



UnB

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO E DOUTORADO**

**JANNY CARRASCO MEDINA**

**El acceso a la cultura: ¿derecho humano o protección para el autor?**  
**Una armonización necesaria en la jurisdicción internacional.**

Brasília

Año

2018





Universidade de Brasília

Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação

ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE TESE DE DOUTORADO DO ALUNO JANNY CARRASCO MEDINA, INTITULADA "EL ACCESO A LA CULTURA? DERECHO HUMANO O PROTECCIÓN PARA EL AUTOR? UNA ARMONIZACIÓN NECESARIA EN LA JURISDICCÓN INTERNACIONAL".

Aos vinte e nove dias do mês de agosto de dois mil e dezoito, sob a Presidência da Professora Inêz Lopes Matos Carneiro de Farias, Orientadora da Doutoranda, reuniu-se a Banca Examinadora de defesa de Tese, intitulada "EL ACCESO A LA CULTURA? DERECHO HUMANO O PROTECCIÓN PARA EL AUTOR? UNA ARMONIZACIÓN NECESARIA EN LA JURISDICCÓN INTERNACIONAL", integrada pelos professores Inêz Lopes Matos Carneiro de Farias – Orientadora; Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Oscar Alberto Perez Peña, Alexandre Kehrig Veronese Aguiar – Membros; Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira – Suplente. Declarada aberta a sessão, a Presidenta cedeu a palavra ao examinando para fazer uma breve exposição sobre o trabalho. Logo após, foi iniciada a fase de arguição. Fizeram uso da palavra, sucessivamente, os professores Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Oscar Alberto Perez Peña, Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, por trinta minutos cada um deles, havendo o doutorando respondido a cada um deles por igual período de tempo. Terminada essa fase em sessão reservada a Banca Examinadora deliberou atribuir a menção: Aprovada. E sendo comunicada publicamente essa decisão foi encerrada a sessão da qual foi lavrada a presente ata que é assinada pelos membros da Banca Examinadora e pelo Doutorando.

-PROF<sup>a</sup>. INÊZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS \_\_\_\_\_

-PROF<sup>o</sup>. ALEXANDRE KEHRIG VERONESE AGUIAR \_\_\_\_\_

-PROF<sup>o</sup>. DARIO MANUEL LENTZ DE MOURA VICENTE \_\_\_\_\_

-PROF<sup>o</sup>. OSCAR ALBERTO PEREZ PEÑA \_\_\_\_\_

-PROF<sup>o</sup>. MARCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA \_\_\_\_\_

-DOUTORANDA JANNY CARRASCO MEDINA \_\_\_\_\_



UnB

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO E DOUTORADO**

**El acceso a la cultura: ¿derecho humano o protección para el autor?**  
**Una armonización necesaria en la jurisdicción internacional.**

Autor: Janny Carrasco Medina

Orientadora: Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

Tese apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-  
Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília, *Linha de Pesquisa*  
*Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade*

Brasília, 29 de agosto de 2018.

## **Agradecimientos**

A Dios por darme fuerza cuando pensaba que iba a ser imposible.

A Paco por el optimismo, la sabiduría y la exigencia constante.

A Liosber Medina, por primo, hermano y amigo, a quien debo poder estar hoy en Brasil.

A Inez por la paciencia, la ayuda, el optimismo y el apoyo incondicional en este camino.

A mi familia porque gracias a ellos fue posible conquistar este sueño (Delia Enrique, Zadys y Emily).

A la comunidad cubana de la UnB en Brasilia

A mi esposo y compañero de vida por la paciencia en los momentos más difíciles. A mi familia brasilera por el cariño compartido, el apoyo y los desafíos superados.

A CAPES Y CNPQ, por el indispensable apoyo financiero

Al Programa de Pos-Graduação em Direito da UnB, por ser la luz al final del túnel cuando parecía imposible este sueño.

A los amigos que siempre estuvieron dispuestos a colaborar: (Jorge, Reinier, Surelys, Ileana, Suyen, Delphine, Thassila, Nathaly, Luciana, Oscar, Javier, Yasletty, Wendy, Kayren, Jazmin, Jozieli y Lizandra)

## FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada automaticamente, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a) CC313e Carrasco Medina, Janny El acceso a la cultura: ¿derecho humano o protección para el autor? Una armonización necesaria en la jurisdicción internacional. / Janny Carrasco Medina; orientador Inez Lopes Mato Carneiro de Farias. Brasília, 2018. 212 p. Tese (Doutorado - Doutorado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2018. 1. direitos fundamentais, acesso à cultura, direitos culturais. 2. direito autoral, limitações e exceções. 3. internet, alternativas emergentes. 4. direito internacional privado, harmonização jurídica internacional, soft law. I. Lopes Mato Carneiro de Farias, Inez, orient. II. Título.

## **RESUMEN**

Esta investigación parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico internacional privado contemple una regulación legal adecuada del acceso a la cultura y el derecho de autor en el ámbito de internet, pues sobre el tema la doctrina internacional y brasilera es escasa, se adolecen de regulaciones expresas tanto en el ámbito doméstico, regional y global y no se han determinado claramente las vías más adecuadas para solución de conflictos transnacionales en este tema.

