

## Derecho de autor e Internet: la muerte del principio de *lex loci protectionis*

*Fecha de recepción* : 15 de enero de 2019 • *Fecha de aceptación*: 13 de febrero de 2019 • *Fecha de publicación*: 10 de mayo de 2019

**Dra. Janny Carrasco**

Universidad de Brasilia, Brasil

[jannycarrasco83@gmail.com](mailto:jannycarrasco83@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-2183-9182>

### Resumen

Con la presencia de internet, el acceso a la cultura, la diversidad cultural y el derecho de autor se han visto afectados en el plano del derecho internacional privado. La realidad jurídica existente provoca una fragmentación jurídica transnacional en materia de derecho de autor que limita la circulación de decisiones judiciales en el contexto extraterritorial de internet. Cuestiones como el principio de *lex loci protectionis*, elección de foro, jurisdicción competente y ley aplicable están quedando inaplicables en la dinámica del derecho de autor en internet. El derecho internacional privado necesita reformular las cuestiones de litigios transnacionales en materia de derecho de autor en internet.

**Palabras claves:** inderecho de autor, internet, diversidad cultural, propiedad intelectual, *lex loci protectionis*.

### Abstract

With the presence of the Internet, access to culture, cultural diversity and copyright have been affected at the level of private international law. The existing legal reality causes a transnational legal fragmentation in the area of copyright that limits the circulation of judicial decisions in the extraterritorial context of the internet. Issues such as the principle of *lex loci protectionis*, choice of forum, jurisdiction and applicable law are removed from the dynamics of copyright on the internet. International private law needs to reformulate the issues of transnational copyright litigation on the internet.

**Keywords:** copyright, internet, cultural diversity, intellectual property, *lex loci protectionis*.

## Introducción

La web 2.0 revolucionó la informática y la relación tradicional entre usuarios y medios de comunicación, convirtiendo a los primeros en creadores y generadores de contenidos susceptibles de la protección del derecho de autor. Cualquier persona puede asistir, bajar o compartir un filme, están al alcance de la mano, basta tener un celular y acceso a internet con banda ancha. La exclusividad de generar contenidos no es solo de los creadores de sitios electrónicos, los propios usuarios de la red son entes activos en la ecuación

El derecho de autor aún no consigue garantías efectivas en el espacio internacional si colocamos en la ecuación el elemento extraterritorial llamado internet, siendo esta una materia pendiente hasta dentro de los bloques regionales más avanzados en términos de integración, reconocimiento de decisiones judiciales y ejecución de sentencias, como es el caso de la Unión Europea o del Merco-Sur.

La protección de los derechos de autor está visceralmente conectada con el poder del mercado y la apropiación del conocimiento; invención, diseño, marcas, patentes, denominaciones geográficas, derechos de autor, todos ellos contribuyen al desarrollo del comercio nacional e internacional.

Dada la propia naturaleza de internet (en el mundo virtual se disuelven las fronteras geográficas), las informaciones de los individuos publicadas en este medio inevitablemente producen efectos extraterritoriales, por lo que reclamar la protección de estos contenidos resulta de extrema complejidad. El principio de *lex loci protectionis* resulta ineficaz debido al alcance global que genera una violación de derecho de autor en red, pues el contenido compartido o bajado desde la web está abierto para cualquier persona desde cualquier lugar. El presente artículo tiene como objetivo verificar la eficacia jurídica del principio de *lex loci protectionis* en el contexto de internet, con especial referencia a Brasil.

## Desarrollo

### De los desafíos del acceso a la cultura y el derecho de autor

Desde el 10 de diciembre de 1948, con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 2015), quedó establecido de forma universal que el acceso a la cultura resulta un derecho humano fundamental, garantizando con ello un mínimo de protección a nivel global mediante la propuesta de principios universales que con posterioridad fueron incluidos en los distintos ordenamientos internos de los países miembros de la ONU<sup>1</sup>.

1. La Creación de la Organización de las Naciones Unidas fue un proceso de varios años, siendo que el día 12 de junio de 1941 representantes de 14 países se reunieron en el Palacio de St. James (Londres) y firmaron la declaración con la que se propusieron trabajar juntos con los demás pueblos del mundo, siendo el primer paso para la creación de la ONU. Varias reuniones sucedieron posteriormente, hasta ser oficialmente constituida el 24 de octubre de 1947, para el mantenimiento de la paz y el equilibrio global. Justamente un año después, el 10 de diciembre de 1948, se firma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo objetivo inicial fue garantizar el mínimo de condiciones jurídicas a los países miembros.

