnicas de reproducción de las obras intelectuales y de las transmisiones digitales interactivas, la cuales exigen adaptaciones del sistema jurídico de la propiedad intelectual.

De esa cuenta en complemento del Convenio de Berna, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual optó por la formulación del tratado sobre Derecho de Autor (TODA) y el tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), en los que nuevamente se adopta la regla de los tres pasos y su papel como instrumento para la adecuada adaptación de los límites en el entorno digital.

En la misma línea de ideas el Artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el Comercio y el Artículo 10 del tratado sobre Derecho de Autor amplían la regla del Artículo 9.2 del Convenio de Berna para todo tipo de obras y derechos patrimoniales. Asimismo, la declaración concertada respecto del artículo 10 del tratado sobre Derecho de Autor⁵⁶, atribuye a los países signatarios la posibilidad de adaptar sus legislaciones nacionales a los cambios tecnológicos, permitiendo que establezcan nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno digital,

⁵⁶ "Declaración concertada respecto del artículo 10: queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital..." Recuperado de www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=381457

debiendo estas respetar la configuración de los límites establecidos en el Convenio de Berna.



En tanto que en el contexto del tratado de la Organización Mundial del Comercio sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, el artículo 16 en su numeral 2 hace extensiva la regla de los tres pasos a los nuevos derechos previstos en el marco del tratado, pero previamente en el numeral 1 equipara el régimen de límites de los autores al de los intérpretes o ejecutantes y productores de fonograma.

En la misma línea y conforme a la declaración concertada relativa al Artículo 16 del tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, la declaración concertada al respecto del Artículo 10 del tratado sobre Derecho de Autor, se aplica “mutatis mutandis”⁵⁷.

Aunado con la ampliación de la regla a cualquier derecho exclusivo, seguramente la mayor aportación de los tratados de la Organización Mundial del Comercio en materia de derecho de autor ha sido la creación de un mandato al legislador nacional para la creación de nuevos límites que resulten adecuados al nuevo contexto digital (según la observación de los criterios fijados en las respectivas declaraciones concertadas de los tratados).

Cabe enfatizar que, en la esfera de los tratados de la Organización de la Propiedad Intelectual, la aplicación de la regla de los tres pasos deberá siempre tener en cuenta lo dispuesto en sus respectivos preámbulos, en los cuales se reconoce la necesidad de mantener el equilibrio entre los derechos de los autores (y artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en el caso del tratado sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas) y los intereses del público en general, en particular en los ámbitos de educación, investigación y

⁵⁷ Mutatis mutandis: (Loc. Latina). loc. Adv. Cambiando lo que se deba cambiar. Diccionario de la Real Academia Española. Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe S.A. España. 2001. p. 1559.

acceso a la información, lo anterior con base a lo previsto en el Artículo 31 numeral 2 de la Convención de Viena sobre tratados⁵⁸, el cual estipula que el texto de los preámbulos de los tratados también constituyen norma de interpretación para estos.



Con el fin de prevenir situaciones de ejercicio abusivo de los derechos por parte de los autores o titulares del derecho, el alto nivel de protección conferido a la propiedad intelectual a través de los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, debe ser equilibrado con respecto a los valores sociales, tales como la educación e investigación, el interés general del público por la información puesta a disposición en bibliotecas u otras instituciones de este mismo servicio, así como el interés de las personas con discapacidad al tener acceso a esta información.

En cuanto al boceto de la Regla de los tres pasos, de acuerdo con su papel original como estándar relativamente flexible que impide abusos sobre la propiedad intelectual, pero sin interferir indebidamente en la capacidad de los legisladores y juzgadores de responder de manera justa y equilibrada a los retos constantes por los cambios al contexto comercial y tecnológico, esta debe ser considerada como una unidad indivisible a modo de hacer una interpretación integradora.

De esa cuenta deberá considerarse:

1. En cuanto a su primer criterio “determinados casos especiales”:⁵⁹ este no impide que los legisladores introduzcan límites abiertos siempre y cuando sea razonable; a este criterio corresponde la atención debida a las personas con discapacidad en el caso específico del *Tratado de Marrakech*.

⁵⁸ www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convención_viena.pdf.

⁵⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Convenio de Berna. Art. 9. p.4



2. En cuanto al segundo criterio “explotación normal de la obra”:⁶⁰ es necesario que la norma lleve en consideración la justificación del límite y asegure una compensación adecuada por el uso de la obra; en su caso debe considerarse este criterio en cuanto al patrocinio que se brinda en favor de los beneficiarios dentro de la conceptualización del *Tratado de Marrakech*.

3. Y en cuanto al tercer criterio “ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimo del autor”:⁶¹ dicha norma debe atenderse y buscar la protección no solamente de los intereses de los autores y titulares de los derechos, sino ser amplia y atender los de terceros derivados de los derechos humanos y libertades fundamentales en la misma medida de atención que merecen los intereses públicos como el progreso científico y el desarrollo cultural, económico y social. A este criterio corresponde el carácter inclusivo de las personas con discapacidad previsto en el *Tratado de Marrakech*.

En el caso concreto de las personas con discapacidad visual, debe atenderse que dentro del primer criterio desde el inicio de las inclusiones en las limitaciones y excepciones en diversas legislaciones en favor de las personas con discapacidad visual (a raíz del Convenio de Berna) fueron aceptadas inmediatamente las reproducciones de caracteres especiales para uso de ciegos y grabaciones de audio de obras literarias para uso de ciegos.

Esto revela la importancia que reconocieron los gobiernos a la necesidad de mejorar la posibilidad de acceder a los libros y otras obras protegidas por derechos de autor en favor de este conglomerado.

En este orden de ideas las limitaciones y excepciones para las personas con discapacidad visual son importantes indicadores para la interpretación del

⁶⁰ Idem
⁶¹ Idem

Tratado de Marrakech, pues estas permitirán que los beneficiarios y las entidades autorizadas creen, compartan e intercambien ejemplares en formatos accesibles a través de las fronteras, sin necesidad de requerir compensación económica o limitar las excepciones del *Tratado de Marrakech* a obras que estén disponibles en el mercado, lo cual concuerda con, que en ningún momento las leyes de protección de propiedad intelectual deben constituir de alguna manera una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a los materiales culturales y con la regulación de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que refuerzan la validez de las limitaciones y excepciones que favorecen a las personas beneficiarias directamente a través del *Tratado de Marrakech*.



El tema de la reserva otorgada a los países de permitir la reproducción mediante las limitaciones y excepciones dentro de la legislación en materia de derechos de autor es abordada en apartado especial, en los capítulos siguientes.

3.2. Convención de Roma

La Convención Internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión conocida también como Convención de Roma, fue suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961 contempla tres tipos de derechos conexos al del autor, en concreto,

- a) Derecho de los artistas
- b) Derecho de los productores de fonogramas
- c) Derecho de los organismos de radiodifusión

Dicha Convención, fue aprobada por Guatemala, mediante Decreto número 37-76 del 7 de septiembre de 1976 por el Congreso de la República de Guatemala.



La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es la encargada de administrar la Convención Internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma), juntamente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Es necesario señalar que los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, son independientes de los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, conforme lo previsto en texto del Artículo 1 de la Convención de Roma, en virtud que la protección prevista deja intacta, y no afecta en ningún modo la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, por lo tanto, ninguna de las disposiciones de dicha Convención podrá ser interpretada en menoscabo de esa protección.

Cabe hacer énfasis que los derechos descritos en el párrafo anterior, protegen interpretaciones y ejecuciones, fonogramas y emisiones, no así las obras mismas.

Todo lo relativo a los límites al derecho de autor y derechos conexos se encuentra recopilado en el artículo 15 de la Convención de Roma, el cual es de carácter dispositivo, en tanto que establece que los Estados contratantes pueden prever ciertos tipos de límites a los derechos de autor, pero sin estar obligados a hacerlo, describiendo los casos a considerar y haciendo en el segundo párrafo la salvedad que no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias, sino

en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de ~~la misma~~ Convención.



Las limitaciones se aplican a las tres categorías de beneficiarios de derechos conexos referidas anteriormente; se ha afirmado que tanto el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas como la Convención de Roma no favorecen a la armonización del sistema de límites, en la medida que no precisan las limitaciones admisibles, al contrario ambos cuerpos legales permiten a las partes contratantes crear límites no previstos de acuerdo con sus propios intereses y convicciones.

Sin embargo, es necesario considerar que, la armonización del régimen de los límites es una tarea difícil por las diferencias sociales y económicas entre los distintos países (Estados contratantes), que es el fundamento de la creación de la regla de los tres pasos contenida en el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

3.3. El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio también conocido como Acuerdo sobre los ADPIC, regula la protección de las obras literarias y artísticas cubiertas por el Convenio de Berna, los programas de ordenador, las recopilaciones de datos, las intervenciones y ejecuciones, los fonogramas y las transmisiones.

Los derechos y sus excepciones referentes a las obras literarias y artísticas son idénticos a los del Convenio de Berna, porque el artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC exige el cumplimiento de los criterios correspondientes del Convenio de



Berna, además, el artículo 13 de dicho Acuerdo incluye una versión ^{sutilmente} modificada de la regla de los tres pasos con el fin de limitar el alcance de las excepciones a los derechos exclusivos.

Dentro de la regulación del Acuerdos sobre los ADPIC, parece posible que la regla de los tres pasos, sea aplicable a los derechos exclusivos específicamente expuestos en el texto y también incorporados a través de la obligación de atenerse a las normas del Convenio de Berna.

En cuanto al tema de reproducción se regula de forma análoga a la del Convenio de Berna respecto a las obras literarias y artísticas, que prevé la regla de los tres pasos, aunque el criterio de la proporcionalidad se aprecia en aquel con respecto a los autores y en el Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los titulares del derecho.

En el Acuerdo no son existen excepciones explícitas para las personas con discapacidades visuales; sin embargo, estas parecen viables toda vez estén acorde a la regla de los tres pasos.

3.4. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, protege las obras literarias y artísticas conforme a la definición del Convenio de Berna e incluye específicamente los programas informáticos y las bases (recopilaciones) de datos que constituyen creaciones intelectuales por razón de la selección o disposición de su contenido.

Los derechos y por ende las excepciones autorizadas en este tratado, equivalen a los del Convenio de Berna, como se deduce de la lectura del artículo 1

numeral 4) en el que se estipula el cumplimiento de los artículos correspondientes del mencionado instrumento.



El tratado, también abarca derechos que van más allá de los reconocidos en el citado Convenio y en este sentido el artículo 10, dispone determinadas limitaciones y excepciones en dos apartados.

En el primero supone aplicar la regla de los tres pasos a las excepciones, a los derechos consagrados en el tratado, se trata posiblemente de la única disposición que regula las excepciones a tales derechos aunque estos no estén reconocidos en el Convenio de Berna, o no lo estén con claridad como es el caso de los derechos de distribución y alquiler y determinados aspectos del derecho de comunicación pública.

En el segundo apartado (artículo 10, numeral 2) aplica la mencionada regla de los tres pasos a las excepciones a los derechos en ámbitos cubiertos por el Convenio de Berna, de modo que ocasiona ciertas dudas sobre la necesidad de aplicar la prueba, además de las limitaciones al alcance de las excepciones ya aplicables en el Convenio y con relación a la posibilidad de extender las excepciones al derechos de reproducción contenidas en el artículo 9 del Convenio de Berna al medio digital.

En este tratado no parece que existan dificultades para prever excepciones destinadas a las personas con discapacidad visual; sin embargo, es preciso redactarlas de forma meticulosa debido al origen de los derechos y correspondiendo a la regla de los tres pasos para que puedan ser accesibles desde el lugar y el momento en que se prefiera.

3.5. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)



El tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, extiende su protección a los intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas y específicamente evita fijar excepciones a las obligaciones que se derivan de la Convención de Roma; sin embargo, no exige la adopción de las disposiciones de dicha Convención.

En su artículo 16 el tratado, regula las excepciones a los derechos mediante el criterio de la Convención de Roma, en el entendido que estas, son las relativas a las obras literarias y artísticas y bajo la condición de la regla de los tres pasos.

En este tratado como en el específico en materia de Derecho de Autor para obras literarias y artísticas, cabe la posibilidad de excepciones para las personas con discapacidad visual, siempre limitadas por la regla de los tres pasos, debiendo proceder con cuidado en su redacción dado los diversos orígenes de los derechos en virtud de los tratados, entiéndase: transmisión electrónica, interpretación y ejecución públicas, fijación, comunicación inalámbrica, adaptación, distribución (incluidos préstamo y alquiler) y reproducción.



CONVENIO DE BERNA	CONVENCIÓN DE ROMA	TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR	TRATADO DE MARRAKECH
<p>Adoptado en 1886. Regula la protección de las obras y los derechos de los autores. Ofrece a los creadores (autores, músicos, poetas, pintores, etc.), los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones. Se fundamenta en tres principios básicos: el trato nacional, la Protección automática y la Independencia de la protección. Contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse, así como los límites y las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.</p>	<p>Adoptada en 1961. Asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas de los productores de fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión. Permite que se dispongan limitaciones y excepciones en la legislación nacional a los derechos antes mencionados, respecto a la utilización privada, la utilización de breves extractos en relación con la información de acontecimientos de actualidad, la fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, la utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica y en cualquier otro caso en que la legislación nacional prevea excepciones al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. La OMPI se encarga de administrar la Convención de Roma conjuntamente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).</p>	<p>Adoptado en 1996. Es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos. El tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de Autor:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión y (art. 4) ii) las compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos) (art. 5). 	<p>Adoptado en 2013. Posee una clara dimensión de desarrollo humanitaria y social. Su principal objetivo es crear un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Entre los beneficios previstos, cabe citar los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Fomento de la sensibilización sobre los retos que afrontan las personas con dificultades para acceder al texto impreso y las personas con discapacidad b) Mayor acceso a la educación c) Mejora de la integración social y de la participación cultural d) Alivio de la pobreza y aumento de las contribuciones a la economía nacional



CAPÍTULO IV

Tratado de Marrakech y sus implicaciones



En octubre del año 2008, la Unión Mundial de Ciegos presentó ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual la propuesta de un tratado sobre el acceso para las personas ciegas y otras discapacidades de lectura, el cual fue discutido durante la reunión del Comité Permanente de dicha organización sobre derecho de Autor y asuntos relacionados en mayo del siguiente año (2009).

Después de varios años de debate, finalmente el 27 de junio de 2013 durante la Conferencia diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Marrakech Marruecos, se logró un gran avance, la propuesta del tratado fue adoptada por los Estados miembros identificando al tratado como *Tratado de Marrakech* para facilitar el acceso a las obras a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Este tratado es considerado como el primer tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que reafirma las excepciones y las limitaciones en el régimen de derechos de autor y que también pone final a la escasez de libros que ha asolado durante mucho tiempo a las personas con discapacidades visuales y otras discapacidades para acceder al texto impreso.

El *Tratado de Marrakech* se centra en los derechos de los usuarios, en el derecho humano a participar en la vida cultural de la comunidad.

En su preámbulo recuerda los principios de la no discriminación, de la igualdad de oportunidades, de accesibilidad y de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se considera que a nivel mundial el *Tratado de Marrakech* representa una victoria en favor de las personas con discapacidad visual y otras discapacidades para acceder al texto impreso y pone de manifiesto que los sistemas de derecho de autor son una parte importante de la solución al reto de mejorar el acceso a las obras y otro material impreso por parte de las personas con dificultades para acceder al texto impreso.



Pero, ¿qué sucede con los derechos de autor?

Para responder a esta pequeña pero profunda pregunta, es necesario afirmar que el derecho de autor debe entenderse como el conjunto de derechos exclusivos encaminados a la protección de las obras literarias y artísticas que comúnmente se conocen solamente como obras, cuya finalidad es promover las ciencias, la cultura y las artes, declarando que los creadores de dichas obras tienen derecho a una compensación por brindar esa forma de expresión materializada en sus obras y especialmente proteger esa relación entre el autor y el bien material creado.

La relación a proteger es más bien entre el autor y la sociedad de tal cuenta que el bien inmaterial que constituye el objeto de su creación sea oponible *erga omnes*, poniendo de manifiesto la equidad y la justicia que debe existir entre los derechos del propio autor y los de los editores y demás empresarios dispuestos a participar en la puesta a disposición al público el contenido de la obra.

El derecho de autor determina las facultades que el autor tiene en cuanto a su obra la cual es protegida especialmente por su carácter de individual y original. En la actualidad, tiene dos aspectos indisolubles: el derecho moral, el cual es irrenunciable y el derecho patrimonial que puede ser transmitido como cualquier otro derecho económico.



El derecho moral es parte de la persona, se considera extrapatrimonial, básicamente comprende el derecho de divulgar la obra o de mantenerla en reserva, es decir, la facultad positiva del derecho de autor de difundir su creación, de ejecutarla, de representarla y de exponerla al público, traducirla, adaptarla o reproducirla en cualquier forma o de hacer cumplir cualquiera de estos actos por otras personas o bien el derecho de no difundirla.

Un aspecto importante del derecho moral es la potestad negativa que tiene el autor al reconocimiento de la paternidad de la obra y la facultad de reivindicar su condición de autor, pudiendo obligar a cualquier persona (jurídica o física) a que su nombre o seudónimo aparezca vinculado a la obra o bien que utilice otra forma especial de mencionarlo.

El derecho a la paternidad de la obra se mantiene aún cuando los derechos patrimoniales se encuentren en poder de otra persona que no sea su autor, así como el derecho de defender su autoría cuando esta es impugnada.

El derecho moral consiste en el reconocimiento de la paternidad del autor sobre la obra realizada y el respeto a la integridad de esta, en este orden de ideas es necesario indicar que aun cuando la obra no se encuentre en poder del autor o ha cedido sus derechos patrimoniales, la obra no puede ser incluida como parte de otra obra o bien sufrir alteraciones como mutilaciones o separaciones por partes, pues ello significa su mutación que puede repercutir en la destrucción de la obra original o bien perjudica su manera sustancial.