El informe de tesis se estructura en cuatro Capítulos. El primero constituye el soporte teórico-doctrinal relacionado al acceso a la cultura como derecho fundamental, en el que se analiza la regulación existente en la materia. El segundo se sistematiza la contextualización histórica del derecho de autor tanto en el plano doctrinal como regulador. En el tercero se aborda el papel de internet en cuanto a sus orígenes, gobernanza, funcionamiento técnico, papel de la industria cultural y realidad imperante. En el cuarto se determinan las vías de solución ante la falta de armonización jurídica internacional sobre el tema y la relación del derecho de autor y el derecho internacional privado en la era de internet.

Fueron utilizados como métodos teóricos: analítico-sintético, inductivo-deductivo, histórico-lógico, sistémico-estructural y tránsito de lo abstracto a lo concreto. Se empleó del nivel empírico guía de análisis de documentos. Apoyado también en los métodos estadísticos y procesamiento de datos.

Los resultados principales se centran en contribuir al perfeccionamiento de la doctrina internacional y aportar soluciones encaminadas a perfeccionar las regulaciones jurídicas en materia de derecho de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet y las vías de protección más eficaces ante la falta de armonización internacional.

## **PALABRAS CLAVES:**

Acceso a la cultura, derecho de autor, armonización, internet, derecho internacional privado

**ABSTRACT:**

This research starts from the premise of the need for the private international legal system to contemplate an adequate legal regulations of access to culture and copyright over Internet. Indeed, on this topic, the international and Brazilian systems are limited. The lack of regulations can be seen at the domestic, regional and global level, as a result, the most adequate manner to solve transnational conflicts in this area have not been clearly identified.

The thesis is structured in four Chapters. The first chapter deals with the theoretical-doctrinal support related to the access to culture as a fundamental right, in which the existing regulation on the subject is analyzed. The second systematizes the historical contextualization of copyright, both at the doctrinal and regulatory levels. The third chapter covers the role of the Internet in terms of its origins, governance, technical functioning, the representation of the industry and prevailing reality. The fourth highlights the diferente possibilities to solve transnational conflict, in the absence of international legal harmonization, and demonstrates the relationship of copyright and private international law in the age of the Internet.

The theoretical methods used were the following: analytic-synthetic, inductive-deductive, historical-logical, systemic-structural and transition from the abstract to the concrete. The analysis guide for documents was used at the empirical level, as well as statistical methods and data processing.

The main results are focused on contributing to the improvement of international doctrine and providing solutions aimed to improve the legal regulations on copyright and access to culture in the context of Internet by hihglighting the most eficiente protection mechanisms in the absence of International harmonization.

**KEYWORDS:**

Access to culture, copyright, harmonization, internet, private international law,



## RESUMO

Esta pesquisa parte da necessidade que tem o ordenamento jurídico internacional privado contemple uma regulação legal adequada do acesso à cultura e o direito autoral no âmbito da internet, pois sob a temática a doutrina internacional e brasileira é escassa, carece de regulações expressas tanto no âmbito doméstico, regional e global e não tem sido determinado claramente as vias mais adequadas para a solução de conflitos transnacionais nesse tema.

O informe de pesquisa está estruturado em quatro capítulos. O primeiro constitui o suporte teórico-doutrinal relacionado ao acesso à cultura como direito humano fundamental, onde è analisado a regulação existente na matéria. O segundo sistematiza a contextualização histórica tanto no plano doutrinal como regulador. O terceiro trata do papel da internet enquanto ao seus origens, governança, funcionamento técnico, o papel da indústria e a realidade imperante. O quarto capítulo são determinadas as vias de solução ante a falta de harmonização jurídica internacional sob o tema e a relação do direito autoral e o direito internacional privado na era da internet.

Forem aplicados como métodos teóricos: analítico-sintético, indutivo-dedutivo, histórico-logico, sistémico-estrutural e trânsito do abstrato ao concreto. No nível empírico forem utilizados guia de análises de documentos. Apoiado também nos métodos estadísticos e processamento de dados.

Os resultados principais centran-se em construir ao perfeisoamento da doutrinal internacional e aportar soluções encaminhadas a perfeiçoar as regulações jurídicas em manteria de direito de autor e acesso à cultura no contexto de internet e as vias de proteção mais eficazes ante a ausência de harmonização internacional.