Analizando el artículo no. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (ONU, 2015), se apunta desde temprano la dicotomía que prevalece hoy entre la protección de los creadores de bienes culturales como actividad resultante del intelecto humano y el acceso a la cultura como un derecho humano fundamental. Si bien la definición no tiene un carácter absoluto las leyes domésticas necesitan de una adaptación eficaz que garantice el disfrute de estos derechos humanos.

Por su parte, el artículo no. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, dialoga de forma armónica con el artículo no. 27 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; lo que demuestra el acceso del individuo a la vida cultural, siendo protegida tanto la creación intelectual como el acceso y consumo de esta. Por tanto, surge la necesidad de reivindicar los derechos humanos relacionados con el acceso a la cultura y el equilibrio con el derecho de autor.

Ambos tratados dialogan en favor de la cultura como derecho humano fundamental, lo que resulta de extrema importancia y complejidad en tiempos de internet, donde cada vez más existe un marcado desequilibrio entre acceso y protección. Por un lado, los autores ven sus derechos violados a diario en la red y, por el otro lado, los usuarios reclaman una mayor apertura de contenidos y menos derechos de autor.

Este desequilibrio imperante entre el acceso a la cultura y la protección del autor ha hecho obsoleto el sistema internacional del derecho de autor frente al acceso a la cultura, dado que la red facilita en múltiples ocasiones un acceso que viola los derechos de autor y desprotege al creador en pro de colocar un "libre acceso" que va resultando cada vez menos libre, debido al papel de los gigantes de internet y su relación con las industrias creativas.

Concertar el equilibrio entre protección y acceso resulta tan complejo como intentar resolver la paradoja de quién surgió primero, ¿el huevo o la gallina? En esta contradicción radica la complejidad de armonizar y unificar en el derecho jurídico los derechos de autor en el ambiente virtual. La complejidad del fenómeno está basada fundamentalmente en la abstracción de elementos estrechamente vinculados a este, como son: la inmaterialidad, los conceptos de obra y de originalidad, la territorialidad, la libre circulación de bienes culturales en la red, la inmediatez de transmisión o de intercambio de información.

L' époque postmoderne est caractérisée par le rôle primordial que les individus accordent à leur identité culturelle, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les moeurs et les autres traditions de la communauté à laquelle un fort sentiment de loyauté les lie. L' on défend cette identité par tous les moyens, parfois en sacrifiant son existences et même sa vie.

En outre, la protection des symboles de cette appartenance, des noms caractéristiques, de la langue, ou des trésors d'art nationaux faire partie des droits reconnus par les déclarations relative aux droits del homme et par d'autres actes législatifs. (Jayme, 2010, p. 167)

Concordando con Jayme (2010), es primordial el papel de la diversidad cultural en la vida del individuo, su preservación contribuye al equilibrio en la jurisdicción internacional. Dentro de esta necesaria proporción encontramos que la propiedad intelectual —y específicamente el derecho de autor— está dominada por la prevalencia de un diálogo desigual en el cual el sistema mundial finge proteger de la misma forma a la compañía de Walt Disney y su emblemático Mickey Mouse y al cantante de música tradicional del interior del Amazonas.

La normativa referente al acceso no logra garantizar por sí sola un equilibrio entre el derecho de autor y el acceso a la cultura, lo que provoca la necesidad de repensar el derecho de autor en internet y su relación con el acceso a la cultura en el ámbito del derecho internacional privado.

### **Diversidad cultural en el espacio virtual**

En 1989, fue encargada a la Unesco la protección general del folclor, destacándose la salvaguarda del patrimonio cultural tradicional y popular, previendo las medidas que serían adoptadas para identificar, conservar, preservar, difundir y proteger la diversidad cultural. Con posterioridad los organismos internacionales involucrados comenzaron a trazar políticas y proyectos a fin de garantizar un mínimo de protección de las tradiciones culturales.