El derecho moral faculta al autor a realizar en cualquier momento una modificación voluntaria a su obra, así como en cualquier momento decidirse a que sea divulgada o aun cuando esta ya haya sido puesta a disposición del público desista de tal decisión, a lo que se le denomina retracto o arrepentimiento.



En conjunto el derecho moral se afirma, es inalienable, irrenunciable, inembargable, inejecutable, inexpropiable en favor del autor y más allá de la negociación que hubiese efectuado sobre la obra, son consideradas normas absolutas e inherentes a la persona por lo consiguiente resultan ser inderogables por acuerdo entre las partes y a la vez una medida de protección a la sociedad contra los actos del propio autor, en salvaguarda de los productos culturales de ella.

El derecho patrimonial se mantiene en directa relación con la retribución que se debe al trabajo intelectual, sus variantes son independientes entre sí, y no están sujetas a un número determinado de formas, de esa cuenta es que su negociabilidad no reconoce más limitaciones que las establecidas por la ley que los regula.

El autor puede fraccionar el derecho patrimonial de manera temporal o espacial si pretende negociarlos con terceras personas para la explotación conjunta o exclusiva de esa persona en particular, pero la cesión o el uso siempre se presumen onerosos en virtud del concepto retributivo de ellos por mandato legal.

En el derecho patrimonial aparecen inmersos, el de reproducción, el cual consiste en la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada mediante la fijación a cualquier medio y por cualquier procedimiento destinado a la obtención de copias.

Otro derecho incluido es el de comunicación pública, que abarca todos aquellos actos por los cuales un número determinado de personas acceden libremente a la obra o a una parte determinada de ella ya sea en su forma original o transformada, verbigracia, representaciones o ejecuciones públicas, exposiciones de obras o sus reproducciones, emisiones, transmisiones o

retransmisiones por medio de la radiotelefonía o por servicios telemáticos, entre otros.



La transformación es otro derecho inmerso en el derecho patrimonial, que consiste en la explotación mediante la transcripción o traducción a otros idiomas, adaptación, actualización, síntesis, compilación, arreglo o creación de una obra derivada (de la original).

El derecho de participación es considerado parte de los derechos patrimoniales y consiste en reconocer a los autores de obras artísticas o de manuscritos de obras gráficas el derecho a percibir parte del estipendio de las ventas siempre y cuando se hagan por medio de un comerciante o agente comercial.⁶²

En consecuencia, el carácter patrimonial está dirigido a la explotación de la obra, lo que produce al autor estipendios pecuniarios, amparados en el derecho patrimonial, el cual reconoce al autor la potestad para autorizar a otra persona a reproducir la obra en forma material, comunicarla mediante cualquier canal de comunicación, distribuirla, transferirla mediante su adaptación, arreglo o traducción.

Por lo tanto el derecho patrimonial es el derecho derivado del derecho moral, el cual permite acceder a terceros de acuerdo con las regulaciones legales.

La creación es entonces el resultado de la actividad creadora del hombre, su originalidad denota la personalidad del autor y pone de manifiesto su capacidad cognitiva, esfuerzo y juicio.

En la actualidad se considera que los derechos morales desaparecen con las nuevas tecnologías, aunque estos derechos revisten carácter de absolutos,

⁶² M. Goldtein. *Derecho de autor*. Ediciones La Rocca. Argentina. 1995. pp. 41-45



inalienables, irrenunciables, perpetuos, inembargable, inexpropiables, entre otros también es necesario reconocer que la era tecnológica por la naturaleza de sus usos de ejecución en las redes digitales no deberían sufrir las omisiones de datos sobre el origen de las obras; sin embargo, la realidad es otra, pues su uso indiscriminado y la omisión de datos de sus orígenes representa una violación flagrante a este derecho.

Los derechos morales no solo deben mantenerse, sino adquirir una relevancia en el entorno digital, para garantizar el derecho de paternidad de la obra y con ello garantizar el ejercicio de este pues debe procurarse seguridad en la identidad del autor de la obra y por supuesto el ejercicio del derecho de integridad de la obra para que ella se mantenga y circule a través de las redes en forma como la concibió su autor (de esta manera se garantiza la autenticidad de los contenidos).

El respetar los derechos de autor resulta beneficioso, porque permite conseguir más y brindar mejor información, de igual manera si un autor desconocido ingresa al mundo digital puede auto difundirse y proporcionar todos los datos con relación a la paternidad de su obra. El respeto a las obras resulta ser una muestra del carácter personal del que consulta dichas obras, generando el mismo interés al compartir información por tutelarse en la web lo que si bien es cierto se percibe difícil de primera mano, no es imposible.

En el entorno de la protección se implementan medidas para identificar las obras mediante el uso de mecanismos de avanzada, lo cual incluye mecanismos de detección, rastreo y prevención, así como de incorporación de datos ocultos en las mismas obras, permitiendo en algunas oportunidades resguardar y regular el uso en el ámbito conforme a sus deseos e intereses.

Los elementos que caracterizan los mecanismos de protección o medidas de protección son, en primer lugar, la función de impedir actos que vayan contra el



acceso a la obra y en segundo lugar el referido a que esos actos no cuentan con la autorización de los titulares del derecho de autor y conexos.

De esa cuenta es que las medidas de protección tecnológica resultan ser la herramienta idónea para regular el acceso al contenido de la obra o de controlar el uso de esta (únicamente por quien está autorizado).

Para regular el acceso a las obras por medio de estos mecanismos de protección es posible establecer medidas que van desde el uso de un código o key (término en inglés que significa llave), que identifica al usuario legítimo.

Otro mecanismo es la encriptación de la obra, lo cual requiere del uso de un sistema de desencriptación para su comprensión y, finalmente, se menciona el uso de mecanismos con dispositivos que evitan las copias, los cuales permiten oír la obra, pero no su reproducción (o regula el número de copias).

El objeto del uso de las medidas tecnológicas es prevenir, restringir y hasta eliminar, según el caso cualquier acto no autorizado por el titular de los derechos y que atente contra los mismo, de tal cuenta que finalice en el acceso a la obra, modificación de esta, así como a su reproducción o puesta a disposición del público sin la debida autorización para su distribución.

El uso de las medidas de seguridad varía en los distintos países, de acuerdo con la aceptación e inclusión en las correspondientes normativas; algunos países adoptan técnicas de encriptación, códigos de acceso y de rastreo, marcas de agua, dispositivos anti copias, firmas electrónicas, estenografía, entre otros, los cuales son adoptados de acuerdo con los requerimientos de tutela en las redes sin que por ello se pueda asegurar que terceros dejen de escatimar esfuerzos para evadir estas.

El derecho de autor en el mundo digital o de la tecnología es tan vulnerable como en el mundo analógico por lo que las normas existentes deben reformarse a la óptica del mundo real en donde haya equilibrio para todos los sectores: creadores, titulares o propietarios de catálogos y usuarios.



4. Tratado de Marrakech y sus implicaciones a la entrada en vigor en los estados contratantes

Las definiciones que figuran en el *Tratado de Marrakech* son fundamentales para comprender su alcance y aplicación.

Los principios generales relativos a la implementación del tratado subrayan las flexibilidades de los países en cuanto a la implementación del tratado, los cuales aparecen contenidos en el artículo 10 del tratado.

Las obligaciones generales sobre las limitaciones y excepciones hacen hincapié en que la flexibilidad está limitada por obligaciones de los tratados existentes, en particular por la denominada regla de los tres pasos, por lo tanto, el tratado debe entenderse como, la creación de normas para las excepciones en el contexto de la regla de los tres pasos.

El *Tratado de Marrakech* exige que las Partes Contratantes cumplan dos obligaciones principales al aplicar el tratado a escala nacional conforme su propio ordenamiento jurídico.

La primera obligación consiste en prever una limitación o una excepción al derecho de autor a fin de permitir que los beneficiarios y la entidades autorizadas emprendan los cambios necesarios que permitan la reproducción de ejemplares de las obras en formatos accesibles diseñados para las personas con discapacidades para acceder al texto impreso que se definen como beneficiarios,

sin excluir la posibilidad de que los Estados en forma individual requieran el pago de una compensación razonable para los titulares de los derechos por la conversión de sus obras en formatos accesibles.



El tratado expresamente faculta a que los países contratantes puedan establecer una excepción para realizar la interpretación o ejecución pública, es decir, hacer actos por los cuales se hace audible la obra a los beneficiarios, o sea, no solamente se refiere a la acción de entregar directamente un formato, sino que se puede hacer una recitación o narración de una obra escrita, toda vez sea destinado a público de personas con discapacidad cubiertas por el tratado.

El tratado permite otras excepciones como la traducción y en general las que sean permitidas por el derecho internacional aplicable a cada país.

La segunda obligación consiste en permitir el intercambio transfronterizo de esos ejemplares en formato accesible de conformidad con las excepciones y las limitaciones contempladas en el propio tratado o por aplicación de la ley.

En este sentido, prevé la libre circulación de copias accesibles para uso de las personas con las discapacidades descritas a nivel nacional, regional y/o internacional; la única condición que al respecto establece es, que la exportación de copias en formato accesible o reexportación de tales copias recibidas del exterior solo es admisible en virtud de excepciones a los derechos exclusivos reconocidos en el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor o acuerdo o norma equivalente en el marco del *Tratado de Marrakech*.

El intercambio transfronterizo o uso interno ha de llevarse a cabo a través de las entidades autorizadas que tendrán que cumplir con ciertos requisitos de rendición de cuentas y transparencia. Debe tenerse claro que la obra no puede ser

alterada o utilizada fuera del ámbito previsto, para así salvaguardar la integridad de esta está protegida por el derecho del autor.



Una característica importante del tratado y su implicación en el acceso al conocimiento es el llamamiento a las partes contratantes para que se comprometan a garantizar que las medidas tecnológicas de protección no bloqueen ni obstaculicen la flexibilidad otorgada a los beneficiarios del tratado.

Así, la entidad autorizada podrá producir y distribuir una copia accesible u obtenerla de otra entidad, o sea que puede solicitarla a una entidad nacional o extranjera y suministrarla por cualquier medio a un beneficiario, ya sea por medio físico o digital, situación que permite identificar el sentido generoso de la disposición.

La implicación más notable del *Tratado de Marrakech* para el mundo en desarrollo es que va a contribuir a la autoestima y la independencia de millones de personas ciegas o con discapacidad visual y otras formas de discapacidad para acceder al texto impreso, que han sido víctimas de leyes discriminatorias y de prácticas consuetudinarias que les han impedido acceder a la información y el conocimiento, mediante la elevación de su estatus a partir de la consideración de supuestos de beneficencia o comunidades marginadas y generalmente desempleadas, a ciudadanos iguales (con igualdad de derechos).

En definitiva les proporcionará mejores oportunidades para acceder a la información, lo que les hará capaces de ejercitar otros derechos humanos, que hasta la actualidad han sido violentados debido a su falta de acceso a la información y al conocimiento.

Al realizar una retrospectiva resulta lamentable y preocupante reconocer que millones de personas han sido víctimas durante tanto tiempo de normas discriminatorias que repercuten en el impedimento de su desarrollo personal y

socioeconómico el cual tiene impacto en el bien común de la sociedad, por lo que se tiene la esperanza que el *Tratado de Marrakech* al ser implementado y adaptado a las legislaciones produzca un cambio definitivo.



El *Tratado de Marrakech* es compatible con las obligaciones estipuladas en el Convenio de Berna de la Protección de las obras literarias y artísticas, tratado de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual sobre Derecho de autor (1996), Convención Internacional para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, adoptada en Roma (1961), tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas (1996), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), Convención de la UNESCO sobre las protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La implementación del *Tratado de Marrakech* implica obtener beneficios en favor de las personas con discapacidad, específicamente aquellas con discapacidad visual y otra forma para sostener el texto impreso entre los que se mencionan:

- a) Crear un formato accesible de la obra sin la autorización del titular del derecho de autor;
- b) Suministrar el formato accesible de la obra o copias de este a personas con discapacidad, por cualquier medio, incluido el préstamo no comercial o mediante la comunicación electrónica por medios inalámbricos o alámbricos y tomar cualquier medida intermedia para alcanzar esos objetivos.
- c) Motivación a los autores a publicar sus obras en otros formatos
- d) Acceso a la educación, por medio de los formatos accesibles
- e) Integración social
- f) Participación cultural



- g) Paliativo de la pobreza
- h) Participación en contribuciones a la economía nacional
- i) Participación política
- j) Sensibilización sobre los retos que afrontan las personas con discapacidad visual y con dificultades para acceder al texto impreso
- k) Intercambio transfronterizo en formatos accesibles
- l) Bien social
- m) Desarrollo nacional
- n) Disminución de gastos

4.1. Reproducción, distribución y disposición de las obras en material accesible para personas con discapacidad visual y para acceder al texto impreso

El *Tratado de Marrakech* adoptado durante la Conferencia Diplomática organizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el 27 de junio de 2013, favorece el amplio acceso a libros en formato braille, letra grande, audiolibros y otros formatos accesibles por parte de las personas con discapacidad visual y otras dificultades para sostener el libro impreso; este tratado busca subsanar la escasez de ejemplares de obras en formato accesible.

El *Tratado de Marrakech* favorece a las personas beneficiarias estableciendo la libre reproducción, distribución y puesta a disposición de las obras publicadas mediante la transformación de dichas obras en formatos accesibles o cualquier forma alternativa que brinde el acceso a ella, lo cual deberá cada país contratante establecer a través de una limitación o excepción relativa al derecho de reproducción, de distribución y de puesta a disposición del público tal y como lo establece en el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derecho de autor, para facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios.



El tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derecho de autor establece la regulación al derecho de la distribución, la cual es conocida por los países signatarios de modo que dicho sistema de limitación varía en gran medida, según las legislaciones de los distintos países, pues esta data de la Conferencia de Estocolmo de 1967 en la cual se discutió en cuanto a la regulación de las limitaciones al derecho de reproducción y que tenía como principal objetivo la consagración a nivel internacional del derecho de reproducción de los autores y titulares de las obras.⁶³

La regulación obedecía a que los límites existentes y reconocidos con más frecuencia por las legislaciones nacionales se referían a las formas de utilización de discursos políticos, artículos de periódicos, grabaciones efímeras, reproducción realizadas por las librerías mediante fotocopias, reproducciones para personas con discapacidad visual, utilización de obras artísticas en películas y televisión, reproducción en interés de la seguridad social entre otras.⁶⁴

Aunque ya se mencionaba las reproducciones para personas con discapacidad visual, el tema no era reconocido como destacado para la justificación de limitaciones que debieran necesariamente servir a un fin específico, el cual a medida del paso del tiempo fue adoptado por el grupo de estudios que lo destacó citando el uso privado, la necesidad de acceso a la cultura e información y el interés de personas con discapacidad, tema que ya fue abordado con más detenimiento en el capítulo anterior.

Entonces después de múltiples discusiones fue hasta en el *Tratado de Marrakech* que se consagró la idea de reconocer los derechos específicos de acceso a la educación que ya habían sido reconocidos mediante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la cual no se incluyen

⁶³ S. Ricketson y J. Ginsburg. *El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas 1886-1986*. Editorial Kluwer. Londres. 1987. p. 479.

⁶⁴ M. Senftleben. *Derechos de autor, limitaciones y la prueba de tres pasos*. Ídem. p. 43



limitaciones o excepciones específicas por ser una normativa dirigida a todas las formas de discapacidad que se puedan presentar.

En el caso del *Tratado de Marrakech* la situación es diferente, pues el mismo está dirigido a beneficiarios plenamente definidos y para quienes la reproducción, distribución y puesta a disposición de las obras, debe ser respetando los derechos de autor y promoviendo el acceso al conocimiento en la era digital.

Sabiendo que la reproducción de las obras tiene el potencial de aumentar en gran medida la disponibilidad de materiales en formatos accesibles a nivel mundial. La capacidad de compartir estos formatos accesibles a través de las fronteras representa el beneficio de las personas con dificultades para acceder al texto impreso en todo el mundo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.

La distribución legal en versiones accesibles de obras impresas, significa el envío de obras en dichos formatos a través de las fronteras nacionales, lo que permite evitar costosos esfuerzos de duplicación en diferentes países por parte de múltiples instituciones (que en materia de personas con discapacidad, a menudo son financiadas con fondos públicos o son instituciones de beneficencia).

Sin embargo, la reproducción, distribución y la puesta a disposición del público de las obras publicadas en formato accesible, resulta en limitaciones a los derechos de los titulares de las obras protegidas correspondientes.

La distribución permite que las instituciones puedan ampliar sus colecciones de obras y compartir estas con personas con discapacidad visual de otros países con menos recursos y para servir mejor a las personas con dificultades de acceso al texto impreso en cada país, proporcionando material de lectura en cualquier idioma que lo demande.

En el caso particular de las bibliotecas, se considera que son el centro del concepto de las entidades autorizadas, en el sentido que pueden realizar la producción y distribución a nivel nacional de materiales accesibles, así como enviar las copias de estos a otros países.



Desde el punto de vista práctico, se puede afirmar que la disposición más importante del tratado para las bibliotecas es la del concepto de entidad autorizada, en virtud que se puede encuadrar perfectamente en esta, como la organización que puede fabricar y distribuir copias en formato accesible y en qué condiciones lo debe hacer.

Es necesario recordar que el artículo 2 del *Tratado de Marrakech*, en su literal c), define a la entidad autorizada como, aquella entidad que es autorizada o reconocida por el gobierno para proporcionar a los beneficiarios sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información.

Entendiendo que toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales puede ser considerada como entidad autorizada.

Entonces, tanto un organismo especializado que presta los servicios a personas con discapacidad visual, como una biblioteca de libros hablantes y una biblioteca de servicios generales, como una biblioteca académica o pública que proporciona los mismos servicios a todos sus usuarios, independientemente de su discapacidad, constituirían una entidad autorizada.