**PALAVRAS CHAVES:** acesso à cultura, direito autoral, harmonização , internete, direito internacional privado

## **Lista de siglas:**

**DIPr:** Derecho Internacional Privado

**OMPI:** Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

**ONU:** Organización de Naciones Unidas

**UNESCO:** Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

**OMC:** Organización Mundial del Comercio

**UNICITRAL:** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

**ICANN:**

**HCCH:** Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya

**OEA:** Organización de Estados Americanos

**UE:** Unión Europea

**CAN:** Comunidad Andina de Naciones

**MERCOSUR:** Mercado Común del Sur.

**STJ:** Superior Tribunal de Justicia de Brasil

**CBe:** Convención de Berna

**TIEF:** Tratado Sobre Ejecución o Interpretación de Fonogramas en el Ambiente Virtual

**TDA:** Tratado Sobre Derechos de Autor en el Ambiente Virtual

**ADPIC:** Acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio

**DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos

**PDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

**EUA:** Estados Unidos de América

**DCMS:** Departamento para la Cultura Medios y Deportes de Reino Unido

**UK:** Reino Unido

## Índice

RESUMEN .....	7
INTRODUCCIÓN.....	14
ACCESO A LA CULTURA, DERECHOS CULTURALES Y DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	22
1.1 ¿Quiénes velan por el acceso a la cultura y el derecho de autor? .....	22
1.2 Marco normativo internacional sobre el acceso a la cultura .....	26
1.2.1 Marco normativo regional sobre el acceso a la cultura .....	32
1.3 La doctrina en la relación al acceso a la cultura y los derechos culturales.....	39
1.3.1 Diversidad cultural y acceso a la cultura .....	41
CAPÍTULO II .....	48
2.1. Contextualización histórica del derecho de autor .....	48
2.2. Contextualización jurídica internacional del derecho de autor .....	56
2.2.1 Tratados regionales del derecho de autor en América Latina .....	59
2.2.2 De la carta de derechos fundamentales y los tratados de derecho de autor .....	60
2.3 Limitaciones y excepciones al derecho de autor .....	72
2.3.1 Limitaciones y excepciones en el <i>common law</i> y <i>civil law</i> .....	75
2.3.2. El papel de la industria en la relación derecho de autor y acceso a la cultura .....	84
CAPÍTULO III .....	91
DERECHOS DE AUTOR E INTERNET .....	91
3.1. Orígenes de internet.....	91
3.1.2 Estructura técnica y funcionamiento de la Red.....	93
3.1.3 Actores y Gobernanza Global.....	95
3.2 Alternativas emergentes ante el excesivo proteccionismo del derecho de autor en el ambiente virtual .....	100
3.2.1 Fenómeno Wikis .....	100
3.2.2 Dominio Público .....	101
3.2.3 <i>Copyleft</i> , <i>Software libre</i> y <i>creative commons</i> .....	109
3.2.4 <i>Peer to Peer</i> , Punto a Punto o Dos pares.....	115
3.2.5 <i>Streaming</i> y consumo cultural en línea .....	118
3.2.6 Cibercacifio .....	120
3.2.7 Copia privada .....	122
3.3 El derecho de autor en internet y el papel de la cibercultura .....	124
CAPÍTULO IV .....	136
DESAFIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO DE AUTOR.....	136

4.1. Caminos y desafíos del Derecho Internacional Privado y el derecho de autor.....	136
4.1.2 Como definir la competencia judicial en el contexto de internet .....	141
4.1.3 Jurisdicción y ley aplicable .....	143
4.2 Intentos de armonización jurídica internacional del derecho de autor .....	154
4.2.1 Armonización regional de la propiedad intelectual .....	157
4.3 Propuestas existentes ante la ausencia de armonización jurídicos del derecho de autor en internet. ....	168
4.3.1 Tribunal Internacional para cuestiones de Internet.....	168
4.3.2 Soluciones en Línea .....	171
4.4 Soluciones para contornar el desequilibrio entre acceso y protección.....	176
4.4.1 Dialogo de las Fuentes. Ventajas y Desventajas: Soluciones en el ámbito doméstico .....	176
4.4.2 El <i>soft law</i> ante la ausencia de armonización internacional .....	189
CONCLUSIONES .....	193
BIBLIOGRAFÍA.....	196
ANEXOS .....	213

# INTRODUCCIÓN

## I. Presentación del problema y contextualización de la tesis

La llegada de internet cambió radicalmente la manera en cómo es permitido el acceso a la cultura en la actualidad. Esto provocó una agudización del desequilibrio existente entre acceso a la cultura y protección del derecho de autor<sup>1</sup>, afectando la diversidad cultural en las relaciones jurídicas transnacionales.

En los años 1990, América Latina comenzó a preocuparse por otorgar mayor protección en el contexto internacional a las cuestiones abordadas anteriormente; con el fin de buscar un equilibrio que garantizase el respeto a la diversidad cultural, el patrimonio y el acceso a la cultura.