Como resultado del trabajo de la Unesco entre los años 2001-2003, la organización elaboró un instrumento normativo que tuvo en cuenta el trabajo precedente, siendo adoptado en la Conferencia General en su 32º encuentro, el 17 de octubre de 2003, cuyo fin era salvaguardar la cultura inmaterial y promover la cooperación internacional, regional y local. Todo ese trabajo de años generó una base propicia para que en 2005 aprobaran la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

Aunque la Convención no trajo respuestas definitivas ni resultó un objetivo en la aplicación de una política efectiva, ella reconoció la cultura popular tradicional y la diversidad cultural, lo que, en el plano internacional, significó un progreso en el tema.

En el análisis de los aspectos legales de la Convención se evidencia un enfoque abstracto de la realidad actual, que depende del mayor o menor grado de desarrollo de los países signatarios y sus políticas internas. La propia definición de diversidad cultural<sup>2</sup> (Unesco, 2005) es un paso positivo mas no suficiente en la protección de los elementos definidos, debido a la presencia de una postura postcolonial que se evidencia en el análisis.

Cuando analizamos el sistema de derecho de autor y la protección de la diversidad cultural encontramos términos que no logran establecer sobre el mismo asunto una definición unánime en el plano internacional. En la Convención sobre Protección y Promoción de la Diversidad Cultural

2. Artículo 4.- La “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.

de 2005 encontramos definiciones como salvaguarda y preservación, mientras que en la de Berna sobre Derecho de Autor de 1886 y sus modificaciones posteriores encontramos protección. Otra deficiencia que posee la Convención de la Unesco es sobre la ausencia de cómo será preservada y salvaguardada la diversidad en el mundo virtual, a diferencia de otros tratados ella nace en un momento de pleno desarrollo del mundo virtual en la vida social del individuo (Pérez, 2012, p. 108).

Esto evidencia la falta de un diálogo más armonizado entre las organizaciones y la norma internacional que aborda el tema de la diversidad cultural y el derecho de autor, lo que induce a un análisis conflictual si colocamos estos conceptos en el ámbito de internet.

Coincidiendo con Pérez (2012, p. 109), el patrimonio cultural, de forma general, corresponde a bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, en tanto el derecho de autor protege bienes individuales del creador.

Llevados estos postulados al ámbito de internet, encontramos que existen dos tratados que regulan la materia autoral en el espacio virtual: el Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derecho de autor (WCT)<sup>3</sup> y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)<sup>4</sup>. Con ellos fueron modificados en el espacio internacional conceptos como distribución, derecho de alquiler, derecho de comunicación al público, entre otros.

El mantenimiento de los patrones mínimos enunciados en la Convención de Berna de 1886 fue reflejado en dichos tratados, pero el derecho moral del autor no caminó con igual suerte, pues se otorgó mayor protección a los aspectos económicos de la actividad del autor, como la reproducción, la traducción, la comunicación y la distribución al público de las obras (Bertini, 2010, p. 236).

Básicamente el derecho de autor en el entorno de internet está dividido en dos posiciones fundamentales: por un lado, las garantías mínimas de la red que buscan favorecer el dominio público y, por el otro, el excesivo proteccionismo a favor de la criminalización de toda la actividad realizada por los usuarios, lo que favorece directamente a las industrias creativas y no directamente al creador.

De acuerdo con Castell (2008), la comunicación pasó de un enfoque bidireccional a otro multidireccional, siendo una comunicación de muchos para muchos. Tanto la legislación internacional como la nacional carecen de soluciones efectivas debido a la marcada utilización del principio de *lex loci protectionis* cuando es reclamada la violación, principio que resulta inaplicable a la realidad de la sociedad actual, lo que demuestra la obsolescencia presente en el sistema internacional del derecho de autor.

Si analizamos la situación actual de la industria cinematográfica en Brasil, encontraremos que alrededor del 80% de los filmes que son estrenados en el cine pertenecen o son provenientes de

3. Este Tratado fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 y entró en vigencia en marzo de 2002; en él se recoge un arreglo de acuerdo al artículo 20 del Convenio de Berna que trata sobre la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. (OMPI, 1996a)

4. Este Tratado fue adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, y en él se recogen los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los productores de fonogramas. (OMPI, 1996b)

Hollywood. Existe una alta probabilidad de que suceda de igual forma en el mundo de la música y la literatura, lo cual demuestra lo aparental de la diversidad que exhibe el mundo contemporáneo, una diversidad que internet facilita solo en teoría.