La biblioteca o entidad autorizada, establece y sigue sus propias prácticas, con el objeto de asegurarse que los beneficiarios perciban efectivamente el acceso al material intelectual, bajo la presunción de que son personas de buena



fe, debiendo limitar la distribución de copias en formato accesible a personas beneficiarias u otras entidades autorizadas, para desalentar la reproducción y distribución de copias no autorizadas y para mantener la debida diligencia y registros de la manipulación de copias en formatos accesibles.

Es importante identificar que cualquier biblioteca o institución que reúna los criterios generales establecidos, califica como entidad autorizada.

Por tal circunstancia, es necesario que dichas entidades autorizadas establezcan prácticas de control para garantizar que las copias en formatos accesibles se utilicen con fines de buena fe, pues el tratado no contempla reglas específicas ni un proceso o mecanismo de aprobación.

En el artículo 2 del tratado, precisamente en la literal b), se describe una copia en formato accesible, como la copia de una obra en un formulario que le proporciona a una persona beneficiaria tan viable y cómodamente como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso.

Pero, ¿existe garantía para los titulares de los derechos de autor en cuanto a que no serán violentados sus derechos por la reproducción, distribución y puesta a disposición de las obras al ser transformada a formato accesible para los beneficiarios y cuando sean puestas a disposición de estos?

Para dar respuesta a la incógnita planteada en el párrafo anterior, es necesario considerar que, al titular del derecho si bien es cierto que le asiste el derecho a la reproducción, autorización de la distribución, acceso en cualquier momento, divulgación e integridad así como al retracto, también le asiste el derecho de contratar o bien en su caso a renunciar a cobrar la remuneración proveniente de un contrato o bien a accionar legítimamente por la infracción cometida ante los usos no autorizados de las obras pactadas en contrato.

De la contratación para la reproducción se derivan obligaciones en cuanto a garantizar la originalidad de la obra; sin embargo, quien presta el servicio en ningún momento es partícipe de la actividad creativa, de tal cuenta que la producción de los ejemplares para hacer pública la obra no están sujetos a los derechos de autor pues al igual que otros derechos conexos surge de la difusión, verbigracia, los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.



En cuanto a la protección del derecho de autor y de los derechos conexos respecto a las diferentes obras, la finalidad es sugerir soluciones para salvaguardar los derechos de los titulares sobre las obras y otras creaciones protegidas asegurándoles un trato equitativo, favoreciendo a la vez la actividad creativa eminentemente necesaria para el desarrollo cultural de cualquier nación.

De acuerdo con la regulación en materia de derecho de autor fundamentada en el principio por el cual el autor debe participar en el éxito económico de la obra por ser producto de su actividad intelectual creadora y de acuerdo con las características del derecho patrimonial, el autor o el titular del derecho tiene la potestad de autorizar o no la explotación del producto de su ingenio (obra), sin importar las formas de utilización de esta, conocidas o por conocerse.

En cuanto al principio de la independencia del derecho, cada modalidad de explotación debe considerarse independientemente de las demás por lo que cada una requiere la autorización respectiva por parte del autor o del titular del derecho a quien le asiste la facultad de poder transferir los derechos por acto entre vivos e incluso o bien fraccionar la validez temporal o espacial del derecho.

El derecho patrimonial por ser un derecho de naturaleza pecuniaria puede ser expropiable, renunciable y temporal.



El derecho patrimonial en sí no resulta embargable; sin embargo, los beneficios económicos que se obtienen de la explotación propiamente dicha de la obra (soportes físicos de esta) si resultan embargables.

Al autor o titular de los derechos le asiste el derecho de transformación el cual comprende todos aquellos arreglos, adaptaciones, traducciones y cualquier otra transformación de su obra, así como el derecho exclusivo de reproducción.

El derecho exclusivo de reproducción descansa sobre los principios siguientes:

- Es aplicable a todas y cada una de las partes o fragmentos de la obra.
- Es aplicable a toda forma de reproducción, ya sea esta directa o indirecta.
- El derecho sobre la obra es aplicable, sin importar la finalidad de la reproducción ni el ámbito en que se utilice.
- Toda y cada una de las reproducciones debe ser autorizada por el autor o titular del derecho.
- La protección es independiente de la cantidad o la intensidad de ser distribuidas o puestas a disposición o no.
- El derecho que le asiste al autor o al titular es de carácter genérico por lo que el simple hecho de la falta de mención en la ley de determinado medio técnico no puede interpretarse como exclusión de la protección.

Así como al autor o titular del derecho le asiste el derecho de la reproducción, también le asiste el derecho de distribución el cual consiste en la exclusividad de autorizar, realizar o prohibir la distribución pública de ejemplares o copias de la obra ya sea mediante la venta directa, el arrendamiento o alquiler de la obra.

En cuanto a la puesta a disposición al público, esta se encierra en el derecho que le asiste al autor o titular del derecho de trasladar la obra mediante la comunicación al público haciendo efectivo el acceso a esta, pudiendo realizarse



de acuerdo con su naturaleza por medio de recitación en caso de obras literarias, por medio de transmisión radiofónica o medio que sirva para difundir sin hilo los signos, sonidos o imágenes, así como autorizar la representación y ejecución por cualquier medio o procedimiento o transmisión de cualquier forma en el caso de las obras dramáticas, musicales o dramático musicales.

Al autor le asiste el derecho de disponer de su obra y explotarla económicamente y aunque haya enajenado la propiedad de su obra intelectual, tiene el derecho de velar por su exacta reproducción o representación pública (que constituye el derecho moral), el cual representa el derecho de vigilancia, el cual corresponde a la parte invendible de toda obra intelectual, situación que le habilita indiscutiblemente para que de cualquier manera continúe atento ante toda reproducción, no importando incluso si será producto de una limitación o excepción legal.

4.2 Limitaciones y excepciones en el intercambio nacional y transfronterizo

La realidad jurídica del derecho de autor es compleja, desde su origen congrega las pretensiones de diversos actores del proceso de la creación y de recepción de las obras. En forma concreta al autor, el público y el explotador de la obra. Desde su surgimiento tiene un ideal utilitario y social, con la finalidad de transmitir las obras producto del ingenio al interés público.

El derecho de autor debe atender los intereses de la colectividad y relacionarse con los distintos derechos y obligaciones que forman la unidad del interés colectivo y de ahí la necesidad de establecer limitaciones en favor del público, quien juega el papel más importante y resulta ser la fuente de justificación.

Las limitaciones, implican la restricción del derecho (subjetivo) y priva de la efectividad de su ejercicio o del campo de libertad de acción del autor o titular del

derecho. El término limitación es utilizado común e indistintamente por juristas y legisladores como sinónimo de límite y excepción.



Las razones para la creación de los límites del derecho de autor no son estáticas y el interés que se busca proteger tampoco lo es, de tal cuenta que con el paso del tiempo las limitaciones que hoy se justifican pierden su fundamento provocando mutaciones necesarias. En la actualidad, aunque todas las justificaciones de restringir el derecho de autor tienen como finalidad el mantenimiento del equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y aquellos de la colectividad, es necesario reconocer que el entorno digital avanza y parece que algunas de las limitaciones no se ajustan a la realidad en tanto que otras conservan toda su legitimidad.

Según la doctrina, existen dos categorías principales de justificaciones para la adopción de límites al derecho de autor: la primera fundada en la defensa de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la información y a la cultura; y la segunda, fundada en los fallos o imperfecciones del mercado.⁶⁵

Las primeras deben mantenerse inalteradas en el contexto digital, puesto que los derechos fundamentales deben aplicarse en todo entorno debiendo adaptarse al nuevo contexto, verbigracia, en el caso de las instituciones culturales, educativas y bibliotecas de tal cuenta que no afecten significativamente la explotación de las obras intelectuales; y, finalmente, las que se refieren a las imperfecciones del mercado que encierra el derecho de la competencia, el abuso del derecho y las reglas de protección de los consumidores.

⁶⁵ P. Sirinelli. *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*. Taller sobre cuestiones de aplicación del tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Ginebra, Suiza. 1999. p. 24-29. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf



En este último grupo debe sobresalir la ausencia del perjuicio económico con el fin de proteger al titular de los derechos; sin embargo, esta tolera la utilización de las obras en casos concretos que ocasiona un perjuicio económico insignificante al titular de los derechos. Sin embargo, en el ámbito tecnológico no es posible medir el impacto por la infinidad de copias idénticas al original que pueden realizarse en un mínimo de tiempo por lo que dicha limitación ya no se ajusta.

En el contexto de los Estados democráticos de derecho, el derecho de autor debe estar siempre en armonía con los derechos y garantías fundamentales, de tal manera que es imprescindible la creación de límites a la propiedad intelectual del autor, con los cuales se busca establecer el equilibrio entre los (dos) derechos subjetivos, del autor o titular del derecho y el del usuario.

La primera categoría de las limitaciones al derecho de autor fundamenta determinados límites como:

- a) La cita
- b) La revista de prensa
- c) La parodia
- d) Los trabajos sobre temas de actualidad
- e) Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad
- f) Límites en beneficio de determinados establecimientos como bibliotecas

El reconocimiento del derecho de autor como un derecho exclusivo, permite que pueda limitarse para atender el interés público, de manera que si existiese el monopolio de este resultaría imposible permitir los usos, incluso, citar una obra en un reporte de investigación o realizar una parodia.

Entre los derechos fundamentales sobresalen los derechos de libertad de expresión e información, los cuales deben garantizarse tanto a los titulares de la

propiedad intelectual, como a los usuarios de los bienes intelectuales; entendiendo que la garantía de libertad de expresión, comprende en este orden de ideas no solo la libertad de difusión de información, sino también la libertad de recibir o buscar dicha información.



De esa manera las limitaciones al derecho de autor que se fundamentan en el derecho de información, posibilitan a la sociedad la oportunidad de recibir la información contenida en una obra.

El desarrollo tecnológico ha abierto la brecha de las herramientas digitales (de almacenamiento), así como de nuevos productos y soportes de información, que exigen cambios profundos en formas de gestión de servicios de información, dando paso a dificultades, tanto de naturaleza técnica como económico organizativa que repercute en el campo legal del derecho de autor, que genera la creación de nuevos límites o ampliación a los existentes o bien una adecuación al nuevo contexto (podría ser cambio interpretativo), con base a los criterios de la regla de los tres pasos.

El derecho a la intimidad sería fundamento del uso privado de la obra, el cual representa otro de los límites al derecho del autor por medio del cual se permite a los usuarios realizar la reproducción de obras intelectuales para su explotación.

Dicho derecho es esencial para la difusión de la información y en la actualidad a cobrado gran importancia en el contexto de las nuevas tecnologías, porque ha permitido ampliar la difusión del contenido protegido y, porque los nuevos métodos digitales y dispositivos de protección han permitido a la vez que los titulares del derecho de autor controlen tanto el acceso como los usos individuales de los contenidos.

Sin embargo, en la actualidad paralelamente existe la preocupación en cuanto a que los nuevos métodos digitales facilitan la intromisión indebida, en la esfera privada de los usuarios, por lo que se debe emplear los mismos métodos para la adopción de sistemas de gestión electrónica de derechos como garantía de respeto a la intimidad.



Las limitaciones al derecho de autor relativas a los fallos o imperfecciones del mercado, tienen su asidero en los fallos detectados en la producción y en la explotación de contenidos protegidos, los cuales tienen lugar cuando los costes de transacción entre los titulares del derecho y usuarios potenciales de obras protegidas son tan altos que hacen imposible su negociación o bien, cuando el titular del derecho es incapaz de imponerse efectivamente a los usos no autorizados por parte del público, provocando la necesidad de encontrar formas alternativas de compensar la falta de negociación y por lo consiguiente, evitar que los derechos exclusivos resulten inaplicables.

Ante los supuestos de los fallos de mercado, las restricciones al derecho de autor se dan a través de una compensación económica al titular del derecho en cuestión, es decir, mediante el establecimiento de una remuneración, la cual se encuentra acorde al tercer criterio de la regla de los tres pasos, que exige que los límites no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o titular de los derechos; dicha fijación de una compensación equitativa sirve para (en determinados supuestos), convertir un perjuicio (causado por un límite), que se considere no sustancial a los derechos del autor o titular de este en un perjuicio que no afecta a sus intereses legítimos.

Por tal razón, las limitaciones basadas en los fallos o imperfecciones de mercado toman forma de licencias no voluntarias, como es el caso de la copia privada o el límite del préstamo de obras que realizan entidades educativas o culturales sin ánimo de lucro, debiendo hacer salvedad que los límites relativos a



la copia privada y el préstamo también tienen su fundamento en razones distintas a las descritas en el presente párrafo (fallos de mercado).

En el caso de la copia privada, se justifica por el derecho a la intimidad, así como al acceso y difusión de la información, permitiendo que cada persona acceda a obras con la finalidad de adquirir y acumular conocimiento que posteriormente compartirá y beneficiará al público (sociedad).

En tanto que en lo relativo al préstamo de obras, por parte de instituciones educativas o culturales sin ánimo de lucro, tienen justificación fundamentada en el servicio al interés general en cuanto a la promoción de la cultura y libre acceso de los ciudadanos.

En la actualidad existen arreglos directos entre titulares de los derechos de autor y usuarios que reducen significativamente los costes de transacción, por lo que las situaciones de imperfecciones o fallos de mercado han tendido a reducirse, debido a la utilización de las nuevas tecnologías digitales, lo que genera duda si los derechos patrimoniales del autor quedarán restringidos, por la facilitación de la utilización de obras protegidas debido al alto coste de la negociación de la licencia correspondiente.

El avance tecnológico exige una urgente adaptación del sistema jurídico del derecho de autor a estos nuevos paradigmas y su pronta aplicación. En la actualidad gracias a las nuevas tecnologías, la propiedad intelectual tiene mayor relevancia en la vida cotidiana de quienes utilizan con más intensidad obras intelectuales protegidas, ya sea con la finalidad de formación académica, entretenimiento o información general.

La población en general se siente cada vez más afectada por la regulación existente sobre estas tecnologías y la propiedad intelectual a ellas asociadas, exigiendo la protección de sus legítimos intereses, de tal cuenta que produce la

transformación de la relación existente entre el autor o titular del derecho y el usuario de los contenidos del ingenio humano sin hacer énfasis en determinado grupo.



En este contexto se presentan dos alternativas: la posibilidad de un control absoluto de las obras por parte de los titulares de los derechos con ánimo de reducir al máximo el abanico de conductas fuera de control mediante el uso de medidas tecnológicas y licencias on line (nuevas tecnologías), o por otra parte la posibilidad de fomentar la difusión de la cultura, mediante la creación de nuevas excepciones para la utilización de los contenidos protegidos en el entorno digital, o bien aplicando de forma amplia las ya existentes.

Los límites ya creados en el contexto analógico y con justificación de permanencia en el entorno digital deben seguir cumpliendo su función y las modificaciones necesarias deben ser planteadas creando nuevos supuestos de excepción a la propiedad intelectual en beneficio de los legítimos intereses de los usuarios.

Dichas modificaciones deben responder armoniosamente a las necesidades que deban cubrir, de tal cuenta que el resultado de las limitaciones a los derechos de los titulares de las obras protegidas correspondientes sea directamente en beneficio de los usuarios en forma general o bien determinados.

En el caso particular del *Tratado de Marrakech*, el cual favorece el acceso a las obras publicadas (libros) a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, deben identificarse las nuevas directrices para las posibles limitaciones o excepciones que deben adoptarse.

El *Tratado de Marrakech* mediante el artículo 4, exige a los países contratantes que establezcan en su legislación nacional en materia de derecho de autor una excepción o limitación al derecho de reproducción, distribución y puesta

a disposición del público, con la finalidad de facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios, la cual debe ser acorde a lo establecido en el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.



La intensión de la limitación o excepción es permitir los cambios necesarios para hacer que el trabajo sea accesible en el formato alternativo.

Asimismo, los países contratantes pueden prever una excepción o limitación al derecho de ejecución o representación pública, con la intención de facilitar el acceso a las obras por los beneficiarios.

Se tiene la flexibilidad importante en cuanto a la forma de cumplir la obligación establecida en relación con la reproducción y distribución, asimismo, se establece la forma en que una entidad autorizada debe cumplir al crear un ejemplar en formato accesible o para obtener un ejemplar en dicho formato, teniendo como origen otra entidad autorizada, así como para poder suministrar la copia directamente a una persona beneficiaria por cualquier medio, debiendo tomar en cuenta las siguientes condiciones:

- Que la entidad autorizada que desee realizar dicha actividad tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de esta
- Que la obra sea convertida a un formato accesible, que pueda incluir cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, pero no introduzca más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a la obra
- Los ejemplares en formato accesible creados sean suministrados exclusivamente a los beneficiarios
- Que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro

Asimismo, un beneficiario o alguien que actúe en nombre de este ~~incluida~~ la persona principal que se dedica a su cuidado o atención, podrá ~~realizar un~~ ejemplar en formato accesible de la obra para el uso personal (exclusivo) del beneficiario, o podrá colaborar de cualquier otra forma con el beneficiario a reproducir y utilizar ejemplares en formato accesible cuando el beneficiario tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de esta.



Alternativamente el país contratante puede satisfacer el establecimiento de una limitación o excepción relativa a derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de puesta a disposición al público de acuerdo con el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de autor, para facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios permitiendo los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo, mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor de acuerdo con su propia normativa jurídica y prácticas legales nacionales.

En este último caso de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 del *Tratado de Marrakech*, dichas limitaciones y excepciones pueden incluir toda resolución judicial o administrativa, o disposición reglamentaria en favor de los beneficiarios relativa a las prácticas, tratos o usos justos que permitan satisfacer sus necesidades de conformidad con los derechos y obligaciones que las Partes contratantes tengan en virtud del Convenio de Berna, de otros tratados internacionales y el artículo 11 del propio *Tratado de Marrakech*.

De esa cuenta es, que de acuerdo con lo estipulado con el artículo 11 del mismo *Tratado de Marrakech*, al adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación del tratado, los países pueden ejercer los derechos y deben cumplir con las obligaciones que provengan de conformidad con el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y el tratado de la Organización Mundial de la

Propiedad Intelectual sobre derecho de autor, incluyendo los acuerdos interpretativos de estos.