La propiedad intelectual<sup>2</sup> y específicamente el derecho de autor, encara hoy la supremacía que imponen las Industrias Creativas<sup>3</sup> en el panorama jurídico transnacional; imposibilitando la apertura del dominio público<sup>4</sup>, limitando el acceso a la cultura como derecho humano

---

<sup>1</sup> Se entiende por derecho de autor en el sentido subjetivo, conjunto de facultades del que goza un autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada. En el sentido objetivo se refiere a la denominación que recibe la materia que trata de estos asuntos. (Lipszyc, 2005b)

<sup>2</sup> En el contexto internacional existe varias interpretaciones al respecto de este concepto. A los efectos de estas tesis y para corresponder a lo que está legislado en el derecho internacional, nos suscribimos a la definición dada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El Convenio que establece la OMPI firmado el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979., dispone en su artículo n°2.- Definiciones. A los efectos del presente Convenio se entenderá por: viii) “propiedad intelectual”, los derechos relativos: -a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, -a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,- a los descubrimientos científicos,- a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábricas, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico. (Ompi, 1967) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283834](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283834). Consultado: 1 de diciembre de 2014.

<sup>3</sup> En la última década a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha utilizado el término *Creative Industrie* o Industrias Creativas en lugar de Industria Culturales. Esto es debido a un intento de vincular a la cultura a los procesos creativos, en los que la creatividad actúa en condición de insumo. La expresión Industrias Culturales, fue un concepto desarrollado en el siglo pasado en la década de 1940 por la llamada Escuela de Frankfurt, siendo tal vez la más conocida escuela en el proceso de producción de cultura de masas. Además de esta definición la Convención sobre Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 20 de octubre de 2005 define las Industrias culturales en su artículo n°5.- Las “industrias culturales” se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales. A los efectos de esta tesis es asumido el concepto dado por el referido instrumento legal una vez que corresponde con una definición más abarcadora en relación al número de Estados miembros que son parte de este instrumento internacional. (Unesco, 2005)

<sup>4</sup> Según la OMPI el dominio público se define como aquellos contenidos que engloban bienes intelectuales que no tienen protección por derecho de autor o cuya protección ha caducado al haber vencido el plazo de protección. (Dusollier, 2010) La definición puede ser más precisa, centrada únicamente en aquellas obras en las que ha prescrito la protección del derecho de autor ; o más amplia contemplando aquellas obras que aún no poseen protección por parte del sistema internacional del derecho de autor.

fundamental y controlando las formas en que se accede a esta en internet. Todo eso, asociado con la desigualdad de las relaciones transnacionales norte/sur, donde prevalece una fuerte industrialización del Norte *versus* un escaso de desenvolvimiento del Sur.

Existe una ausencia de soluciones jurídicas transnacionales en materia de derecho de autor que coloquen los derechos fundamentales como la figura central en la solución de los litigios. Los derechos fundamentales<sup>5</sup> y los derechos de autor necesitan estar estrechamente relacionados para minimizar la falta de armonización jurídica internacional.

La (des)colonización mono-cultural propagada por el mundo y en especial en el ámbito jurídico de la sociedad latinoamericana, viene enfrentando desafíos tanto en el análisis de los casos, como en la ejecución efectiva de las decisiones, evidenciándose un predominio de ineficacia de decisiones judiciales en el espacio del derecho de autor internacional.

Los procesos de estandarización cultural acostumbran a ser violentos y muchas veces pasan las fronteras físicas de forma imperceptible; teniendo diferentes manifestaciones tanto en el plano nacional como internacional de las relaciones privadas del individuo. Un ejemplo de ello encontramos en el caso *Yumbulul vs. Reserve Bank of Australia*<sup>6</sup>, donde un miembro de la tribu indígena había otorgado la licencia de una de sus obras, un poste con el lucero del alba- a la organización australiana *Aboriginal Artists Agency*, la que a su vez concedió una sublicencia al Banco de la Reserva de Australia para que reprodujera un billete conmemorativo.

Esto trajo consigo varias críticas por parte del resto de los miembros de la tribu debido a que este acto iba en contra de sus leyes tradicionales, lo que provocó que *Yumbulul* entrara con proceso judicial para dejar sin efectos las sublicencias. El entendimiento del juez al respecto fue contrario a la petición de *Yumbulul*, prevaleciendo la interpretación del derecho occidental

---

<sup>5</sup>El término derechos fundamentales parece en Francia con el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Después se propagó por Alemania reconociéndose las relaciones individuo-Estado.(Luño, 1991). Es por ello que los derechos fundamentales comienzan a formarse a partir del siglo XVIII con las Declaraciones de Derechos y se regulan en las primeras Constituciones como es el caso de la francesa y la de Estados Unidos. Esto hace que con la Declaración Universal de Derechos Fundamentales de 1948 se encaminen a proteger las garantías del ciudadano frente al Estado.

<sup>6</sup>En este caso se demostró el conflicto fundamental entre el entendimiento aborigen de los derechos en las obras de arte y la ley del derecho de autor, hallándose sin lugar la pretensión del autor en el proceso pues no pudo probar que no había permiso para la reproducción de la obra de arte. Esta situación mereció el repudio de su comunidad local una vez que hizo pública la utilización de la obra. Ya que esta creación expuso cuestiones relacionadas a la cultura popular tradicional de la comunidad indígena que eran mantenidas en secreto religioso. (Shand, 2002) Disponible en: <https://www.ocf.berkeley.edu/~culturalanalysis/volume3/pdf/shand.pdf>. Consultado en 20 de mayo de 2017.

sobre cuestiones de derecho indígena. Este clima cambiante abrió la puerta a nuevos desafíos en la triada derechos humanos- diversidad cultural-derechos de autor.