Coincidiendo con Schatz (citado en Smiers, 2006, p. 50), “las películas ya no son sólo películas sino franquicias, grandes éxitos que se pueden reproducir en una gran variedad de soportes. La película ideal de hoy es un gran éxito de taquilla”, produciéndose una confluencia del sector del entretenimiento, la información y la publicidad.

No se evidencia una correspondencia entre la diversidad cultural y el derecho de autor en la red, siendo una práctica frecuente por parte de los llamados “gigantes de internet” el control y redireccionamiento de los contenidos accedidos por los usuarios en red, lo que carece de una protección efectiva y coloca en amplio cuestionamiento la aparente apertura a la diversidad cultural que tanto es proclamada en la red.

Por otra parte, no existe un mecanismo para supervisar en qué medida los Estados signatarios actúan a favor de la diversidad cultural en los diferentes ámbitos sociales. A esto se suman la ausencia de una reglamentación en favor de equilibrar la forma en que están disponibles los contenidos en la red, así como el control casi absoluto que ejercen las industrias creativas de la mano de los Gigantes de Internet sobre aquello a lo que el usuario accede.

La realidad del acceso a la cultura y la protección de la diversidad cultural enfrenta uno de los mayores desafíos de la historia del derecho de autor: lograr un equilibrio entre el acceso a la cultura y la protección para el autor que garantice una verdadera diversidad cultural en un mundo globalizado.

Un ejemplo de la complejidad e importancia del asunto es el caso de la Unión Europea, que se ha visto afectada por la penetración cultural de la industria americana, como lo demuestra claramente la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de fecha 4 de septiembre de 2016. Entre las principales cuestiones que levanta el comunicado destaca la necesidad de promover un mercado de los derechos de autor, de forma equitativa y que funcione correctamente. Este informe expone que “las películas europeas llegan solo a 2,8 Estados miembros de la UE, en comparación con la cifra de 6,8 que ostentan las películas estadounidenses”; mientras que en las salas de cine “la brecha entre las películas europeas (2,6) y las americanas (9,7) es aún mayor” (COM, 2016, p. 4).

Si analizamos en profundidad estas cifras, se revela en toda su dimensión la nada disimulada penetración cultural americana en todo el planeta. Por otro lado, se constata lo aparental de la diversidad cultural que tenemos no solo en la red sino en cualquier espacio de los medios de comunicación. Ni el bloque regional europeo consigue escapar del canto de sirena de las industrias creativas americanas, las cuales definen, invaden y conquistan el mercado cultural del planeta.

## El espejismo de la gratuidad de la cultura en internet

Internet conjuga elementos diversos como la gratuidad, el acceso a bienes culturales, las regulaciones de copyright y derecho de autor sobre los contenidos y la responsabilidad de los usuarios en su relación con cada uno de los elementos anteriores, lo que coloca sobre la agenda la prioridad de instaurar nuevos modelos de participación e interacción, y al mismo tiempo la necesidad de nuevos modelos de negocios.

Según Howkins (2007), la lógica imperante en el sistema clásico del derecho de autor es definida por cinco elementos: la figura del autor, el autor y la creación de la obra, la obra en sí, la legislación específica o el tipo de derechos protegidos y las transacciones, que estarán definidas por el grado de permiso otorgado por el autor para la utilización de la obra.

En internet estos elementos adquieren una configuración invertida definida por la transacción y el impacto de esta autorización o no de la obra por parte del autor o de la industria, lo que divide al derecho de autor entre la piratería y el libre acceso, estallando el modelo clásico del sistema de propiedad intelectual y con este el principio de *lex loci protectionis*<sup>5</sup>.

Varias son las legislaciones que buscan reforzar la protección del copyright, limitando con ello el acceso a la circulación de bienes e instaurando una verdadera inseguridad jurídica en el tema. Las limitaciones del sistema se presentan más como una restricción de formas y no de hechos, pues la tendencia del desarrollo tecnológico es al aumento del acceso gratuito a los contenidos que están protegidos por el derecho de autor de algún Estado.

Apparently, many entrepreneurs conclude that if something is valuable, a way will be found to charge for it, so they concentrate on getting market share first, and worry about profits—and the rules for making them—later. (Litman, 2006)

El aumento del discurso de la gratuidad en internet se extiende sobre la red paralelamente a la actividad económica del autor, lo que lleva a la explosión en los años 2000 de las ganancias de valores importantes. Google, por ejemplo, compra YouTube en el 2006 por 1,6 millones de dólares y comienza así el control y dominio de los gigantes de internet por controlar y valorizar la información que poseen.