De manera que, de conformidad con el artículo 9.2 del Convenio de Berna, el país contratante pueda permitir la reproducción de obras en determinados casos especiales, siempre que dicha reproducción no atente contra la explotación normal de la obra de que se trate ni cause algún perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Y que, asimismo, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, el país ajuste las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales.

Finalmente, que de conformidad con el artículo 10.2 del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derechos de autor, la parte contratante restringirá, al aplicar el Convenio de Berna cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos de ciertos casos especiales que igualmente que en la aplicación de los dos tratados internacionales referidos en los párrafos anteriores, no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En forma extraordinaria, el artículo 12 del *Tratado de Marrakech*, reconoce la disposición de los países contratantes de la inclusión de otras limitaciones y excepciones al derechos de autor, distintas de las que contempla el mismo tratado, la cual se refiere a que debe atender la situación económica y las necesidades sociales y culturales de la propia parte contratante de conformidad con sus derechos y obligaciones internacionales.

Establece en el mismo artículo, que en el caso de tratarse de un país menos adelantado, la inclusión de las limitaciones y excepciones debe ser acorde

a sus necesidades especiales, sus derechos y obligaciones internacionales específicos y las flexibilidades derivadas de estos últimos.



En el segundo párrafo del artículo 12 se dispone que el tratado, se debe entender sin perjuicio de otras limitaciones y excepciones que se contemplen en la legislación nacional en relación con las personas con discapacidad.

Es necesario identificar y subrayar, de conformidad con los párrafos anteriores las restricciones opcionales en cuanto a disponibilidad comercial y remuneración.

En los artículos 4 (4) y 4 (5), aparecen disposiciones opcionales que si se aplican en la legislación nacional restringen las libertades permitidas en virtud del tratado.

De esa cuenta es que el artículo 4 en su numeral 4, permite que un país limite las excepciones a las obras que no están disponibles en el mercado comercial en condiciones razonables para las personas beneficiarias en ese mercado. En el caso particular de una biblioteca, esto significa que primero tendría que realizar una búsqueda para comprobar si el trabajo está disponible comercialmente en un formato accesible antes de poder realizar una copia accesible.

Lo anterior, resulta de la dificultad que representa determinar con certeza si una obra está disponible en un formato determinado y con un coste razonable para las personas beneficiarias, especialmente en situaciones de intercambio transfronterizo, de esa cuenta el efecto práctico sería que la excepción resultaría prácticamente inviable y por lo consiguiente se retrasaría la realización de la copia accesible, debiendo recordar que las bibliotecas no cuentan con el personal ni los recursos para llevar a cabo controles sobre una base individualizada.



El nivel de riesgo de la probabilidad, que una institución sea demandada por el titular del derecho de autor en caso de que se realice una copia en formato accesible de una obra comercialmente disponible, podría significar que la biblioteca se niegue a ofrecer el servicio en absoluto, en tanto que en el caso de existir la obra en formato accesible y estar disponible en el mercado comercial, dicha institución puede disponer sobre su adquisición.

En el caso de la posibilidad de someter las excepciones a la remuneración, el cual es contenido en el numeral 5 del artículo 4, del *Tratado de Marrakech*, el pago de un canon al titular del derecho, el país contratante podría adoptar la medida de regular la obtención de una licencia legal, en lugar de regular una excepción absoluta.

Esta disposición aunque se presenta factible, tendría un efecto desalentador en la realización de copias accesibles, especialmente para bibliotecas de países considerados menos adelantados con un presupuesto de libros muy limitado, debiendo recordar que la copia en formato accesible se hace con el único propósito de proporcionar igual acceso a la obra a beneficiarios discapacitados y la actividad se lleva a cabo sin fines de lucro.

El intercambio transfronterizo de copias, en formato accesible como una actividad de la exportación de un ejemplar, en formato accesible realizado al amparo de una excepción con destino a una entidad en otro país o directamente a una persona beneficiaria en otro país, es considerada con flexibilidad.

Esta disposición contenida en el artículo 5, establece que el derecho de autor nacional del país de origen debe permitir que una entidad autorizada, para distribuir el ejemplar en formato accesible a una persona beneficiaria, así como a una entidad autorizada en otro país, debe realizarse bajo la condición de que la entidad autorizada cumple con la prueba de la buena fe.

Sin embargo, la propia entidad autorizada puede decidir si ~~considera~~ necesario, si debe aplicar otras medidas, además de las que se emplean en el contexto nacional para confirmar la condición de beneficiario de una persona a la que sirve en otro país. Esto quiere decir, ampliar la prueba de la buena fe por el que la entidad pueda identificar si el ejemplar en formato accesible puede ser utilizado para otro fin distinto que no responda al destino de las personas beneficiarias.



La normativa del artículo 6 es el complemento de lo normado en el artículo 5, en sentido que dicho artículo regula que los países contratantes en concordancia con la permisibilidad de realizar un ejemplar en formato accesible (por una entidad autorizada, quien actúe en nombre del beneficiario o el propio beneficiario), debe permitir importar este último siempre y cuando esté destinado a los beneficiarios sin la autorización del titular de los derechos de autor, con lo cual se garantiza el goce de las mismas flexibilidades contempladas en el artículo 4 del tratado.

En cuanto a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, el artículo 7 del *Tratado de Marrakech*, establece que una medida tecnológica de protección, como una copia o un control de acceso, no puede impedir que un beneficiario disfrute de las excepciones previstas en la legislación general sobre derecho de autor. Por lo tanto en tales casos, el país contratante debe adoptar un mecanismo como una excepción a la prohibición de elusión para permitir a una entidad autorizada hacer una copia en formato accesible o bien requerir al titular de los derechos de autor que proporcione a la entidad autorizada la clave para abrir el bloqueo digital.

En el artículo 8, el mismo tratado regula lo relativo al respeto de la privacidad, estableciendo que los países deberán hacer lo posible por proteger la intimidad de los beneficiarios en igualdad de condiciones con las demás personas, en este sentido la aplicación del tratado no debe interferir con la privacidad de las

personas beneficiarias, por ejemplo, en los mecanismos de distribución de ~~los~~ formatos accesibles.



El artículo 9 establece la cooperación encaminada a facilitar el intercambio transfronterizo, el cual contiene disposiciones destinadas a facilitar los intercambios tanto transfronterizo como voluntario, de información para ayudar a las entidades autorizadas a identificarse mutuamente.

De tal cuenta, que el numeral 2 del artículo 9, establece que los países se comprometen a ayudar a sus entidades autorizadas en el suministro de información concerniente a sus prácticas relativas a las copias en formato accesible; pero, asimismo, establece que, las entidades autorizadas no están obligadas a revelar dicha información.

Presumiblemente, la asistencia podría adoptar la forma de un sitio web alojado por un país o la provisión de fondos adicionales a entidades autorizadas.

El *Tratado de Marrakech* usa el instrumento político de las excepciones y limitaciones al derecho de autor para ampliar la disponibilidad global de copias de libros y material cultural en formatos accesibles.

Las excepciones y limitaciones ya aparecen en las legislaciones nacionales, por ejemplo, para permitir ciertos usos de materiales protegidos por derecho de autor para en beneficio de las bibliotecas o instituciones educativas permitiendo la reproducción parcial sin el permiso del titular de los derechos.

Las excepciones y limitaciones constituyen una parte vital del equilibrio que la ley de derechos de autor debe lograr, entre los intereses de los titulares de los derechos en un control exclusivo y los intereses de otros por la participación cultural.



En este sentido, se busca adaptar la aplicación de las limitaciones a un nuevo entorno digital, así como establecer una regulación armonizada de estas, que garantice el justo equilibrio entre los derechos e intereses de los titulares de derechos y los de usuarios de prestaciones protegidas, debiéndose tomar en cuenta en forma general, y no descriptiva y estricta:

1. Un límite aplicable a las reproducciones provisionales, el cual debe tener carácter obligatorio.
2. Un límite en relación con la reproducción, comunicación pública y de distribución con carácter facultativo.
3. Y por último uno que recoja la regla de los tres pasos.

Es relevante tomar en cuenta todos los cambios resultantes de la evolución tecnológica para plantear la delimitación adecuada en cuanto a las referidas limitaciones legales en el contexto de la internet, de acuerdo con la tradición normativa en materia de derecho de autor de cada país y las nuevas formas de utilización de las obras o prestaciones protegidas.

En este orden de ideas se puede apreciar que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad regula en su artículo 30, que los Estados reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás en la vida cultural y de esa cuenta deben tomar todas las medidas pertinentes de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales, así como las medidas necesarias para que dichas personas puedan desarrollar su potencial creativo, artístico e intelectual, no solo en su propio beneficio, sino también para el enriquecimiento de la sociedad.

Al ratificar e implementar el *Tratado de Marrakech*, los estados pueden cumplir de manera concreta con sus obligaciones descritas en la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y otros instrumentos de derechos humanos* para eliminar las barreras que se oponen al acceso a las personas con discapacidad a los diferentes campos (educativo, cultural, laboral, etc.) que podría abarcar incluso las actividades de recreo en tiempo de ocio.



CAPÍTULO V



Efectos de la entrada en vigencia del *Tratado de Marrakech* en la normativa nacional

Tras la adopción en junio de 2013, el *Tratado de Marrakech* estuvo abierto a los Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para su firma por un año. La entrada en vigor del *Tratado de Marrakech* dependía de la reunión de veinte depósitos de instrumentos de ratificación o adhesión de los Estados que reunieran las condiciones establecidas en el Artículo 15 del propio tratado, para que posteriormente entrara en vigor tres meses después. Es alentador saber que Guatemala fue uno de los 20 Estados que firmaron dentro del año posterior a la adopción del *Tratado de Marrakech*.

Para el derecho internacional y de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, un Estado consiente en obligarse por un tratado mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

En el caso particular del *Tratado de Marrakech*, el artículo 17 regula que, este quedaría abierto a la firma en la Conferencia Diplomática de Marrakech y posteriormente en la sede de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) durante un año tras su adopción.

Dicho tratado regula en el artículo 18, que entraría en vigor tres meses después de que veinte Estados hubiesen depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión.

La firma de un tratado indica el apoyo político de un país; sin embargo, para que este entre en vigor debe ser ratificado, si así se establece en este.

Al ser ratificado el tratado, se aplican las disposiciones de este a la legislación nacional de cada Estado; mediante enmiendas a la ley específica de la materia, en este caso en específico corresponde realizar dichas enmiendas a la Ley de derecho de autor y derechos conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala.



El Estado de Guatemala dio su consentimiento en obligarse por el *Tratado de Marrakech* mediante la firma de su representante, el dos de junio de dos mil catorce y posteriormente mediante Decreto 7-2016 el Congreso de la República de Guatemala lo aprobó.

El *Tratado de Marrakech* reconoce la importancia del derecho de autor y la necesidad de armonizar limitaciones y excepciones que permitan facilitar el acceso y uso de las obras por parte de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, con lo cual no solo se favorece a los beneficiarios, sino a toda la sociedad.

El artículo 1 del *Tratado de Marrakech* establece, que ninguna de sus disposiciones debe aplicarse en detrimento de las obligaciones ni en perjuicio de los derechos que se tengan provenientes de otros tratados.

El artículo 2 regula definiciones específicas para la aplicación del propio tratado, en el caso de las obras establece que estas deben ser adquiridas en forma legal o sea a partir de su publicación o puesta a disposición del público mediante cualquier medio, situación que deberá ser atendida meticulosamente.

Define también el ejemplar en formato accesible, el cual debe ser para uso exclusivo de los beneficiarios y llenar los requisitos de viabilidad y comodidad para su mayor aprovechamiento, debiendo a la vez respetar la integridad de la obra en cuanto a no realizar más cambios de los que sean estrictamente necesarios para volver accesible la obra en el formato alternativo.

Y por último define a la entidad autorizada, como aquella institución autorizada o reconocida por el gobierno, ya sea gubernamental o de la iniciativa privada, siempre y cuando no tenga ánimo de lucro y provea a los beneficiarios como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales cualquiera de los siguientes servicios:

- Acceso a la información
- Educación
- Formación pedagógica
- Lectura adaptada

Las entidades autorizadas deberán establecer sus propios controles institucionales a fin de garantizar que los servicios serán brindados a los beneficiarios, a quienes de una manera eficiente se les deberá poner a disposición los formatos accesibles de las obras disponibles, para su uso.

Los controles o registros de las entidades autorizadas deberán ser elaborados y tratados con la misma atención y respeto de protección a la intimidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

De esta manera al adoptar el *Tratado de Marrakech* automáticamente se adquieren las obligaciones de crear registros y controles que permitan monitorear las actividades que realizarán las entidades autorizadas, permitiendo, asimismo, llevar un control para brindar garantía a los autores de no provocarles perjuicios.

El artículo 3 regula específicamente a los beneficiarios, describiendo a quienes se considerará como tales de la siguiente manera:

1. Las personas ciegas;
2. Las personas que padezcan:





- a.- Discapacidad visual,
- b.- Dificultad para percibir, o
- c.- Dificultad para leer

En cualquiera de los casos deberá considerarse que la discapacidad o dificultad existente no pueda corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad.

d.- A quienes les es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad.

3. Que debido a una discapacidad física, no pueda de otra forma:

- a.- Sostener un libro
- b.- Manipular un libro
- c.- Centrar la vista
- d.- Mover los ojos

Estas dos últimas en la medida en que normalmente se considera apropiado para realizar la lectura; de forma independiente de otras discapacidades.

Para efectos del artículo antes citado se deberá establecer un procedimiento de acreditación a las personas con discapacidades o dificultades a manera de crear una base de datos para que se les brinden los servicios en calidad de beneficiarios directos.

El artículo 4 regula, la creación de limitaciones o excepciones en favor de las personas beneficiarias para la facilitación de obras en formato accesible, en la cual deberá contemplarse que se permiten los cambios estrictamente necesarios para transformación a un formato alternativo y para efectos de :



- a) Reproducción
- b) Distribución
- c) Puesta a disposición al público
- d) Representación
- e) Ejecución pública

Dichas actividades las podrán realizar las entidades autorizadas toda vez que:

1. Se tenga acceso legal a la obra (o a un ejemplar de esta).
2. La obra haya sido transformada a un formato accesible, sin haber sufrido más cambios que los necesarios para que los beneficiarios puedan tener acceso a esta.
3. Los ejemplares en formatos accesibles sean para uso exclusivo de los beneficiarios
4. Todo servicio sea realizado sin ánimo de lucro.

Además de las entidades autorizadas las personas que tengan la calidad de beneficiario, así como quien actúe en su nombre, pudiendo ser la persona que le cuide o atienda (al beneficiario), podrá realizar un ejemplar en formato accesible o ayudar a reproducir y utilizar las obras en formato accesible para uso exclusivo del beneficiario, toda vez este último tenga el acceso legal a dicha obra o a un ejemplar de esta.

Del contenido del párrafo anterior se deduce que en el registro de beneficiarios deberá también constar si existe una persona designada por el beneficiario o cuando las condiciones así lo exijan, que por ser imposible para el beneficiario designarla, sea el propio cuidador, quien proporcione sus datos para inscribirle como tal y que se le puedan brindar los servicios.

El artículo 5 del *Tratado de Marrakech* regula el intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible. En tal sentido establece que una vez

realizado un ejemplar en formato accesible como resultado del beneficio de una limitación o excepción, ese ejemplar podrá ser puesto a disposición o distribuirse a beneficiarios o entidades autorizadas en otro país que sea miembro del *Tratado de Marrakech*.



El intercambio transfronterizo, según el numeral 2 del artículo 5 del *Tratado de Marrakech*, debe ser implementado en la legislación nacional mediante una excepción o limitación, la cual regulará la pertinencia de la distribución o puesta a disposición de ejemplares en formato accesible sin autorización del titular de los derechos de autor y para uso exclusivo de los beneficiarios, a una entidad autorizada en otro país que sea parte contratante del *Tratado de Marrakech*.

Para la realización del intercambio transfronterizo, la entidad autorizada deberá tomar las medidas de seguridad necesarias, de tal cuenta que se tenga la información confiable de que dicho formato a intercambiar será para uso exclusivo de beneficiarios.

El intercambio transfronterizo se deberá hacer tomando en cuenta las medidas de seguridad necesarias para garantizar que los formatos solo serán utilizados en casos especiales y que no atentan a la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

El artículo 5 en su numeral 4, regula el caso en que, cuando una entidad autorizada de una Parte Contratante en calidad de receptor de ejemplares en formato accesible no tenga obligaciones en relación con el artículo 9 del Convenio de Berna, deberá garantizar que dicha entidad solo pondrá a disposición dichos formatos a los beneficiarios en su propia jurisdicción.

De igual manera serán limitadas las actividades de distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible por una entidad autorizada, toda

vez la Parte Contratante no sea parte del tratado de la OMPI sobre ~~Derecho de~~ Autor o circunscriba por otros medios la limitaciones para la aplicación del ~~Tratado~~ *de Marrakech*, garantizando que los casos determinados no atentan contra la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado alguno a los intereses del titular de los derechos.



La importación de ejemplares en formatos accesibles será posible realizarla sin autorización del titular de los derechos de autor, de acuerdo con la regulación en el artículo 6 del *Tratado de Marrakech*, lo cual deberá ser normado mediante una excepción o limitación en la regulación nacional en los mismos parámetros que se estipulan para la realización de un ejemplar en formato accesible de una obra.

El artículo 7, regula lo relativo a la protección jurídica contra la elusión de las medidas tecnológicas que deben poner en práctica las entidades autorizadas respecto a los servicios de distribución y puesta a disposición de ejemplares en formatos accesibles, estableciendo que dicha actividad no debe imposibilitar el goce de los beneficios provenientes de las excepciones y limitaciones contenidas en dicho tratado.

El derecho al respeto a la intimidad de las personas beneficiarias es previsto en el artículo 8 del tratado, el cual regula que dicho derecho debe ser gozado en igualdad de condiciones en relación con las demás personas.