Esta Tesis tiene como cuestionamiento central ¿Cómo solucionar la falta de armonización en el sistema internacional y el desequilibrio entre derecho de autor y acceso a la cultura para proteger la diversidad cultural? Para ello será necesario responder a lo largo de la tesis los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo establecer un equilibrio entre derechos fundamentales y derecho de autor? ¿Cómo puede ser respetada la diversidad cultural? ¿Cómo puede ser el derecho de autor una barrera al disfrute y protección de la diversidad cultural?

Ningún sistema de propiedad intelectual sea *common law* o *civil law* escapa a los conflictos transnacionales que presentan el mundo interconectado. El aumento del acceso a la cultura en el ambiente virtual provoca un colapso del sistema internacional imperante en materia de derecho de autor.

Dentro del sistema internacional de la propiedad intelectual, el derecho de autor ha llevado la peor parte, pues es la materia que menos actualizaciones jurídicas ha recibido a lo largo de la historia de los Organismos Internacionales tales como: la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Estas continúan trabajando para disminuir los conflictos transnacionales en esa área, pero la ausencia de tratados internacionales dificulta un entendimiento mundial uniforme, provocando que no exista un consenso internacional sobre cómo deben ser resueltos los litigios de derecho de autor a escala global.

En el presente trabajo será abordada la relación entre el acceso a la cultura como derecho humano fundamental y su relación con el derecho de autor, en el ámbito de internet. Esta área resulta de especial importancia para el Derecho Internacional Privado (DIPr), pues es poco abordada en la doctrina nacional e internacional.

Los derechos fundamentales y los derechos de autor se manifiestan en todos los ámbitos de la vida de las personas en la sociedad contemporánea. La generalidad de las legislaciones, están enfocadas en ratificar el monopolio del derecho de autor, siendo estudiado en menor escala el acceso libre a la cultura como derecho humano fundamental en el ámbito de internet.



## II. Del objeto y objetivos de la investigación

En internet existe una creencia fingida que el acceso a la cultura es libre y abierto para todos; nada más alejado de la realidad pues esto pasa por varias etapas: un primer momento marcado por la tenencia del usuario de algún equipo ya sea computador o teléfono inteligente; un segundo momento contar con una conexión a la red global vía proveedores de conexión y un tercer momento, entrar en las plataformas que colocan disponibles los contenidos.

Estas premisas hacen que el acceso libre y abierto que tanto es pregonado, vea obstáculos tecnológicos. Posturas como el *copyleft*<sup>7</sup>, *creative commons*<sup>8</sup>, o apertura del dominio público en el ambiente virtual, se presentan como las alternativas que intentan contrarrestar ese mundo de libertades eternas que pretende ser internet.

Se constata que, en la mayoría de la bibliografía y casos estudiados, no existe una solución acabada que contribuya a resolver la falta de armonización en el sistema internacional del derecho de autor; para garantizar mayor acceso a la cultura en proporción con el derecho de autor afín de proteger la diversidad cultural.

El derecho de autor se encuentra en una fase crítica en el escenario internacional, debido a la falta de una política efectiva, (tratados internacionales) capaz de iniciar el camino de la armonización internacional.

Por tanto, el **problema jurídico** de esta tesis se estructura de la siguiente forma: ¿la falta de armonización de los derechos de autor en el sistema internacional limita la existencia de un equilibrio entre acceso a la cultura y protección del derecho de autor en el ámbito de Internet?

**Problema científico:** ¿Cómo incide el ordenamiento jurídico internacional privado en la protección del derecho de autor y el acceso a la cultura como derecho humano fundamental en el contexto de internet?

---

<sup>7</sup>El *copyleft* enmarcado dentro de este movimiento de la cultura libre, emana de un juego de palabras basado en el *copyright* o derecho de autor sustituyendo el *right* (derecha) por el *left* (izquierda), aludiendo a la lucha contra las corrientes conservadoras y proteccionistas defensoras de la idea por un derecho de autor propietario. También evoca a *right* como un derecho y a *left* como el participio del verbo *to leave* (abandonar, renunciar), contextualizado en el derecho de propiedad del derecho de autor. (Rodríguez, 2006)

<sup>8</sup>El *creative commons* es una organización no gubernamental sin fines lucrativos, enfocada a expandir las obras creativas a través de licencias que permiten compartir, utilizar y acceder a obras con menos restricciones que el sistema tradicional de derecho de autor. (Rodríguez, 2006)

**Hipótesis:** La utilización de normas de *soft law*, permitirá una solución inmediata en la legislación internacional de los derechos de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet, posibilitando una tutela más eficaz de estos derechos.

**Objetivo General:** Valorar la regulación legal existente sobre el derecho de autor y el acceso a la cultura como derecho humano fundamental en el contexto de internet.