¿Las formas que adopta la legalidad de acceso al contenido utiliza configuraciones que respetan y acompañan la innovación tecnológica? En principio no, de ahí el ejemplo de la tecnología P2P, peer to peer, cuyo desarrollo progresivo fue el resultado de la protección jurídica excesiva que llevó a la promulgación de diferentes leyes a fin de controlar todas las actividades de la web. Esta nueva propuesta de servicios en internet propone efectos sobre la reconfiguración de las relaciones entre local y global.

5. El Convenio de Berna de 1886, con su enmienda de 1979 (OMPI, 1886-1979), establece lo siguiente en el artículo nº5.2: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.



La arquitectura diseminada del P2P se contrapone al sistema clásico de la propiedad intelectual. El acceso gratuito a obras disponibles por esta vía explora las maneras de una arquitectura descentralizada, desplazando las fronteras entre el uso privado y el público, y colocando en colapso el principio de *lex loci protectionis*, pues el lugar donde se debe reclamar ya no pertenece ni está conectado a un único territorio físico o a un ordenamiento jurídico exclusivo.

El derecho de autor está delante de un diálogo entre las fuentes tradicionales del derecho: la legislación y la jurisprudencia. Además de ello, el derecho de autor se debate en el plano internacional entre dos áreas que aparentemente nada tienen que ver con la cuestión del autor pero que en definitiva terminan confrontando el sistema imperante de la materia; estamos hablando de la competencia y los derechos fundamentales.

La competencia actúa como un elemento de limitación de interés público, lo que lleva al monopolio de explotación de los titulares del derecho de autor, abusando de su posición dominante en el mercado, permitiendo o rehusando determinada obra de acuerdo con la autorización otorgada. Lo que viene a ser modificado sustancialmente con el P2P.

La estructura y características de la red facilitan la producción y distribución de contenidos. Las prácticas que promueven el libre acceso al conocimiento<sup>6</sup>, generan un caudal de información que es captado por empresas con fines de lucro para negocios asociados a la publicidad, el desarrollo de software y la venta de datos, entre otros. Internet vive hoy una “territorialización” en un mundo eminentemente extraterritorial.

Coincidiendo con Smiers (2006), la idea de internet como un festival eterno de libertad es una ilusión. En el mundo digital no hay nada virtual. Está claro que los proveedores de internet no son solo distribuidores, pues controlan las puertas de acceso a los mensajes y el destino final de estos acaba generando ganancias millonarias de forma disimulada.

### **Desafíos del derecho internacional privado ante internet**

Como ciencia que busca solucionar los problemas relativos a situaciones jurídicas internacionales conectadas a dos o más países, el derecho internacional privado tiene el propósito de definir cuestiones relativas a ley aplicable, a jurisdicción competente, y examina y juzga litigios trasfronterizos (*cross-border litigation*). Cada Estado es competente para establecer sus reglas referentes a la homologación y ejecución de decisiones extranjeras, desde que estas no ofendan la soberanía, el orden público y la dignidad de la persona humana, conforme a lo establecido por el STJ<sup>7</sup> (Lopes, 2014, p. 50).

La distribución y protección del derecho de autor hasta hace unos años ocurría en el marco de un territorio determinado, identificable; sin embargo, internet colocó un desafío jurídico internacional

6. Dentro de estas prácticas podemos nombrar “la producción colaborativa”, “los bienes intelectuales comunes”, “la producción P2P”, que forman parte del lenguaje común de movimientos como el Software Libre, el Copyleft y la llamada “Cultura libre”, y se enmarcan jurídicamente en licencias libres como la General Public License (GPL) o licencias donde los productores ceden parte de sus derechos de autor como sucede con Creative Commons (CC).

7. Superior Tribunal de Justiça (Tribunal Superior de Justicia de Brasil).



ante la aplicación del principio básico del derecho de autor: el principio de *lex loci protectionis*.