El artículo 9, regula la cooperación encaminada a facilitar los servicios orientados a realizar el intercambio transfronterizo de ejemplares en formatos accesibles, reconociendo la importancia de la colaboración tanto nacional como internacional y en especial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a través de su Oficina Internacional para poner a disposición la información necesaria en función del *Tratado de Marrakech*

Para efectos de la promoción de los servicios que prestarán las entidades autorizadas, estas deben compartir información sobre los servicios que brindan en función del tratado, sin que el acto mismo de proporcionar dicha información represente el cumplimiento de un requisito previo para brindar los servicios, sino para hacer posible la mayor cobertura en aras al fin primordial del *Tratado de Marrakech*.



Estas disposiciones están encaminadas a facilitar la información entre entidades autorizadas para identificarse mutuamente, así como poner en conocimiento políticas aplicables para la puesta en práctica de los servicios con relación al intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible a las partes interesadas y miembros del público como proceda, sin que por ello estas adopten una obligación de revelar tal información de los beneficiarios.

Los artículos 10, 11 y 12 del *Tratado de Marrakech* articulan los principios generales relativos a la implementación a nivel nacional y establecen las obligaciones generales sobre limitaciones y excepciones que deben adoptar los Estados parte para garantizar la aplicación de este.

El artículo 10 subraya las flexibilidades de los países en cuanto a la implementación del tratado, en tanto que el artículo 11, hace hincapié en que la flexibilidad está limitada por las obligaciones de los tratados existentes, en particular por la regla de los tres pasos.

En tanto que el artículo 12 regula la posibilidad de disponer otras limitaciones y excepciones en la legislación nacional distintas a las reguladas en el *Tratado de Marrakech*, siempre y cuando estas respondan a los intereses de los beneficiarios y se atiende a la situación económica y las necesidades sociales y culturales conforme a los derechos y obligaciones internacionales, así como las flexibilidades derivadas con relación a las personas con discapacidad.



El artículo 13 del *Tratado de Marrakech*, regula la conformación de una Asamblea y sus atribuciones.

El artículo 14, regula la actividad de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, como la encargada de las tareas administrativas para la aplicación del *Tratado de Marrakech*.

Las condiciones que deberán ser consideradas por los Estados para formar parte o ser miembro del *Tratado de Marrakech* están previstas en el artículo 15 del mismo tratado.

Los derechos y obligaciones emanados del *Tratado de Marrakech* son regulados en su artículo 16.

El artículo 17 del *Tratado de Marrakech*, regula la disponibilidad para la firma por los partes interesadas y que reúnan las condiciones requeridas.

La disposición en cuanto a la entrada en vigor del tratado se prevé en el artículo 18. En tanto que en el artículo 19 se regula lo relativo a la fecha que se considera efectiva para ser parte del tratado.

La denuncia y efecto de esta en cuanto al tratado, son regulados en el artículo 20 de este.

Los idiomas en los que es vertido el *Tratado de Marrakech* para su firma, son descritos en el artículo 21, el cual brinda la definición para el término Parte interesada para los efectos de dicho artículo.

Y, finalmente, el artículo 22 del tratado, regula la designación del Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual como depositario de propio tratado.



Con base a las notas anteriores se debe explotar el potencial que tiene el *Tratado de Marrakech* para aumentar significativamente la disponibilidad de copias en formatos accesibles destinados a las personas con dificultades de acceso al texto impreso (por discapacidad visual u otra dificultad que le impida acceder al texto impreso); las bibliotecas y otras instituciones que brindan servicios a las personas con discapacidad visual actualmente, deben alentar al gobierno nacional a que tomen las medidas necesarias de forma inmediata para aplicar el tratado, así como para implementar los procedimientos necesarios para evitar los abusos.

La implementación debe hacerse de la mejor manera que responda a los intereses de las personas con dificultades de acceso al texto impreso, para que se realice la gama de servicios como creación y distribución de copias en formato accesible colaborando grandemente a poner fin al hambre del libro, sin afectar a los titulares de los derechos de autor.

5. Reformas a la normativa nacional en materia de derecho de autor

Como se describió en el apartado anterior, el *Tratado de Marrakech* regula que la adopción de este, debe realizarse mediante reformas (necesarias) a la normativa nacional de la materia.

Para realizar dichas reformas fue necesario que el Congreso de la República de Guatemala emitiera un decreto que regule las limitaciones y excepciones para la aplicación del *Tratado de Marrakech*.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados del Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral, según lo establecido en su Artículo 174.

En el caso del *Tratado de Marrakech*, la iniciativa para la creación del Decreto para la implementación del tratado a la normativa nacional fue presentada por los diputados que conforman la Comisión de Discapacidad del Congreso de la República, quienes han tenido comunicación directa con la Comisión Marrakech que fue conformada desde el subsector de discapacidad visual del Consejo Nacional para la atención de las personas con discapacidad (CONADI).



La comisión guatemalteca encargada de la implementación del tratado de Marrakech en Guatemala, se hace llamar Comisión de Marrakech y está integrada por voluntarios que representan a las diversas asociaciones que brindan servicios a personas con discapacidad visual; entre las cuales se encuentran: Asociación Nacional de Ciegos de Guatemala (ANCG), Asociación Guatemalteca de Personas con Discapacidad Visual (AGPDV), Asociación Central de Ciegos de Guatemala (ACCG), Asociación de Ciegos para la Cultura y el Deporte (ACCD), Benemérito Comité Pro-Ciegos y Sordos de Guatemala y Asociación de Ciegos Unidos para el Desarrollo y el Progreso, cuya finalidad es darle continuidad al trámite de aplicación del tratado a nivel nacional, lo cual implica buscar la vía más pronta para que sea modificada la Ley de derechos de autor y derechos conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República.

El Decreto 33-98 que contiene la Ley de derechos de autor y derechos conexos, está conformada por diez títulos, diecinueve capítulos (distribuidos en los títulos) y cinco secciones (contenidos a su vez en el capítulo IV, del título I).

Emitida como una ley de orden público y de interés social, con el objeto de proteger los derechos de: los autores de obras literarias y artísticas, los artistas, intérpretes o ejecutante, los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, obras audiovisuales, programas de ordenador y bases de datos, obras plásticas, obras musicales, así como los relativos a los derechos conexos de: artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, órganos de difusión; todo lo relativo a las limitaciones a la protección, plazos de la protección,



derechos patrimoniales, contratación, registro de obras y sociedades de gestión colectiva y considerada de acuerdo con el desarrollo de las tecnologías de la temporalidad de su creación y las modalidades de defraudación de los derechos de la propiedad intelectual, la cual en la actualidad exige una modificación y actualización a los requerimientos existentes, de forma que la normativa permita que los citados derechos sean efectivamente reconocidos y protegidos, para continuar estimulando la creatividad intelectual y la difusión de las obras creadas por los autores, respondiendo a su vez a la educación inclusiva.

Esta Ley a tolerado diferentes modificaciones y para la implementación del *Tratado de Marrakech*, fue necesario hacer nuevas reformas, las cuales debieran responder y ser acordes a las estipulaciones de este.

Dichas reformas deben armonizar con las demandas de la inclusión de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y la protección de los Derechos de Autor, apegadas a la regla de los tres pasos.

En el caso de la necesidad de introducir a la normativa en materia de derecho de autor las limitaciones y excepciones, estas deben ser incluidas en el apartado específico existente en el decreto a reformar o sea en el Título IV que contiene las limitaciones a la protección.

La ley orgánica del organismo legislativo, contenida en el Decreto 63-94, en el artículo 109 regula la forma de las iniciativas de ley y para tal efecto establece que:

Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa y completa



exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifique la iniciativa.

La parte considerativa a la que se refiere la regulación es la que contiene la exposición de los motivos o razones por las cuales debe ser emitida una ley para regular los temas en ella contenidos y las finalidades de esta. Llevan implícito un carácter de persuasión y convicción.

En esta parte debe mencionarse los cuerpos legales que fundamentan su regulación.

La parte dispositiva contiene los temas o cambios sustanciales que propone la ley y que aparece ordenada en artículos.

El *Tratado de Marrakech* establece que deberá ser a través de limitaciones o excepciones que deberán incluirse en la normativa nacional las obligaciones y derechos previstos en dicho tratado, para efectos de cumplir y hacer valer estos respectivamente; algunas excepciones y limitaciones son obligatorias y otras no.

Las limitaciones o excepciones que deben ser introducidas a la legislación nacional son en materia de derechos exclusivos de reproducción, distribución y puesta a disposición del público (de acuerdo con el artículo 4 del *Tratado de Marrakech*); otras en relación con el intercambio transfronterizo de copias en formatos accesibles, importación de las copias en formatos accesibles y medidas de protección tecnológicas.

Las excepciones reguladas en el Artículo 4 del *Tratado de Marrakech*, son de carácter obligatorio y se refieren a que deberán permitir los cambios necesarios en las obras para hacer accesible estas en formato alternativo, en este tema debe tenerse por incluida la posibilidad de realizar descripciones de las fotografías o expresiones de arte o bien la preparación de gráficos táctiles de las imágenes o la



adaptación necesaria en cuanto al tipo de letra o su tamaño, de acuerdo con los beneficiarios destinatarios; incluyendo en estas lo referente a los derechos exclusivos en la reproducción, distribución y puesta a disposición del público como se aprecia en la siguiente tabla.

DERECHO EXCLUSIVO	ACTIVIDAD AUTORIZADA	APLICACIONES
REPRODUCCIÓN	<ul style="list-style-type: none">- Transformación de formato convencional a formato accesible- Reproducción de copias a formatos accesibles	<ul style="list-style-type: none">- Creación de audiolibros (versión hablada de un libro en formato convencional)- Copia en Braille
DISTRIBUCIÓN	<ul style="list-style-type: none">- Transferir copias en formatos accesibles a personas beneficiarias o entidades autorizadas	<ul style="list-style-type: none">- Préstamos de libros en versión electrónica o en formatos accesibles
PUESTA A DISPOSICIÓN	<ul style="list-style-type: none">- Escanear, transferir archivos con el propósito de crear una biblioteca para uso exclusivo de las personas beneficiarias	<ul style="list-style-type: none">- Publicación de un audio libro o libro electrónico en un sitio web con medidas de seguridad y con exclusividad para ser utilizado únicamente por los beneficiarios o entidades autorizadas.

En cuanto a las actividades para regular sin carácter obligatorio, se establece la autorización para que los Estados adopten limitaciones o excepciones con relación al derecho de representación pública, de tal cuenta que las obras puedan ser apreciadas por los beneficiarios por medio de recitales, lo que permitirá maximizar las oportunidades de cumplir con el objetivo del *Tratado de Marrakech*.



Las limitaciones o excepciones que se adopten deberán ser congruentes con la Regla de los tres pasos y en tal sentido debe advertirse al redactar estas que las actividades que se permiten no están en conflicto con la norma explotación de la obra y que en ningún caso perjudicaran en forma inadmisibles los legítimos derechos del autor o su titular.

De esta cuenta y acorde a la descripción contenida en el numeral 2 del artículo 4 del tratado, que expresa que las limitaciones y excepciones deben ser para el uso exclusivo de las personas beneficiarias o quien actúe en su nombre, lo cual hace preciso identificar un puerto seguro para realización de la actividad permitida de reproducción y utilización de ejemplares en formato accesible de acuerdo con las condiciones acumulativas que se deben aplicar a la limitación o excepción que se realice.

La precisión de un puerto seguro permitirá el intercambio transfronterizo de copias en formato accesible de forma confiable y la armonización entre los diferentes cuerpos legales que regulan la materia en derecho de autor.

El *Tratado de Marrakech*, incluso proporciona a través del numeral 3 del Artículo 4, la posibilidad de crear limitaciones o excepciones sui generis en tanto sean coherentes con otros requisitos del tratado, sin dejar de observar la Regla de los tres pasos descrita en el capítulo II del presente trabajo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 y en otras disposiciones del mismo tratado.

Es de vital importancia incluir en la normativa de derecho de autor la excepción o limitación de puerto seguro toda vez, que ésta por sí misma representa el éxito de la recepción de copias en formato accesible considerando que esta garantiza la posibilidad de adquisición de obras provenientes de países desarrollados que cuentan con medios tecnológicos y económicos en mayor proporción y eficiencia.



Es necesario considerar la creación de una limitación o excepción para la traducción de obras protegidas por derecho de autor, toda vez que muchas obras no se publican o traducen a idiomas o lenguas locales que las personas con discapacidades visuales o de lectura entienden y hablan.

Poner a disposición las obras en lenguas locales representa un aspecto clave para garantizar que las personas beneficiarias gocen plenamente del derecho de acceso dispuesto en el *Tratado de Marrakech*, pues su disponibilidad mediante un formato accesible como un libro hablado atiende a la realización del objetivo de disminuir la hambruna de libros y la expansión de la cultura.

La limitación o excepción que permita a los beneficiarios y a las entidades autorizadas traducir una obra para facilitar su acceso a las personas con discapacidad visual, siempre deberá hacerse coherentemente con las disposiciones del Convenio de Berna.

En cuanto a lo estipulado en numeral 4 del Artículo 4 del *Tratado de Marrakech*, se podrá establecer una limitación o excepción referente a la opción de disponibilidad comercial, pues, toda vez que una obra exista en formato accesible la cual haya sido puesta a disposición por el autor en ese formato en particular, ya no existe la necesidad de efectuar la conversión y, por lo tanto, debe ser adquirida directamente, sin que ello impida la posibilidad de transformación a otro formato accesible diferente y su disposición por el beneficiario o entidad autorizada, pues es bien sabido que no todos los formatos son accesibles a todos los beneficiarios.

El numeral 5 del Artículo 4 del *Tratado de Marrakech* prevé la posibilidad de crear una limitación o excepción para el pago de un canon o de una licencia al titular del derecho de autor por la creación, distribución o puesta a disposición de copias en formatos accesibles; sin embargo, la creación de dicha limitación o excepción podría repercutir en la creación e intercambio de las obras en formatos

accesibles, desalentando tanto a los beneficiarios como a las entidades autorizadas a ejercer los derechos, porque podrían resultar inalcanzables por la falta de recursos económicos e incoherente al objetivo de poner a disposición las obras.



De tal cuenta que estas limitaciones o excepciones deberán regular las actividades de las entidades autorizadas en el sentido que les será permitido:

- a) Realizar copia de la obra en formato accesible
- b) Obtener copia de obra en formato accesible de otra entidad autorizada
- c) Proveer copias de la obra en formato accesible a las personas beneficiarias
- d) Proporcionar en calidad préstamo sin cobro alguno las obras en formato accesible, ya sea por medios físicos o inalámbricos

Para la correcta realización de las actividades deberá tomarse cualquier medida necesaria para alcanzar los objetivos por lo que se considera debe implementarse un procedimiento de control que permita el registro de recepción, inventario y almacenamiento de copias de respaldo para permitir la formación de una base de datos y posibilidad de conversión de archivos en diferentes formatos que puedan existir en el futuro y con ello brindar seguridad al derecho de autor.

Las excepciones o limitaciones que se elaboren en favor de las personas con discapacidad visual y otras discapacidades para sostener el libro impreso en calidad de beneficiarias tienen otra connotación muy particular, la cual aparece regulada en el numeral 2 del artículo 4, que establece que debe ser posible permitirle hacer una copia de una obra en formato accesible, para las personas con discapacidad visual en su calidad de beneficiarias, como para alguien que actúe en su nombre, en este caso podría referirse a un cuidador, un maestro u otra persona; disposición que debe ser atendida diligentemente.



Para que se pueda gozar de ese derecho, debe asegurarse que el uso de la obra sea específicamente para el beneficiario, quien será el que tenga el acceso legal por su condición.

En cuanto al intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible, el Artículo 5 del *Tratado de Marrakech* establece, que si un ejemplar en formato accesible es realizado como producto de una limitación, excepción o por ministerio de la ley, dicho ejemplar podrá ser distribuido o puesto a disposición mediante copia física o electrónica, sin necesidad de contar con el consentimiento o permiso del derecho de autor, por una entidad autorizada (nacional) a un beneficiario o bien a una entidad autorizada en otra Parte contratante (Estado que sea parte del *Tratado de Marrakech*).

El adoptar una limitación para aplicar esta medida, resulta de vital importancia para lograr los objetivos del tratado, en virtud que mediante esta se adquiere la posibilidad de recibir obras en formatos accesibles producidas en el extranjero, los cuales representan un gran beneficio y descarga de gasto, pues es bien sabido que Guatemala cuenta con una capacidad financiera y tecnológica limitada para producir sus propios materiales en formatos accesibles comparados con otras naciones potencialmente poderosas en este medio.

Otro aspecto relevante de esta medida es que al efectuarse el intercambio con países y regiones de diferentes niveles de desarrollo socioeconómico, se amplían los beneficios del *Tratado de Marrakech* y se goza del derecho de inclusión mundialmente, pues a través de este se evitan gastos de producción y duplicación de costos e inversiones en la producción de los ejemplares en formato accesible.



La limitación o excepción que se adopte deberá abarcar dos condiciones:

1. Si el receptor es una entidad autorizada, la distribución o puesta a disposición será con exclusividad para uso de las personas beneficiadas.
2. La entidad autorizada remitente deberá tener la certeza que será para uso exclusivo de los beneficiarios, y no tenga motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas no beneficiarias, pudiendo incluso adoptar medidas adicionales para confirmar que la persona a quien se le presta el servicio es un beneficiario y establecer cualquier procedimiento de acuerdo con sus propias prácticas (como se dispone en la literal c del artículo 2 del mismo tratado).

Correlativamente a lo dispuesto en el párrafo anterior, se debe establecer mediante la institución de otras limitaciones o excepciones, regular la recepción, distribución y puesta a disposición de los formatos recibidos en favor de los beneficiarios únicamente en la jurisdicción nacional, toda vez sean provenientes de un Estado que no tenga obligaciones dimanantes del Artículo 9 del Convenio de Berna, debiendo para el efecto tomar las medidas necesarias para garantizar dichos extremos de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y las practicas legales respectivas.