**Objetivos Específicos:**

1.- Sistematizar los antecedentes históricos y las regulaciones existentes en el ordenamiento jurídico internacional en materia de derecho autor y su relación con el acceso a la cultura como derecho humano fundamental en el contexto de internet.

2.- Identificar la relación existente entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor en internet, desde la perspectiva del derecho internacional privado.

3.- Determinar las vías más adecuadas en la solución de conflictos internacionales relacionados con el acceso a la cultura y el derecho de autor en internet.

### **III. Metodología utilizada**

La metodología utilizada en esta investigación supone la combinación de métodos de las ciencias sociales y jurídicas específicamente: el analítico-sintético, inductivo-deductivo, histórico-lógico, sistémico-estructural, transito de lo abstracto a lo concreto, y las técnicas de análisis de documentos. Los que posibilitaron la sistematización teórica sobre el objeto de estudio de esta investigación, realizándose un examen doctrinal de los aspectos fundamentales de estos derechos. Se logró, además, como aporte fundamental, la sistematización de las regulaciones existentes en el ordenamiento internacional y el análisis de las vías de protección de estos derechos; brindado la posibilidad de elaborar una propuesta de solución para minimizar la falta de armonización jurídica internacional en este tema

Se realizó un examen doctrinal de los aspectos fundamentales, tomando como base la literatura, jurisprudencia, disposiciones jurídicas de los países más avanzados en el tema, las normas de derecho internacional privado, así como estudios de casos relacionados al objeto de estudio. Apoyado en estudios sobre abordaje metodológico de autores como:(Olazábal, 2014), (Monebhurrun, 2015).

## **Del Nivel Teórico**

**Analítico-Sintético:** Para determinar los elementos de acceso a la cultura, lográndose establecer los fundamentos teóricos-metodológicos de la investigación y análisis de los resultados obtenidos.

**Inductivo-Deductivo:** Empleado para definir aspectos esenciales relacionados a la protección de derechos fundamentales, derechos de autor e internet, afín de determinar las potencialidades y deficiencias que posee el derecho internacional privado en este sentido.

**Histórico-Lógico:** Para explicar el desarrollo de los derechos fundamentales, derechos de autor e internet y su evolución dentro del derecho internacional privado.

**Sistémico-Estructural:** Permitted el análisis de la situación de la protección de derechos fundamentales, derechos de autor e internet, conformando así una representación de la realidad objeto de estudio en el ámbito del derecho internacional privado.

**Tránsito de lo Abstracto a lo Concreto:** Condujo a abordar la generalidad de los referentes teóricos, determinar las potencialidades y deficiencias de los derechos fundamentales, derechos de autor e internet, desde la mirada del derecho internacional privado, para concluir en un estudio teórico.

Estos métodos permitirán responder el problema esencial de esta tesis que busca: ¿Cómo solucionar la falta de armonización en el sistema internacional del derecho de autor para garantizar mayor acceso a la cultura en equilibrio con el derecho de autor en el contexto de internet?

## **Del Nivel Empírico:**

i. **Guía de Análisis de Documentos:** Se establecen aquellos aspectos más interesantes a ser trabajados, tanto en los estudios doctrinales como en la consulta de la jurisprudencia definiendo los principales parámetros como sigue:

✓ Parámetros Generales (Fecha, Año, Organismos que emiten, tratamiento de la diversidad cultural, derechos fundamentales y derechos de autor)

✓ Abordaje sobre el acceso a la cultura como derecho humano fundamental y su relación con el derecho de autor en el contexto de internet.

✓ Nivel de correspondencia entre la legislación y la decisión emitida por el tribunal competente.

✓ Nivel de análisis con un enfoque predominante en la protección de los derechos fundamentales y el acceso a la cultural.

### **Métodos Estadísticos y Procesamiento Matemático**

Se empleó el análisis porcentual para caracterizar la jurisprudencia brasilera durante el período de 1997 a 2017 emitida por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) a fin de establecer una contextualización práctica del objeto de estudio.

### **IV. Relevancia y Novedad Científica de la Tesis**

Hasta el presente existen varios autores como: (Bassos, 2000b), (Moura, 2010), (Bertini, 2013), (Asensio, 2015a) que han abordado los estudios de la propiedad intelectual en el ámbito de derecho internacional privado. La mayoría de ellos coinciden en que existe una falta de armonización jurídica internacional en el derecho de autor, pero en ellos no se aprecia una solución que contribuya a establecer un equilibrio entre acceso a la cultura y protección del derecho de autor en el ámbito de internet.

Establecer la debida proporción entre acceso y protección exige de soluciones más ajustadas a la realidad tecnológica imperante. La interconexión de estos derechos en el contexto internacional contribuirá al progreso y el desenvolvimiento humano.

### **V. Estructura de la tesis**

El informe final ha sido estructurado en cuatro Capítulos:

En el Capítulo I, denominado: Acceso a la cultura, derechos culturales y derecho de autor en el ámbito internacional se puntualizan los aspectos técnicos más importantes de estos derechos, lo relativo a su evolución internacional, se determina su protección en el marco internacional y se realiza una distinción entre derechos culturales y acceso a la cultural, permitiendo determinar la autonomía de estos derechos.