Las cuestiones de ley aplicable y jurisdicción competente son de extrema complejidad si de derecho de autor se trata, ya que puede suceder que el país donde fueron violados los derechos no cuente con una legislación que contemple tal violación en la red, lo que coloca un grado de ineficacia jurídica en la aplicación del principio. Y lo mismo sucede si la violación ocurre de forma simultánea en dos o más estados al mismo tiempo, siendo complejo reclamar al unísono la protección en todos ellos.

De Miguel Asensio (2015) apunta que la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual condiciona tanto las reglas sobre determinación de la ley aplicable como las reglas sobre competencia judicial internacional, pero no impone que la competencia para conocer de litigios relativos a la infracción de esos derechos deba corresponder necesariamente a los tribunales del país a cuyo territorio va referido el derecho.

Así, las fuentes del derecho internacional privado son tanto las fuentes nacionales de cada Estado como las fuentes internacionales, considerando la diversidad cultural y normativa entre las naciones. En razón de eso, los conflictos de interés transnacional vinculados a las empresas gigantes de internet se tornan aún mayores cuando no existen normas internacionales que unifiquen o armonicen las reglas del derecho internacional privado sobre la materia a nivel global. ¿Hasta qué punto son responsabilizadas estas empresas teniendo en cuenta la desmaterialización y la desterritorialización de las actividades en el mundo virtual?

Es importante destacar que la presencia física es cada vez menos indispensable no solo en las relaciones sociales en general, sino también en las transacciones comerciales. Además, como señala Lopes (2014), la ausencia de soporte físico es uno de los elementos distintivos del comercio electrónico de contenidos. Esta autora alerta que es incorrecto pensar que los medios de información tecnológica puedan sustituir el contacto humano directo (Lopes, 2014). Es un error pensar que el mundo virtual va a sustituir al real. Lévy (1999, pp. 211-219) critica la idea de que lo virtual supuestamente sustituya a lo real, amenazándolo con la desaparición; el resultado es la reorganización de la economía de las informaciones de los conocimientos de las obras. De esta manera, cuestiona la posibilidad de uniformizar las reglas de derecho internacional privado para los problemas que surgen en las relaciones con las empresas de internet.

La unificación de reglas de derecho internacional privado en materia de derecho de autor es una tarea ardua y difícil, toda vez que significa crear reglas idénticas para países culturalmente diferentes, buscando soluciones iguales independientemente del lugar. Según Boele-Woelki (2010), la principal característica del proceso de unificación de ley es el abordaje “top-down”, que visa la creación de una legislación vinculante (p. 300). Así, la unificación nace a partir de la adopción de una convención internacional en la que los países se comprometen a cumplir con las obligaciones internacionales recíprocas establecidas en la norma. Boele-Woelki (2010) afirma que el tratado es el instrumento internacional más efectivo para unificar normas substantivas (p. 315), y que su éxito depende del número de ratificaciones por los Estados (p. 321).

Los problemas del mundo digital no poseen una solución efectiva debido a la desconfianza



internacional generada por el hecho de que los asuntos que convergen en competencia de más de un foro se limitan a ser litigados en el lugar de origen del creador o de la industria cultural que lo representa.

La propia existencia del establecimiento de las limitaciones y excepciones, o regla de los tres pasos, en cierta forma limita el progreso hacia una armonización efectiva acorde con la definición de Boele-Woelki. Estas limitaciones y excepciones varían de país a país.

La transmisión de contenido de derecho de autor involucra varios actores hasta llegar al usuario final. Cada uno de los actores involucrados tiene su cuota de responsabilidad en la manera en que se diversifica el contenido y se propaga la diversidad. El poco control que tienen los Estados sobre los gigantes de internet que operan en sus territorios, en cuanto al cumplimiento de decisiones judiciales, induce a pensar la eficacia jurídica del sistema de propiedad intelectual a escala transnacional.

Un ejemplo que ilustra lo anterior es la falta de correspondencia entre las cifras emitidas por Google para Brasil. Según esta entidad, hasta diciembre de 2015 fueron emitidas 1698 decisiones judiciales, a las que Google respondió dando cumplimiento a un 67% de ellas, y de estas solo el 2% estuvieron relacionadas con el derecho de autor, siendo cumplida la retirada de un total de 8 solicitudes<sup>8</sup>.