Lo anterior a menos que el Estado remitente sea parte en el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor o circunscriba por otros medios las limitaciones y excepciones en la aplicación del *Tratado de Marrakech* al derecho de distribución y al derecho de puesta a disposición del público en determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

En concordancia con el texto del artículo 4, el Artículo 6 del *Tratado de Marrakech* estipula que se podrá sin el consentimiento del derecho de autor importar un ejemplar en formato accesible realizado por un beneficiario o a quien actúe en su nombre o a una entidad autorizada, a otro beneficiario sin importar donde se encuentre situado, permitiendo con ello ampliar la disponibilidad de formatos accesibles para las personas con discapacidad; supuesto que deberá ser incluido en la misma limitación o excepción al derecho de reproducción, distribución y puesta a disposición para guardar concordancia.

Y, finalmente, el Artículo 7 del *Tratado de Marrakech*, regula lo concerniente a las obligaciones relativas a la adopción de medidas para controlar el acceso y uso de las obras en formatos accesibles que brinden una protección jurídica sin impedir el goce de los beneficios provenientes del tratado.

En este contexto, si se adopta una norma que prohíba la elusión de las medidas tecnológicas, se debe garantizar que esta no frene ni la creación ni el acceso a las obras digitales y que no perjudique los derechos de los beneficiarios y entidades autorizadas; de tal forma que salvaguarde los derechos de autor, sin interferir con los derechos provenientes del *Tratado de Marrakech*.

Las limitaciones o excepciones que se adopten deberán ser congruentes con la regla de los tres pasos, de tal cuenta que también lo serán con relación al contenido del numeral 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, así como del artículo 13 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio y en los numerales 1 y 2 del artículo 10 del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor que contienen el mismo estándar sustancial.



5.1. Vulnerabilidad del derecho de autor a la entrada en vigencia del *Tratado de Marrakech* en Guatemala



Para identificar la probable vulnerabilidad de los Derechos de Autor al entrar en vigencia el *Tratado de Marrakech* en Guatemala, debe considerarse la cobertura de obras que comprende, para lo cual debe atenderse, según la literal a) del artículo 2 de este, la descripción establecida en el numeral 1 del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y Artísticas y que dicho artículo preceptúa que se debe permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo.

- a) Todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, sin importar la forma o el modo de expresión, tales como:
 - Libros
 - Folletos y otros escritos
 - Conferencias
 - Alocuciones
 - Sermones y otras de la misma naturaleza
- b) Obras dramáticas o dramático musicales
- c) Obras coreográficas y Pantomimas
- d) Composiciones musicales, con o sin letra
- e) Obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía
- f) Obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía
- g) Obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía
- h) Obras de arte aplicadas
- i) Las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística, así como las colecciones de obras literarias o artísticas (enciclopedia y antologías), que constituyan creaciones intelectuales también gozan de la protección, sin perjuicio de los derechos que gozan los titulares del derecho de autor sobre la obra original e individual respectivamente.

Es necesario hacer énfasis en el sentido que el titular de los derechos patrimoniales de una obra tiene la facultad de autorizar o prohibir:

- ✓ La reproducción de la obra literaria o artística, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma como la publicación impresa, la grabación sonora o visual, radiodifusión, comunicación pública, difusión por hilos o sin hilos (radio, cable o satélite), altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo, recitación pública y/o transmisión de la recitación, así como de la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación.
- ✓ La interpretación, ejecución o transmisión públicas de su obra dramáticas, dramático-musicales y musicales por todos los medios o procedimientos.
- ✓ La grabación sonora de las obras musicales con o sin letra.

Entonces, para la implementación del *Tratado de Marrakech* es necesario tomar las medidas necesarias para garantizar esta, sin que resulte onerosa y complicada. A nivel básico se necesita revisar las leyes nacionales de la materia para permitir la producción, uso y forma de compartir los formatos accesibles, para lo cual resulta necesario incluir a las oficinas de propiedad intelectual gubernamentales que trabajan en asociación con las instituciones de atención a personas con discapacidad de manera que les permita participar en el control y ejecución de actividades.

La incorporación del *Tratado de Marrakech* a la legislación nacional es un paso necesario, pero no suficiente para asegurar los derechos de las personas con discapacidad de lectura a producir y compartir en formatos accesibles ni



garantiza que los derechos del tratado sean eficaces en la práctica y también
garantiza que los derechos de autor no sean violentados por personas
inescrupulosas.



Es necesaria la participación de las instituciones de derechos humanos, de propiedad intelectual y representantes de las instituciones de servicio a las personas con discapacidad visual y otras discapacidades, en la interpretación del *Tratado de Marrakech*, para apuntalar el cumplimiento de los derechos que asisten a cada una de las partes, así como las soluciones ante posibles demandas de requerimiento, daños y perjuicios, así como otras formas de ayuda necesarias para reivindicar tales derechos.

Las reformas a la legislación en materia de derecho de autor deben ser puntuales para evitar que debido a un lenguaje vago o ambiguo se puedan afectar los derechos tanto de los titulares del derecho de autor como los de los beneficiarios, con lo que antes de aplicar cualquier reforma a la ley sustantiva de la materia se hace preciso un estudio específico del considerando tercero de la ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos que dice:

Que el desarrollo de las nuevas tecnologías para la difusión de las obras ha permitido nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual, por lo que es necesario que el régimen jurídico que proteja los derechos de los Autores, los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, contenga normas que permitan que los citados derechos sean real y efectivamente reconocidos y protegidos de acuerdo con las exigencias actuales, para estimular así la creatividad intelectual y la difusión de las obras creadas por los autores.

Porque en este se desarrolla la exclusividad del derecho reconocido por el artículo 42 de la Constitución.

Para lograr la coordinación y evitar violaciones a los titulares de derechos de autor, deben involucrarse activamente a las instituciones de propiedad intelectual, de manera que no solo sea en autoridad interna sobre los asuntos del *Tratado de Marrakech*, sino también en consideración de planteamientos y dictámenes para que no afecten los mandatos, métodos de trabajo, culturas y composiciones que tradicionalmente se da a las instituciones de propiedad intelectual.



La participación de las instituciones en materia de propiedad intelectual que se dedican a atender los aspectos técnicos de la ley y la política de la propiedad intelectual, implica el acercamiento a las industrias privadas y con ello se garantiza la participación de ambas partes para la implementación de normas armónicas que pueden ayudar a asegurar el apoyo de los titulares del derecho de autor para la puesta en práctica del nuevo andamiaje jurídico.

Los temas que deben ser atendidos para llevar a cabo la implementación del *Tratado de Marrakech*, son:

- a. La designación o creación de un ente que lleve el registro de las entidades autorizadas: a raíz de la implementación del *Tratado de Marrakech* se deberá crear un registro de entidades autorizadas, el cual deberá pertenecer al Consejo Nacional para las personas con Discapacidad (CONADI), dicho Registro cual deberá crearse en coordinación con el Registro de la Propiedad Intelectual, que es el ente encargado de llevar el registro en materia de derechos de autor. Su afinidad es necesaria para lograr articulación y garantía de la aplicación del *Tratado de Marrakech* y que exista armonía entre las partes titulares de derechos de autor-beneficiarios.
- b. Descripción de las actividades calificadas para realizar por parte de las entidades autorizadas: es importante que el Registro de entidades

autorizadas, cuente con la descripción de las actividades o servicios que pueden y deben realizar las entidades autorizadas con la finalidad de poder controlar el buen desempeño y con ello garantizar que se están respetando los derechos de los titulares de los derechos de autor para promover la actividad intelectual de los autores.



- c. Calificación de las personas con discapacidad visual u otra dificultad para acceder al texto impreso como beneficiarios: es necesario que se implemente la forma en la cual darle la calidad de beneficiario a las personas con discapacidad visual o cualquier otra dificultad para acceder al texto impreso de manera que se brinde la garantía necesaria para no perjudicar los derechos de autor, de manera tal que también responda a los intereses de los beneficiarios sin que represente un alto coste y que afecte los objetivos finales del *Tratado de Marrakech*.
- d. Registro de beneficiarios: adicionalmente a reconocer la calidad de beneficiarios a las personas con discapacidad visual y cualquier otra dificultad para acceder al texto impreso, es necesario crear una base de datos de las personas que tienen dicha calidad para brindar efectiva y exitosamente los servicios en cumplimiento a los objetivos y fines del tratado.
- e. Archivo de obras que manejan las entidades autorizadas: también es necesario crear una base de datos con la finalidad de contar con una nómina de las obras que se tienen a disposición para facilitar los servicios, tener control sobre estos y facilitar las actividades de reproducción, distribución y puesta a disposición al público.
- f. Control de transformación a ejemplares en formato accesible: así como la base de datos de los obras que se tengan, debe existir la nómina de las que se transforman a los diferentes formatos accesibles de forma que se facilite



la información y la disposición para los requerimientos de distribución, intercambio y a la vez que no exista duplicidad de gastos en transformación a formatos ya existentes.

- g. Control ejemplares de intercambio transfronterizo: es necesario crear una base de datos para contar con la información de las obras que se encuentran disponibles y que son producto de intercambio transfronterizo a partir de las relaciones con otros Estados Parte del *Tratado de Marrakech*, tomando en cuenta en este sentido los que sean producto de la importación propiamente dicha.
- h. Control de distribución: debe establecerse a partir del archivo de obras y en relación con su transformación la existencia de qué ejemplares se encuentran disponibles para distribuir a los beneficiarios o las personas que le representen o sean sus cuidadores, siempre y cuando aparezcan registrados respectivamente.
- i. Control de edición: debe llevarse un control estricto sobre los ejemplares que se editen para garantizar la debida diligencia en la aplicación del beneficio proveniente del tratado y el respeto a los titulares del derecho de autor para el debido equilibrio y éxito de la aplicación.
- j. Control de puesta a disposición al público: deben establecerse parámetros para la realización de actividades encaminadas a la puesta a disposición del público de las obras para garantizar que dichas actividades no representan perjuicio a los titulares de los derechos de autor sin que representen freno a la accesibilidad de información, educación y cultura.
- k. Control de reproducción: el control de reproducción en ejemplares en formato accesible debe ser estricto y que brinde cobertura a los requerimientos de los beneficiarios. Para dicha actividad se necesitará de la



cooperación y articulación de las entidades autorizadas para evitar duplicidad de gastos en la realización de la transformación de las obras a formato accesible y perjuicio injustificado a los titulares de los derechos de autor.

- I. Control y limitación de la tecnología debe ser entendida y atendida en sentido amplio, considerándola como el conjunto de equipos físicos y programas informáticos destinados a operar para las actividades de transformación, los cuales deben ser dirigidos por personas responsables y comprometidas para la decisión de cómo debe ser utilizada, pues bien sabido es que la tecnología por sí misma no representa ningún riesgo, situación que obliga a reflexionar sobre las responsabilidades que conlleva brindar los servicios con calidad y seguridad, así como quien será el personal idóneo para facilitar o impedir las actividades en cuanto a decisiones de uso.

La tecnología en manos de personas inescrupulosas representa grandes amenazas para los titulares de los derechos de autor, en virtud que el uso indebido provoca pérdida a la rentabilidad de la creación de las obras, toda vez que la forma de reproducción es posible masivamente. Un claro ejemplo es la industria de la música que ya fue afectada por el uso ilegal de contenidos protegidos como consecuencia de los avances tecnológicos, con directa vulneración a los derechos de los artistas.

De aquí la importancia de la participación multisectorial en cuanto a crear mecanismos útiles para todas las partes con el fin de lograr el equilibrio entre los intereses y de esa cuenta hacer adaptaciones capaces de satisfacer las exigencias con estándares operables que permitan el acceso de manera práctica, y no que requieran de aparatos o equipos sofisticados para su lectura de los diversos formatos y que a la vez cuenten con medidas de seguridad.



De tal cuenta que al brindar el acceso a los beneficiarios en todos los casos, los titulares de los derechos tengan legitimidad para reclamar, que se garantice que las novedades tecnológicas no faciliten el uso ilegal del contenido de la obra, provoquen el uso que perjudique directamente sus intereses y que se establezcan medidas de seguridad para impedir cualquier actividad ilegal.

Para la creación de medidas de seguridad confiables es necesario acudir a la cooperación de todas las partes interesadas y de forma incluso internacional, intercambiar información sobre estándares y tecnologías de seguridad en uso para lograr las mejoras en esta esfera y con ello brindar confianza a los titulares de los derechos de autor ante la problemática de afectación a sus intereses.

Una medida que puede resultar eficaz en la actualidad para evitar el posible uso indebido de los materiales como libros electrónico y libros hablados en formato digital es dotarlos de un identificador único sujeto a un registro a fin de poder seguir el rastro de cualquier identificación indebida. Esta medida incluye identificar al usuario que recibe la copia accesible, lo que permite dar garantía al titular de los derechos de accionar para la reivindicación correspondiente.

Las acciones descritas anteriormente permitirían la posibilidad de que los titulares de los derechos desarrollen paulatinamente confianza y lleguen a proporcionar voluntariamente sus archivos electrónicos y de esa cuenta ahorrar tiempo y dinero. El acceso al archivo electrónico de la obra, creado para la posterior impresión facilita la producción de los formatos accesibles y representa como se dijo en líneas anteriores ahorro en tiempo y dinero que se invierte teniendo que iniciar desde la obra publicada que solo está disponible en ejemplar de papel.

También es posible que estas actividades motiven a los autores a que publiquen sus obras simultáneamente en diversos formatos accesibles, aunque en

este punto deberá considerarse detenidamente por lo que representa la accesibilidad económica a la producción.



Es bien sabido que las instituciones que brindan servicio a las personas con discapacidades sin ánimo de lucro normalmente dependen de apoyo de entidades de beneficencia y/o de fondos públicos para sufragar los costos derivados de sus actividades de producción y distribución, los cuales resultan en la mayoría de casos limitados y solo permiten la transcripción de una pequeña proporción del material publicado.

También es del conocimiento general que no todas las personas con discapacidad visual tienen las posibilidades de obtener o hacer fotocopias ampliadas de los textos y que estas sean la única opción que llene todas sus carencias, pues de acuerdo con las necesidades de cada beneficiario se debe considerar la producción de formatos accesibles, cuya variedad puede resultar muy amplia.

Es en este punto que cobra relevante importancia la participación de las personas que colaboran con los beneficiarios directos, en el sentido que muchos de ellos se ven en la necesidad de contar con alguien que pueda facilitar la conversión al formato accesible o bien para manejar el escáner o la misma fotocopidora.

La importancia de regular su campo de actividades es en cuanto a que tanto la persona con discapacidad visual como su colaborador reconocido, deben contar con la información y la asesoría necesaria para realizar las tareas permitidas y las que resultan no ser legales, por no estar permitidas.

La formulación de las excepciones y limitaciones deben realizarse de manera amplia, detallada y clara de tal cuenta que resulten lo más útil y equitativa posible y que dejen claro que estas representan una opción de beneficio para las

personas con discapacidad visual y que al mismo tiempo expresen la ~~gestión de~~ los derechos de autor que puedan generar preocupaciones, para que ~~con ello se~~ aliente a los titulares de los derechos a cooperar de otra forma en la solución a las necesidades de acceso.



Las limitaciones y excepciones deben regular el caso especial y al mismo tiempo limitar el alcance a las personas definidas como beneficiarias que a su vez pueden necesitar ser ayudadas. La evaluación de la ayuda debe realizarse mediante una prueba que tenga la finalidad de determinar la incapacidad funcional de leer con eficacia el material impreso, sin que esta represente un trámite engorroso y lesivo a los intereses de los beneficiarios y que a su vez brinde confianza a los titulares de los derechos.

Si bien es cierto que se identifica a los beneficiarios, debe hacerse la concientización de que la sociedad como tal es al final la parte favorecida, toda vez que al brindar acceso a esta porción poblacional se reflejará en el bien común por el acceso a la cultura (incluyendo el derecho a la información, derecho a la educación y hasta el derecho al ocio), que permitirá a su vez dar un paso más en el desarrollo del país, lo cual motivará a los artistas a continuar con su actividad creativa en el arduo trayecto del desarrollo.

Un tema de preocupación para los titulares del derecho de autor es la probabilidad de que se atente contra la integridad de la obra (derecho moral) al crear copias accesibles en relación con formatos que compensen la discapacidad de forma que una persona con discapacidad visual u otra dificultad que le impida el acceso al texto impreso, pueda con la misma facilidad y comodidad disfrutar como lo haría una persona sin esta discapacidad específica.

El libro digital es muy flexible e incrementa considerablemente la lectura, no obstante, puede ser aprovechado por personas sin discapacidades por lo que puede representar un formato de utilidad general que puede ocasionar perjuicios a

los titulares de los derechos de autor, motivo por el cual deben considerarse establecer condiciones restrictivas para su uso.



Es necesario que para que el autor goce de la realización de sus derechos patrimoniales, en cuanto a obtener adecuadamente la retribución económica como incentivo a la creación, se cuente además de una legislación adecuada, acorde al sistema internacional, así como industrias culturales y del entretenimiento, sociedades de gestión colectiva y adecuados niveles de observancia de los derechos (que lleven los derechos de autor del plano teórico, al práctico).

Caso contrario resultaría que el público podría tener libre acceso y disfrute gratuito de las obras, lo cual resultaría ser el factor desmotivante para los autores, quienes verían únicamente plasmados en papel sus derechos, pero sin aplicación práctica.

Es importante tomar en cuenta que el derecho de autor no es ajeno a la función social y por consiguiente debe evolucionar de acuerdo con las transformaciones sociales, culturales y económicas permitiendo de forma adecuada y sin resultar lesionado el disfrute de su producto y de manera especial de acuerdo con las innovaciones tecnológicas que están disponibles en las diferentes redes y que abordadas con respeto representan beneficio de la cultura, la información, la educación y el acceso al conocimiento.

La educación y la difusión del conocimiento necesitan del constante aporte de la creación y producción de bienes culturales, lo cual implica que existan incentivos que garanticen el reconocimiento al esfuerzo creativo y la justa remuneración al trabajo intelectual como facultad inherente de la persona humana.