En el Capítulo II: Panorama internacional del derecho de autor, se sistematiza las disposiciones jurídicas existentes en el ordenamiento internacional en la materia. Se realiza un examen de la evolución historia del tema y del papel de las industrias creativas en la relación derecho de autor y acceso a la cultura.

En el Capítulo III: Derecho de autor e internet, se realiza un estudio sobre la evolución y funcionamiento técnico de internet, se determinan las alternativas emergentes en el contexto digital relacionadas al derecho de autor y acceso a la cultura, así como el papel de la industria.

En el Capítulo IV: Desafíos del derecho internacional privado y el derecho de autor, se determina la situación actual del acceso a la cultura y el derecho de autor en internet y su realidad en el derecho internacional privado, para proponer las soluciones más adecuadas ante la falta de armonización jurídica internacional.

Los principales resultados que se pretenden obtener son los siguientes:

1. Contribuir al perfeccionamiento de la doctrina jurídica brasilera e internacional en materia de derecho de autor y acceso a la cultura.
2. Sistematizar las disposiciones normativas internacionales en la materia y realizar una propuesta que permita mejorar la falta de armonización jurídica internacional para el derecho de autor y el acceso a la cultura en internet.
3. Brindar vías de solución que posibiliten perfeccionar la legislación existente en el derecho internacional privado respecto al tema objeto de estudio.

## CAPÍTULO I

### ACCESO A LA CULTURA, DERECHOS CULTURALES Y DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el presente capítulo serán abordadas las cuestiones relativas al derecho de autor y el acceso a la cultura en relación con el papel de los principales organismos internacionales que están involucrados en esta relación. Se analizará el contexto normativo internacional de estos derechos a nivel internacional y regional; así como las principales discusiones doctrinales al respecto y el papel de la diversidad cultural.

#### 1.1 ¿Quiénes velan por el acceso a la cultura y el derecho de autor?

El arte hoy es un mero campo de batalla lleno de incompatibilidades emocionales, conflictos sociales y cuestiones de status que chocan con la realidad cotidiana (Smiers, 2006b). La llegada de Internet ha provocado que el acceso a la cultura y el derecho de autor necesiten un diálogo más armónico, coherente y ajustado a la realidad tecnológica del siglo XXI, pues los avances científicos han provocado que al alcance de un *click* puedan estar disponible un sinnúmero de obras protegidas por el derecho de autor como son fotografía, libros, audiovisuales, música, *software*, juegos, entre otros.

Organismos como la ONU, HCCH, OMPI, UNESCO, OMC, deben jugar un papel primordial en el equilibrio de la relación de estos derechos, pues están directa o indirectamente involucrados con la relación del derecho de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet ya que de una manera u otra intervienen en las cuestiones de propiedad intelectual y derecho internacional privado.

Como regla general la ONU<sup>9</sup> ha sido puntera en instaurar normas mínimas de comportamiento aceptable para las naciones, llamando la atención sobre aquellos aspectos que violan los principios universales de su declaración. De ahí, que sea quien traza el camino inicial entre derechos de autor y acceso a la cultura. La protección de los derechos culturales va ganando

---

<sup>9</sup>La creación de la ONU fue un proceso de varios años. El día 12 de junio de 1941 representantes de 14 países se reúnen en el Palacio de St. James (Londres) y firman la declaración con la que se proponen trabajar juntos con los demás pueblos del mundo, siendo el primer paso para la creación de la ONU. Varias reuniones sucedieron con posterioridad hasta quedar 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. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2017.

cada vez más importancia. Sin embargo, ello posee un límite dado por el respeto a la dignidad de los “pueblos” y la autodeterminación.

La visión de ellos sobre el asunto ha sido limitada, pues los tratados internacionales que emanan de ellos no resuelven cuestiones de fondo e incrementan la existencia de conflictos transnacionales sin soluciones jurídicas adecuadas al desarrollo tecnológico. Provocando la presencia y protagonismo del DIPr en la relación acceso a la cultura y derecho de autor en internet.

El objeto del DIPr moderno está focado hacia cuatro áreas fundamentales: los conflictos de leyes, los conflictos de jurisdicción, el tribunal competente y la cooperación jurídica internacional, siendo las principales fuentes del derecho las leyes, tratados Internacionales, jurisprudencia, doctrina, derecho consuetudinario(Araujo, 2013).

Las relaciones jurídicas entre acceso a la cultura y derecho de autor en internet poseen un marcado carácter privado. De ahí que compete al DIPr buscar las salidas más adecuadas para la solución de conflictos transnacionales. En esta materia la Conferencia de Derecho Internacional Privado, juega un papel decisivo, pues dentro de sus principales objetivos está trabajar por la unificación progresiva de las normas de DIPr, posibilitando una armonización parcial o total en determinados asuntos internacionales.