Por dentro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ, por sus siglas en portugués), encontramos que la justicia brasilera experimenta una caída en el número de decisiones relacionadas con el derecho de autor, lo que corrobora la ineficacia del sistema actual de propiedad intelectual y específicamente del derecho de autor. En 2014 fueron emitidas un total de 107 Sentencias (Acórdãos) y 5 Informativos de Jurisprudencias; para el 2015 se dictaron 134 Sentencias y 6 Informativos de Jurisprudencias, y hasta el 1 de diciembre de 2016 se han emitido 91 Sentencias y solo 3 Informativos de Jurisprudencias<sup>9</sup>. La disminución considerable de cifras en el Tribunal no apunta hacia un ambiente de cumplimiento de la legislación nacional e internacional en la materia; por el contrario, obliga a repensar soluciones jurídicas más ajustadas a la era informacional que tantas violaciones del sistema actual provoca.

Analizando las cifras se observa una aparente conformidad y efectividad en el cumplimiento de las decisiones judiciales extranjeras que involucran a Google en el tema del derecho de autor. ¿Será que la baja cifra de litigios relacionados con el derecho de autor en internet está vinculada a la poca violación de estos en el medio? Sin dudas la respuesta a un primer acercamiento será un no rotundo, pues la poca efectividad de decisiones judiciales en materia de derecho de autor ha demostrado el colapso del principio de *lex loci protectionis*, que constituye el pilar fundamental en la reclamación de derechos de autor y que socava la ineficiente aplicación de este en cuanto a los litigios generados en la red. Los autores han dejado de creer en la efectividad jurídica del sistema internacional de la propiedad intelectual.

Existen dos respuestas que estas empresas dan ante cualquier litigio internacional que demanda

8. Disponible en: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/BR/> Consultado en 1 de marzo de 2019

9. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Consultado el 30 de marzo 2019

el cumplimiento de una obligación. Un primer argumento es basado en la imposibilidad de cuestiones tecnológicas para dar cumplimiento de la obligación, evadiendo la responsabilidad en apagar contenido que viola derechos morales y patrimoniales del autor. Un segundo argumento es la sede en Estados Unidos, lo que complejiza el reclamo de violaciones del derecho de autor, cuyo resultado es el desistimiento por parte de los autores debido al alto costo procesal, afectando los derechos morales y patrimoniales del autor y colocándolo en total estado de indefensión.

En relación con ello, el pronunciamiento de la jurisprudencia brasileña al respecto advierte que, para retirar el contenido violatorio de derecho de autor, debe ser suministrado a los Gigantes de Internet el url del sitio que viola los derechos objetos de litigios a fin de poder retirar el contenido violatorio y aplicar la responsabilidad que de ello se derive. Alegando además la aplicación de la responsabilidad vicaria o contributiva utilizada en el modelo americano y que fue incorporada en la jurisprudencia nacional, siendo referente para los casos analizados con posterioridad<sup>10</sup>.

Tal posicionamiento del Tribunal Superior de Justicia de Brasil provoca dudas en relación con el referente dentro del sistema de derecho de autor, ya que la propia legislación nacional reconoce de forma explícita la afinidad al modelo francés prevista en el artículo no. 22 de la Ley no. 9.610 de 1998 al reconocer que pertenecen al derecho de autor los derechos morales y patrimoniales sobre la obra que creó<sup>11</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia aborda la perspectiva del modelo angloamericano, pues asume conceptos como responsabilidad contributiva o vicaria que poseen mayor fuerza dentro del sistema de copyright. ¿Cuál sería el modelo a seguir en los litigios que reclaman protección dentro del sistema brasileño? Sin dudas, estamos en presencia de contradicciones aparentemente simples y fáciles de resolver pero que provocan una mirada de mayor agudeza jurídica hacia el futuro del derecho de autor en Brasil.

Ante las situaciones jurídicas transnacionales autores como Freire (2015) plantean la necesidad de la existencia de un tribunal internacional para dirimir las cuestiones relacionadas con internet, cuestión esta que tardará décadas en ser materializada debido al enfoque territorialista dominante en el mundo internacional, el cual dista mucho de ser superado en la realidad contemporánea.

---

10. Disponible en: [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1512647\\_79460.pdf?Signature=jSnRBylciomzC6rGBhE9868eXiE%3D&Expires=1480941454&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=bf97685e0ea9ce8a821f30cff1dc8e51](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1512647_79460.pdf?Signature=jSnRBylciomzC6rGBhE9868eXiE%3D&Expires=1480941454&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=bf97685e0ea9ce8a821f30cff1dc8e51) Consultado el 30 de marzo 2019.

11. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) Consultado el 30 de marzo 2019.

## Conclusiones

El acceso gratuito a los contenidos está violando en su mayoría el sistema actual de la propiedad intelectual y del derecho de autor, lo que contribuye a la ineficacia jurídica del sistema, aumentando los litigios transnacionales y la desconfianza de los autores ante la legislación vigente. La diversidad cultural de la red es cada día menos diversa y más estandarizada por el consumo de la cultura estadounidense. La macdonalización del mundo virtual es un hecho que viene resultando cada día más claro y evidente para todos los países sea cual sea su posición geográfica.

El sistema internacional del derecho de autor es obsoleto, anclado en los postulados del siglo XIX y poco ajustado a la realidad de la red y sus dinámicas cambiantes. Dar una efectiva protección a las violaciones resulta de extrema complejidad en el campo normativo internacional privado, pues la ineficacia del principio de *lex loci protectionis* es un hecho consumado en la era de internet, que repercute en la forma en que es protegida la diversidad cultural. ¿El mundo ha comenzado a vivir la muerte del derecho de autor? Si condenamos al derecho de autor a postulados de siglos atrás con seguridad quedará atrapado en la obsolescencia programada que vive el mundo hoy.

## Referencias Bibliográficas

- Bertini, F. (2010). Contribuições ao Estudo de Direito Internacional da Propriedade Intelectual na era Pós Organização Mundial do Comércio: Fronteiras de proteção. Composição do Equilíbrio e Expansão do domínio público (tesis doctoral). Universidad de São Paulo, Brasil.
- Bertini, F. (2013). Direito internacional da propriedade intelectual. Fundamentos, princípios e desafios. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- Boele-Woelki, K. (2010). Unifying and Harmonizing Substantive Law and The Role of Conflict of Laws, en Recueil des cours - Académie de Droit International, v. 340. Edit: Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston.
- Brasil (1998). Lei nº 9610, de 10 de fevereiro de 1998. Publicado en el Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Consultado en 30 de noviembre de 2016. Recuperado de [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)
- Brasil (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Publicado en el Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Consultado en 30 de noviembre de 2016. Recuperado de [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Castell, M. (2008). A Sociedade em Rede. São Paulo, Brasil: Paz e Terra.
- COM (2016) 592 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Recuperado de <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-592-ES-F1-1.PDF>
- De Miguel Asensio, P. A. (2015). La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea. Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual, 117-154.
- Freire, D. (2015). Um Tribunal internacional para a internet. São Paulo, Brasil: Almedina.
- Howkins, J. (2007). The creative economy: how people make money from ideas. Londres, Reino Unido: Penguin Books.
- Jayme, E. (2010). Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. París, Francia: Académie de Droit International de La Haya.
- Joële, F. (2013). La Gratuité, à quel prix? París, Francia: Edit. École des Medias et Du Numérique de la Sorbone.
- Lipszyc, D. (2005). Derecho de Autor y Derechos Conexos. La Habana, Cuba: Unesco, CERLALC ZAVALIA.
- Lopes, I. (2014). Trabalho, Constituição e Cidadania. Brasilia, Brasil: Editora UnB.

- López, F. (2000). Globalización, cultura y desarrollo. Revista de la Sociedad Cultural José Martí, año 1(2).
- Litman, J. (2006). Digital copyright. Nueva York, EE. UU.: Prometheus Book.
- Pérez, O. A. (2012). Protección de la cultura popular tradicional en el derecho de autor en Cuba. La Habana, Cuba.
- Pereira, M. J. (2001). O direito autoral na Internet. Brasília, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Lévy, P. (1999). Cibercultura. São Paulo, Brasil: Renovar.
- Smiers, J. (2006). Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización. Barcelona, España: Gedisa.
- Unesco (2005). Convención sobre la Protección y Promoción de las Expresiones Culturales. París, 20 de octubre de 2005. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>
- ONU (2015). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ginebra, 10 de diciembre de 1948.
- ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra, 24 de enero de 1966.
- OMPI (1996a). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT). Recuperado de <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>
- OMPI (1996b). Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Recuperado de <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/>
- OMPI (1886-1979). Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Recuperado de [https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=283700](https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700).