La realidad es que unos necesitan de otros para poder coexistir de tal cuenta que para que exista un equilibrio el Estado debe proporcionar las condiciones para que ambas partes sean beneficiadas y permitir el acceso a una

educación de calidad que exija los mejores esfuerzos de los intelectuales sin verse desmotivados.



Sin duda alguna se requerirá de ajustes y modificaciones de acuerdo con el desarrollo que se presente y el transcurso del tiempo que en instancias de la evolución tecnológica exige cambios para satisfacer las necesidades mediante nuevos mecanismos que por consiguiente provoca nuevas disposiciones normativas.

En el marco de la función social, el derecho de autor está llamado a evolucionar paralelamente a las transformaciones sociales, culturales y económicas y de esa cuenta proporcionar mediante las excepciones o limitaciones el disfrute de las oportunidades y posibilidades de acceso a su producto y en la actualidad mediante los medios que proporciona la tecnología y redes digitales que deben utilizarse adecuadamente para el beneficio de la cultura, información, educación y acceso al conocimiento.

El derecho de autor debe evolucionar al ritmo de los cambios tecnológicos, sobre la base que son las relaciones sociales, culturales y económicas las que determinan los modelos de negocio sobre un producto, y no las leyes. La forma en que los consumidores acceden al disfrute de las obras, ahora en el entorno digital exige que se produzcan cambios en las relaciones contractuales de adquisición y por ende en los lineamientos para considerar las infracciones.

En cualquier momento se requiere de cambios que respondan a la situación que se presenta y se brinde la efectiva protección jurídica que garantice los cometidos en este caso de los derechos de autor y el acceso y disfrute de las obras producto de la función intelectual.

Debe tenerse claro que el Estado es el ente encargado de proveer el acceso al conocimiento a través de políticas y recursos públicos, y no los autores ni las industrias culturales.



En los países en desarrollo las actividades de piratería o plagio de obras, deben ser atacadas, tomando en cuenta que quienes se dedican a las actividades de este flagelo son personas con recursos suficientes para pagarse una conexión a internet, poseer una computadora o bien un dispositivo móvil que le permita operar.

El ciberespacio no debe ser considerado como un campo libre para delinquir toda vez que deben ser tipificadas las acciones encaminadas a ejercer derechos a costa de los detrimentos de los demás, pues debe prevalecer la convivencia en un entorno basado en el ejercicio de libertades individuales y el respeto a los derechos ajenos, que son el objetivo del sistema judicial.

Las normas deben proveer las condiciones necesarias para que el acceso a la educación de calidad sea real y efectivo, por cuanto que la educación es el principal factor que incide en el mejoramiento de las condiciones de vida y del desarrollo humano, permitiendo la inclusión y distribución de las oportunidades.

El incentivo a las industrias culturales significa riqueza, oportunidades de empleo y preservación de la diversidad cultural, toda vez que al difundir las obras creadas se transmiten las expresiones artísticas y culturales de identidad que resultan ser el principal atractivo para los extranjeros, en un territorio determinado.

El incumplimiento a los controles correspondientes debe ser normado de tal forma que al identificar irregularidades en la prestación de los servicios, se considere por única vez el requerimiento de la información, el cual debe ser atendido de forma inmediata, so pena de tipificarlo como un delito patrimonial.

En el caso en que se determinen anomalías que atenten a los derechos de los titulares del derecho de autor y a la buena práctica de la aplicación del *Tratado de Marrakech*, que fue suscrito de buena fe, en beneficio de las personas con discapacidad, pero que hace vulnerables los derechos que afecta, se debe prevenir la aplicación de una sanción que deberá establecer el Consejo Nacional para la atención de las personas con discapacidad, con base a un dictamen, en el cual de acuerdo con la gravedad de la situación deberá señalar si corresponde una sanción pecuniaria, la suspensión de los servicios, hasta una certificación de lo conducente si lo amerita.



5.2. Limitación o excepción en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o dificultades para acceder al texto impreso

Las limitaciones o excepciones como mecanismos para designar las restricciones al derecho exclusivo, en este caso específico, se refieren a la utilización de obras protegidas que no requiere de la autorización de su titular, por hallarse dentro de determinados supuestos taxativos, que justifican el uso libre y gratuito en virtud del equilibrio que debe existir entre el derecho exclusivo del autor y los derechos de los usuarios-beneficiarios.

La o las limitaciones o excepciones en beneficio de las personas con discapacidad visual o cualquier otra dificultad para acceder al texto impreso en virtud de la implementación del *Tratado de Marrakech* en Guatemala deben responder a:

- Derecho de reproducción
- Derecho de distribución
- Derecho de puesta a disposición al público
- Representación o ejecución pública
- Intercambio transfronterizo

- Importación de ejemplares en formatos accesibles

Lo anterior atendiendo a lo establecido en el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, debiendo facilitar la disponibilidad de las obras en formato accesible en favor de los beneficiarios.

En este sentido la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos deberá mediante una reforma introducir una limitación o excepción en el sentido que permita realizar la transformación de las obras a formatos alternativos, lo cual representa incluso que soporte determinados cambios que se consideren necesarios para poder realizar la conversión al formato alternativo.

Asimismo, se debe tener en cuenta en la redacción que la autorización para la transformación de las obras es estrictamente en favor de las entidades autorizadas y beneficiario o principal persona que lo cuide o se ocupe de su atención, quienes deberán haber obtenido previamente las obras o el ejemplar de esta, de manera legal, lo cual implica, que esta haya sido adquirida directamente del titular del derecho de autor, por autorización de este; posterior a su publicación o por haber sido adquirida por compraventa mercantil (comercializada).

Y, además, que la copia que se realice será destinada exclusivamente para suministrarla a los beneficiarios, sin ningún ánimo de lucro.

El Decreto 21-2018, por el Organismo Legislativo, el 9 de octubre de 2018, regula las reformas a la Ley de Derecho de Autor y Derechos conexos, contenida en el Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala.

Dicho decreto promueve la implementación del *Tratado de Marrakech* y en su parte introductoria contempla consideraciones sobre los cuerpos legales siguientes: Constitución Política de la República de Guatemala, Convención de las



Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
de Marrakech y Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.



El Decreto 21-2018 contiene 4 artículos, dispuestos de la siguiente manera:

Artículo 1. Se adicionan al artículo 63 las literales d), e) las cuales quedan así:

"d) Se realice la reproducción y distribución de ejemplares accesibles para personas ciegas, con baja visión y personas con otras limitaciones para acceder al texto impreso, que han sido protegidos por derechos de autor. Esto será posible siempre que la reproducción y distribución sean hechas por entidades autorizadas.

e) Se refiere a la distribución de materiales encriptados y protegidos por cualquier otro sistema que impida su lectura a personas no beneficiarias. Las entidades autorizadas asignarán y administrarán las claves de acceso a las obras protegidas. Las entidades autorizadas concentrarán los ejemplares accesibles en una sola base de datos a nivel nacional y estarán en la posibilidad de efectuar intercambio transfronterizo con otra entidad autorizada nacional de otro país u organización internacional certificada para tales fines.

Las entidades autorizadas conservarán una única base de datos de personas beneficiarias, a las cuales se le garantizará el respeto a la intimidad.

El artículo 1, en las dos literales (d) y e) que adiciona, están dirigidas a la reproducción y distribución de formatos accesibles, las cuales no tienen relación con el texto del Artículo 63 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos conexos, el cual regula la comunicación de las obras protegidas lícitamente, sin necesidad de la autorización del autor ni la remuneración, es evidente que no concuerda el texto del artículo de la reforma con el que sufre la adición.



La comunicación como tal, contempla el acceso a la información, ~~anónima~~ no implica la reproducción ni la distribución por lo que su redacción resulta ~~anónima~~ imprecisa y susceptible de no proceder en su aplicación a hechos concretos que pudieran presentarse.

El Artículo 2, establece que se adiciona el artículo 63 Bis al Decreto 33-98 el cual incluye definiciones que están acordes a los fines de las literales d) y e) que fueron adicionadas al artículo 63, descrito anteriormente, mencionando en el texto que se establecen en calidad de excepciones y limitaciones.

El artículo literalmente dice:

Artículo 63 (bis). Para dar cumplimiento a las literales d) y e) del artículo anterior se establecen las siguientes excepciones y limitaciones:

- a) Beneficiario: Toda persona ciega o de baja visión permanente que no puede corregirse y por ello, está imposibilitada para leer material impreso en forma sustancialmente equivalente a otra persona que no tiene la misma condición. Asimismo, personas con dislexia o toda otra deficiencia física o neurológica permanente que afecte la visión, manipulación o comprensión de textos impresos en forma convencional.
- b) Ejemplar en formato accesible: la reproducción de una obra, de una manera o forma alternativa que dé a los beneficiarios acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso.
- c) Encriptados: cifradas, de modo que no puedan ser leídas por personas que carezcan de una clave de acceso.
- d) Soporte físico: Todo elemento tangible que almacene con voz digitalizada y textos digitales en cualquier medio de almacenamiento electrónico. Las obras reproducidas y distribuidas en ejemplares accesibles deberán consignar: los datos de la entidad autorizada, la



fecha de la publicación original y el nombre de la persona física o jurídica a la cual pertenezcan los derechos de autor.

- e) Obras literarias: Poesía, cuento, novela, filosofía, historia, ensayos, enciclopedias, diccionarios, textos y todos aquellos escritos en los cuales forma y fondo se combinen para expresar conocimientos e ideas de interés universal o nacional.
- f) Obras científicas: tratados, textos, libros de divulgación, artículos de revistas especializadas y todo material relativo a la ciencia o la tecnología en sus diversas ramas.
- g) Entidad autorizada: institución estatal u organización no gubernamental nacional o internacional, sin fines de lucro, con personería jurídica, cuya misión principal sea impartir educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información a personas ciegas, de baja visión o con limitaciones para leer o manipular un texto impreso.

Las entidades autorizadas podrán:

1. Realizar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible, utilizando la regla del triple criterio, que serán distribuidas a los beneficiarios.
2. Asignar y administrar de manera obligatoria, las claves de acceso a los beneficiarios a las obras protegidas, con la finalidad de registrar el uso de los ejemplares de obras respetando la intimidad de los beneficiarios.
3. Concentrar los ejemplares accesibles en una sola base de datos a nivel nacional y estarán en la posibilidad de efectuar un intercambio transfronterizo con otra entidad autorizada, estatal de otro país y organización no gubernamental nacional o internacional certificada para tal fin, siempre y cuando se conserve una única base de datos de beneficiarios, garantizando el respeto a la intimidad.

En este artículo se incluyen definiciones de conceptos para la aplicación del *Tratado de Marrakech* y en el caso específico de las entidades autorizadas,

enumera las actividades que podrán realizar. Sin embargo, las definiciones, limitaciones ni excepciones por sí mismas, lo cual representa un verdadero caso legislativo, que en lugar de desarrollar el derecho en favor de la sociedad que regula y cuya seguridad jurídica, debe resguardar (autores y personas con discapacidad visual), hace al decreto susceptible de ser impugnado de inconstitucionalidad al entrar en vigor.



El artículo 3 regula el plazo en el que deberán realizarse las modificaciones al Reglamento del Decreto número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Y, finalmente, el artículo 4 regula el plazo de entrada en vigor a partir de la publicación en el Diario Oficial.

A ese respecto, el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, establece que aspectos deben tomarse en cuenta para la interpretación de la ley.

Dicho artículo expresa que las normas se deberán interpretar conforme al texto, según el sentido propio de sus palabras (en su primer supuesto), de esa cuenta se puede deducir que la redacción de las dos literales que se adicionan mediante el artículo 1 del Decreto 21-2018 que pretenden incorporar las reformas a la Ley de Derecho de Autor contenida en el Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, no son congruentes toda vez que el artículo 63 de esta última, estipula como actividad principal la comunicación, siendo esta una transmisión de determinada información más no implica en ningún momento o comprende actividades de reproducción y distribución de trabajos intelectuales formalmente escritos, creados y plasmados en un solo ejemplar como producto del intelecto del ser humano con un fin determinado o tema específico, razón por la cual estos, serían de trabajosa aplicación, dejando al margen la posibilidad de su verdadera vigencia pues no responden a la naturaleza jurídica del artículo en el cual fueron insertados.

En el segundo supuesto, el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial refiere al contexto, en este sentido deberá atenderse al contenido del texto de la norma y las actividades comprendidas lo cual indica que el artículo 63 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos está dirigido a normar la comunicación y las formas en las que es posible realizarlas sin que genere daño alguno, en tanto que la reforma que se pretende incluir describe dos actividades completamente ajenas al texto de dicho artículo y, además, se debe tomar en cuenta que existen en la mencionada ley, dos artículos específicos para la regulación de dichas actividades como los artículos 64 y 66 respectivamente.

También el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial expresa que cuando una ley es clara, no se debe desatender su tema principal con el pretexto de consultar su espíritu, motivo por el cual al redactar las reformas, se debió incluir cada actividad en el artículo destinado a regular actividades específicas para no provocar desaciertos y conflictos de aplicación.

El artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial también regula que en caso de existir necesidad de aclarar alguna norma o parte de ellas se debe atender a la finalidad de esta; sin embargo, atendiendo a que se refiere a unas reformas no se debió haber incluido en el artículo destinado a la comunicación, la regulación de actividades que corresponden a otro artículo específico, pues con ello se evita situaciones de complicación de cumplimiento de actividades por no contar con un fundamento legal categórico y técnico.

Para atender problemas de interpretación y con el objeto de aclarar alguna situación en particular se deberá atender el orden siguiente:

1. A la finalidad y espíritu de esta: se debe tomar en cuenta que para atender este aspecto se debe recurrir a la atención en conjunto de la ley, la cual servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes.



En este caso en especial deberá tomarse en cuenta que las reformas surgen de la necesidad de dar cumplimiento a un tratado, por lo que se requiere precisión para no provocar o dar lugar a discusiones o complicaciones y por lo consiguiente atrasos a la aplicación o cumplimiento para el goce de los derechos provenientes de dicho tratado.

El conjunto de la Ley en este caso se refiere a los derechos de Autor, por lo consiguiente en el apartado respectivo a las limitaciones, éstas son precisas y específicas toda vez representan situaciones particulares y excepcionales que deben ser descritas meticulosamente.

2. A la historia fidedigna de su institución: por tratarse de un tratado se debe recurrir al contenido y objetivo del origen de su creación. De ahí debe corresponder a los fines para los que fue creado y en esa línea de ideas las reformas deben responder directamente a dichos objetivos y fines del tratado, por lo que deberá estar expresada en términos precisos, y no dar lugar a conflictos de interpretación para poder conseguir los mejores resultados.
3. A las disposiciones de otras Leyes sobre casos o situaciones análogas: con respecto a esta directriz, los casos que se puedan originar por conflicto de interpretación se tornarán complicados toda vez que las reformas responden a la implementación de un tratado por lo cual no existen otros cuerpos legales que se puedan a nivel nacional citar para aclarar o resolver casos específicos.
4. Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho: en este aspecto prevalecerá el criterio de la imparcialidad y de la oportunidad que corresponde a la clase poblacional favorecida por la ley y en este sentido guarda estrecha relación con cada uno de los principios generales del derecho que asisten a cada caso en particular, pero que no permite determinar qué derecho puede o debe

prevalecer, cuando se confrontan el derecho de autor y el de los beneficiarios.



Asimismo, deberá atenderse, en cuanto a casos provenientes de conflictos por interpretación, que deberá acudir al idioma en el que es redactada la Ley nacional. En este caso el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial contempla que las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, a menos que el legislador las haya definido expresamente.

Para el efecto de aclarar o dilucidar el caso en particular se deberá acudir a la definición de términos con tal de entender si alguno corresponde a los otros o bien los comprende para su realización.

En conclusión las reformas formuladas carecen absolutamente de precisión y fueron mal redactadas, y no corresponden a los requerimientos, lo que pone en evidencia la mala técnica legislativa con la que fueron redactadas. Este aspecto deja mucho que desear de los legisladores y nuevamente pone en evidencia la mala actitud que tienen ante la sociedad, de corresponder a los intereses de sus habitantes y en esta oportunidad, en especial ante las personas con discapacidades visuales y en general, a quienes va dirigido el *Tratado de Marrakech*.

5.3. Responsabilidades de las entidades autorizadas que brindan los servicios a personas con discapacidad visual

Las entidades autorizadas, según la literal c) del Artículo 4 del *Tratado de Marrakech* son todas aquellas entidades que sean precisamente autorizadas o reconocidas por el gobierno, cuyas actividades estén orientadas a proporcionar a los beneficiarios, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a

la información, sin obtener a cambio remuneración alguna o sea sin ánimo de lucro.



También serán consideradas como Entidades Autorizadas todas las instituciones gubernamentales u organizaciones sin ánimo de lucro que proporcionen los servicios de educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información a los beneficiarios, como una de sus actividades principales y obligaciones institucionales.

Estas deben elaborar los mecanismos de control necesario para brindar sus servicios a las personas que previamente sean calificadas como beneficiarios, mediante procedimientos apropiados y que no representen cargas económicas o trámites engorrosos. Deben también crear registro de los beneficiarios de manera que se proteja la intimidad de estos en igualdad de condiciones que las demás personas.

Las entidades autorizadas dentro de sus actividades pueden ser receptoras de ejemplares de las obras literarias y artísticas impresas en papel y/o en formatos accesibles, debiendo crear diligentemente los registros para el uso de estos.

En el caso de ser receptora de obras literarias y artísticas impresas en papel, podrá realizar la transformación de estas a formatos accesibles para uso exclusivo de los beneficiarios. En la realización de dicha actividad de transformación debe tomar las medidas necesarias de forma que se pueda garantizar que se respetará la integridad de la obra original y realizar únicamente los cambios que sean estrictamente necesarios para que la obra sea accesible en el formato alternativo y a las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios o destinatarios.

Al amparo de una excepción o limitación en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, las entidades autorizadas podrán sin la autorización del titular

del derecho de autor, realizar un ejemplar en formato accesible de la obra literaria o artística.



También puede obtener de otra entidad autorizada un ejemplar en formato accesible, suministrar a los beneficiarios, ejemplares en formatos accesibles mediante el préstamo no comercial, comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos o por cualquier otro medio.

Puede, además, poner a disposición de beneficiarios o entidades autorizadas de otra Parte Contratante del *Tratado de Marrakech* un ejemplar en formato accesible realizado a partir de la limitación o excepción en Ley de derecho de Autor y Derechos Conexos.

Puede poner a disposición de los beneficiarios que se encuentran fuera del territorio nacional o sea en territorio de otra Parte Contratante siempre y cuando la entidad autorizada no tenga motivos para suspender el préstamo del servicio por considerar que dicho ejemplar en formato accesible pueda ser utilizado por personas ajenas a los beneficiarios.

Importar ejemplares en formato accesibles para uso exclusivo de los beneficiarios. Realizar intercambios transfronterizos de ejemplares de obras literarias y artísticas en formatos accesibles y tomar todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos.

Las condiciones para poder realizar las actividades anteriores son:

1. Tener acceso legal a la obra literaria o artística o tener un ejemplar de esta.
2. Convertir las obras literarias o artísticas a un formato accesible, mediante cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, garantizando que no sean realizados más cambios que los necesarios para el propio acceso a esta.



3. Crear un registro y control de beneficiarios para el suministro de formatos accesibles
4. Que las actividades de servicio a los beneficiarios se realicen sin ánimo de lucro.
5. Que se adopten las medidas necesarias para cumplir con la regla de los 3 pasos y por consiguiente no se atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Para eso debe, dicha entidad, establecer registros de:

- a) Catálogo de obras existentes tanto en tinta y papel como en formatos accesibles
- b) Distribución
- c) Comunicación
- d) Puesta a disposición
- e) Información de Entidades autorizadas y contactos

5.4. Implementación de procedimiento para determinación de las responsabilidades de las entidades autorizadas que brindan los servicios a personas con discapacidad visual

Para el control de la aplicación correcta del *Tratado de Marrakech* es necesaria la implementación de un procedimiento para la determinación de responsabilidades de las entidades autorizadas que brindan los servicios a las personas con discapacidad visual en su calidad de beneficiarios.

Para lograr el objetivo de implementación de ese procedimiento, en cuanto a las actividades que realizarán, en virtud de las reformas incorporadas a la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos para su aplicación, es necesario que exista

una entidad encargada de llevar un Registro de las instituciones que actúan como Entidades Autorizadas, tanto de carácter privado, como público.



Lo ideal es que la entidad encargada de llevar el Registro sea el Consejo Nacional para la atención de las personas con Discapacidad (CONADI), por ser el ente encargado para la atención de las personas con discapacidad, el cual tiene carácter de coordinador, asesor e impulsor de políticas generales en materia de discapacidad. Ente que deberá, en su reglamento incluir una sección dirigida a normar la actividad de las entidades autorizadas para dar forma al cumplimiento de los beneficios del *Tratado de Marrakech*, de tal manera que se aproveche al máximo y transmita seguridad a los titulares de los derechos de autor para motivar e incentivar la actividad intelectual.

El Consejo Nacional para la atención de las personas con Discapacidad (CONADI) en coordinación con el Registro de la Propiedad Intelectual deben buscar los mecanismos necesarios que permitan llevar control sobre las actividades que realicen las entidades autorizadas, la calificación de beneficiarios, el Registro de beneficiarios, Archivo de ejemplares de obras que manejan las entidades autorizadas, el control de transformación a ejemplares en formato accesible, control de intercambio transfronterizo de obras en formato accesible, tanto de ingreso al territorio nacional como de egreso de este, control de importación de ejemplares de obras; control de reproducción, transformación, distribución, edición y puesta a disposición al público de las obras en formato accesible; y el control sobre las medidas de seguridad aplicables.

También es necesaria la implementación del procedimiento que se deberá aplicar ante el incumplimiento de los controles correspondientes por parte de las entidades autorizadas, de forma que se considere la aplicación de sanciones que pueden ser desde una amonestación en forma escrita, hasta la imposición de una sanción pecuniaria o la certificación de lo conducente, según la gravedad de la infracción, el cual puede comprender las siguientes etapas:



- Denuncia del afectado (titular de los derechos) o inicio del procedimiento por conocimiento de oficio
- Emplazamiento a la Entidad Autorizada infractora por un plazo de 5 días
- Audiencia común a las partes por 10 días
- Audiencia común de Conciliación (conciliación o no conciliación), de forma personal, al tercer día de vencida la audiencia común anterior.
- Resolución: Pronunciamiento de sanción a aplicar por determinación de responsabilidad ante la infracción cometida o lo que corresponda.

El procedimiento puede iniciarse por denuncia interpuesta ante la autoridad competente, por el titular de los derechos afectado directamente o por conocimiento de oficio, al detectarse la irregularidad de las actividades que realiza la Entidad Autorizada en cuestión.

La autoridad competente emplazará a la Entidad Autorizada supuestamente infractora, por el término de cinco días para que se pronuncie sobre los señalamientos.

Con contestación o sin ella, la autoridad competente señala Audiencia común a las partes por el plazo de diez días para que presenten sus pruebas y para la argumentación de cuestiones de hecho o de derecho de acuerdo con los argumentos iniciales.

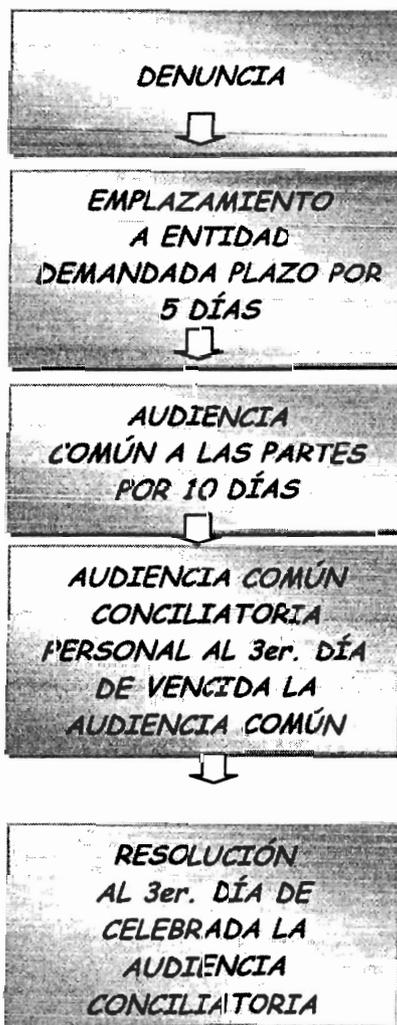
Culminado el plazo de audiencia de recepción de pruebas, al tercer día se celebrará audiencia oral en la cual la autoridad competente propondrá fórmulas ecuanímenes de conciliación, aprobando cualquier arreglo convenido, siempre que no contraríe ninguna ley, reglamento o disposición aplicable. El convenio de conciliación puede ser parcial, caso en el cual la autoridad competente se pronunciará en cuanto a lo no conciliado en la respectiva resolución. En caso de incomparecencia injustificada se le declarará rebelde y se continuará el trámite en favor del que hubiere comparecido.

Si no existe conciliación y se identifica responsabilidad de la entidad Autorizada como infractora se procede a condenar, mediante la imposición de una sanción de acuerdo con la gravedad de la infracción y si correspondiere la suspensión definitiva del funcionamiento de la Entidad y la certificación de lo conducente en caso de la comisión de delito(s). En caso de desvanecimiento de los señalamientos, y no determinación de responsabilidad, en la misma audiencia la autoridad competente emitirá resolución de mérito y compulsará la certificación de esta para los usos correspondientes, teniendo dicha certificación carácter internacional por la amplitud del *Tratado de Marrakech*.

Dicha resolución contendrá el pronunciamiento sobre los servicios que brindan las entidades autorizadas y que se reconocen apegadas a derecho, para los efectos de usos en la vía diplomática.



Esquema de procedimiento para determinación de responsabilidad de inidoneidad
de entidad autorizada



CONCLUSIONES



El *Tratado de Marrakech* como un cuerpo legal de contenido humano y social que pretende beneficiar a las personas con discapacidad visual o con cualquier otra discapacidad que le impida acceder al texto impreso, aspira ser el medio para que esta población supere las barreras existentes y vean realizados sus derechos de educación, cultura e igualdad entre otros.

Regula la creación de limitaciones y excepciones que deben ser incorporadas a las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados Contratantes en materia de Derecho de Autor para garantizar que sus sistemas jurídicos permitan a las entidades autorizadas la producción de libros en formatos accesibles sin necesidad de solicitar antes la autorización del autor o el titular de los derechos y con ello se exploten sus beneficios, lo cual se reflejará en una educación inclusiva, acceso a la educación, sensibilización a la sociedad, distribución de materiales en formatos accesibles a precios asequibles principalmente.

También establece la creación de un régimen internacional de importación y exportación para el intercambio de libros en formatos accesibles a través de las fronteras (intercambio transfronterizo), en cuyo caso las entidades autorizadas deben aprovechar estas medidas para hacer realidad la provisión de los libros.

Para alcanzar los objetivos del *Tratado de Marrakech* se requiere que dichas limitaciones o excepciones sean redactadas con la debida técnica legislativa para que en el momento necesario sea explotado el contenido al máximo y poder gozar de los beneficios que pretende otorgar dicho tratado a las personas beneficiarias y que a la vez se otorguen las garantías necesarias a los autores para resguardar sus derechos sobre la obra.

Como se puede apreciar a la lectura del presente trabajo, en el caso de Guatemala, lamentablemente los legisladores no realizaron un buen trabajo en la redacción de las limitaciones y excepciones requeridas por el *Tratado de Marrakech* para su implementación, pues sin necesidad de ser docto en la materia, el contenido del Decreto 21-2018 que contiene las reformas al Decreto 33-98, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; se puede apreciar que estas no responden a los requerimientos de dicho tratado, en el sentido que estas se refieren a actividades referentes a la reproducción y distribución de ejemplares accesibles y definiciones, en artículos ajenos al fin específico, cuando lo correcto era incluir las limitaciones y excepciones en los artículos específicos de la Ley de la materia para su correcta aplicación.

El trabajo efectuado por los legisladores es nefasto, en virtud que pone de manifiesto su desconocimiento en la técnica legislativa y la falta de voluntad de responder a los intereses de las personas con discapacidad visual y con otras dificultades para acceder al texto impreso así, como garantizar la protección a los titulares de los derechos de autor.

De lo anterior se puede afirmar que efectivamente a la entrada en vigor del *Tratado de Marrakech*, la vulnerabilidad de los derechos de autor se incrementará en virtud de la imprecisión y desacierto de las normas que reforman la ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, que persiguen implementar el *Tratado de Marrakech*, pero propician las malas prácticas y promueven el plagio de las obras al no crear un procedimiento que regule las sanciones, para quienes cometan infracciones o se aprovechen indebidamente de los beneficios provenientes del tratado.

La afectación a los derechos de autor es incalculable por ser imposible cuantificar los daños y perjuicios que se puedan ocasionar debido a que no se puede determinar el número de copias que se pueden reproducir mediante la



tecnología, con el inconveniente que toda vez que un ejemplar llegue a las manos de un beneficiario no es posible controlar efectivamente su uso.





REFERENCIAS



Alessandri, A., y Somarriva, M. (2008). *Los bienes y los derechos reales*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Santiago

Álvarez Amézquita, D.; Salazar, O. y Padilla Herrera, J. (2015). *Teoría de propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía*. Recuperado de https://www.academia.edu/26000122/Teor%C3%ADa_de_la_propiedad_intelectual._Fundamentos_en_la_filosof%C3%ADa_el_derecho_y_la_econom%C3%ADa_Theory_of_intellectual_property._Foundations_on_philosophy_law_and_economics_

Ascarelli, T. (1960). *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Milán: Editor Bosh, Publicaciones Real Colegio de España.

Baylos, H. (2004). *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. (3ª ed.). Madrid: Civitas.

Bercovitz, C. (coordinador). (2013). *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. España: Tecnos.

Branca, G. (1978). *Instituciones del derecho privado*. (6ª ed.). (Pablo Macedo, trad.). México: Porrúa.

Castrejón, G. (1999). *Derecho marcario y la propiedad industrial*. México: Cárdenas Editorial.

Correa, C., y Bergel, S. (1978). *Patentes y competencia*. Argentina: Rubinzal Culzoni.

De la Parra, E. (2015). *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación*. (2ª ed.). México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Diderot, D. (1764). *Carta sobre el comercio de los libros*. (Alejandro García Schnetzer, trad.). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Diez-Picazo, L., y Gullonk, A. (2012). *Sistema de derecho civil*. (4. Ed.).(vol. 3). Madrid. Tecnos.

Enciclopedia jurídica OMEBA. (Tomo XXIII). (1978). Argentina: Ediciones Driskill.

Erqueira, J. (1966). El derecho de autor como derecho de propiedad. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, Número 08), Julio-Diciembre

Garrote, I. (2001). *El derecho de autor en internet*. España: Comares.

Goldstein, M. (1995). *Derecho de autor*. Argentina: Ediciones La Rocca.

Greenhalgh, C., y Rogers, M. (2007). *El valor de los derechos de propiedad intelectual para las empresas*. Centro de Investigación de Propiedad Intelectual de Oxford. Colegio San Pedro.

Hardin, G. (1995). *La tragedia de los comunes*. Gaceta ecológica No. 37. Instituto Nacional de Ecología. México.

Hegel, G.(1980). *Filosofía del derecho*.(Mendoza De Montero, A. Coyacán, trad.). México: Ediciones Casa Juan Pablo.



Hettinger, E. (1989). *Justificando la propiedad intelectual*. Revista **Filosofía y Asuntos Públicos**. Volumen 18. Invierno # 1. Colombia.

Himma, K. (2006). La justificación de la propiedad intelectual: Disputas filosóficas contemporáneas. *Revista de la Sociedad Americana para la Ciencia y Tecnología de la Información*, Número 7. Volumen 59. P 1143-1161

Kant, I. (1968). *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Köhler, G. (1914). *Manual de propiedad industrial*. Milán.

León, E., y Varela, E. (2011). Naturaleza jurídica de la protección que otorga el derecho de autor. En R. Metke, E.I. León y E. Varela, Eds. *Estudios de propiedad intelectual*. (vol. 1). Bogotá. Universidad del Rosario.

Leveque, F. (2004). *La economía de las patentes y los derechos de autor*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=642622>.

López, S. (2016). *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. España: Comares.

Loredo, A. (1998). Naturaleza jurídica del derecho de autor. En M. Becerra Ramírez. ed. *Compendio: Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Luf, G. (1991). *Corrientes filosóficas de la época de la ilustración y su influjo en el derecho de autor*. *Filosofía del derecho de autor*. Dirección Nacional del Derecho de Autor. Ministerio de Gobierno. Colombia.





Ministerio de Educación y Formación Profesional. (s.f). *Accesibilidad. Declaración de Accesibilidad*. Recuperado de <https://intef.es/accesibilidad/>

Nava, J. (1985). *Derecho de marcas*. México: Porrúa.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1971) *Acta de París 1971. Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas*. Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12800>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1969). *Convención de Viena sobre los derechos de los Tratados*. Recuperado de http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1969). *Convención de Viena sobre los derechos de los Tratados*. Recuperado de http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Declaraciones concertadas relativas al Tratado de la OMPI sobre derecho de autor. Wipo ip portal*. Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/text/381457>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2003). *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f) *Reseña del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (1886). Portal de la OMPI*. Recuperado de https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html



Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1999). Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI SOBRE Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). *Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, España: CINCA.

Pérez, C. (1993). *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*. Madrid: Civitas.

Rangel, D. (1974). *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rengifo, E. (1997). *Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor*. (2ª ed.). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Ricketson, S., y Ginburg, J. (1987). *El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas 1886-1986*. Londres: Kluwer.

Ripert, G., y Boulanger, J. (1965). *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*. (vol. 6). *La Ley*. Buenos Aires: La Ley.

Rogel, C. (2003). *Estudios completos de propiedad intelectual*. (vol. I). Madrid: Reus, AISGE.



Roig, C. (2000). El Raffígrafo y su inventor. *Integración. Revista sobre ceguera y deficiencia visual*. Recuperado de <https://portal.once.es> > bibliotecas at_download > file

Schumpeter, J. (1971). *Capitalismo, socialismo y democracia*. (2ª ed.). (José Díaz García, trad.). Madrid: Aguilar.

Senftleben, M. (2004). *Derecho de autor, limitaciones y la prueba de tres pasos*. (Copyright, Limitations and the Three-Step Test). (KluwerLaw, trad.). International. Reino de los Países Bajos.

Sirinelli, P. (1999). *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. Taller sobre cuestiones de aplicación del tratado de OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)*. Ginebra, Suiza.

Stowell, A. (1993). *Derecho de autor y derechos de autor: divergencia y convergencias. Estudio de derecho comparado*. Bruselas. Bruylant. Francia

Topacio, A. (1992). *Derecho romano patrimonial*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

UNESCO. (s.f) Las TIC en la educación. *Portal UNESCO*. Recuperado de <https://es.unesco.org/themes/tic-educacion>

Diccionarios

Real Academia Española. (2001). Mutatis mutandis. *Diccionario de la Real Academia Española*. España: Espasa Calpe.



Legislación nacional

Código Civil, Decreto Ley 106. Guatemala. 1964.

Código de Comercio de la República de Guatemala. Decreto Ley 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código de Derecho Internacional Privado, Decreto 1575 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala (Código de Bustamante), 1928.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92, del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, 1992.

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985.

Gaceta No. 24, expediente No. 141-92, Sentencia de Guatemala, 16 de junio de 1992.

Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República, 1998.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, 1989.

Legislación internacional

Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma), 1961.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 1969.

Convención Universal de Derecho de Autor, 1952.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Naciones Unidas, 2008.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, 1973.

Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1967

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996.

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el sobre Derecho de Autor, 1996.