El trabajo de la HCCH es bien productivo. Fundada en 1823, cuenta con un total de 80 Estados miembros y 146 contratantes. Administra 39 tratados de ellos 10 atienden cuestiones de ley aplicable, ejecución y reconocimiento de sentencia extranjera, y el resto se ocupa de cuestiones más relacionadas al derecho de familia. En esta institución la propiedad intelectual, posee un papel menos destacado, quedando fuera de la mayoría de sus instrumentos. Esta situación demuestra el escaso diálogo entre los organismos internacionales, como es el caso de la OMPI la HCCH, en aras de resolver conflictos transnacionales que emanan en internet.

La HCCH ha sido determinante en el contexto global, pues las normas de DIPr son una manifestación del poder del Estado, pero con ciertas peculiaridades, pues pretenden resolver inconvenientes del paradigma estatal y su limitación en el ámbito territorial; definiendo la ley aplicable a nivel internacional bajo criterios de uniformidad. La insuficiencia de las legislaciones nacionales para regir casos de extrema complejidad transnacional ha provocado el aumento de los conflictos transfronterizos que alcanzan el área del derecho de autor en el medio digital.

Por su parte la OMPI cuida de las cuestiones de propiedad intelectual englobando tanto el derecho de autor como la propiedad industrial. Este organismo tiene un papel reservado en las cuestiones de derecho de autor, digamos que esta materia resulta el pato feo del sistema internacional de la propiedad intelectual. Para corroborar la afirmación anterior encontramos que de un total de 26 tratados administrados por OMPI, solo 6 abordan cuestiones de derecho de autor. Si bien es cierto que el derecho de autor posee un apego al principio de territorialidad como base jurídica para la solución de sus conflictos, ello no justifica el poco trabajo de instrumentos internacionales de esta organización.

La presencia de internet coloca la necesidad de adaptar el derecho de autor a las nuevas condiciones sociales, pues los principios y mecanismos establecidos en la Convención Internacional de Berna de 1886 (CBe) no se adecuan totalmente a un mundo interconectado. Para ello, OMPI intenta abordar el problema mediante tres estrategias dentro de la organización. La primera, es el trabajo del Comité Permanente de Derecho de Autor, en aras del estudio y creación de normas; la segunda es el Programa para el Desarrollo que adopta políticas viables de carácter no normativo mediante el diálogo y la recomendación a los estados miembros; la tercera aborda el futuro digital y del derecho de autor viéndose relacionada de forma estrecha con las dos anteriores, siendo la de mayor complejidad jurídica en el panorama internacional debido a la diversidad cultural de los Estados miembros.

La Organización Mundial del Comercio (Omc), si bien no es específicamente dedicada a la propiedad intelectual desde sus orígenes, ha regulado algunos aspectos sobre esta área vinculados al comercio internacional. Los Acuerdos sobre Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC) de 1994, recogen algunos aspectos relevantes en relación al derecho de autor. Vale destacar que el modelo que ofrece la OMC es basado en la libertad del mercado internacional, donde predomina la ley del mercado neoliberal.

Esta organización es el reflejo del papel de la globalización en el mundo. Al mismo tiempo que elabora proyectos de normas, tratados y acuerdos multilaterales, provoca un incremento de conflictos jurídicos en el espacio transnacional. Ante ello la solución presentada por esta institución es la existencia de Tribunales arbitrales, como vías de resolver los casos que surgen.

Sus normas han sido llamados por J. Smiers como: “los seis mandamientos de las nuevas tablas de la ley”. El primero es que tenemos que globalizarnos, el respeto por el plano local y la protección de este están fuera. El segundo es que todos los métodos de producción tradicionales deben ceder el paso a las nuevas tecnologías guiados por una confianza ciega en



la digitalización. El tercero es que la condición humana debe verse como un juego en que solo hay ganadores y perdedores, todos compiten contra todos. El cuarto, los países tienen que liberar sus mercados sin dejar espacio a la protección de lo que consideran valioso. El quinto, ordena eliminar las reglamentaciones. El sexto y último establece que todo lo que forma parte del dominio público debe ser privatizado (Smiers, 2006<sup>a</sup>,p.41).

En consonancia con lo expresado por *Smiers* se destaca que la OMC no busca precisamente un mayor acceso a la cultura para todos ni una interpretación con los principios fundamentales perpetrados en la Declaración Universal de 1947 y los tratados posteriores. Para este organismo la base del progreso científico está dada por la mercantilización y privatización del conocimiento a escala global.

Por último, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la cultura (UNESCO) fundada en 1945, ha tenido un diálogo determinante en el ámbito internacional en pos de proteger y salvaguardar los derechos culturales de todo ser humano. Con un total de 195 Estados miembros y 10 asociados, trabaja para proteger el patrimonio mundial inmaterial, el derecho a la educación, la cultura de paz, el derecho de autor, la diversidad cultural y el acceso a la cultura entre otros temas. Esta se destaca del resto por tener en el centro de atención los problemas más sensibles del ser humano.

Internet, lleva la peor parte en el contexto mundial, pues no posee una institución internacional que regule su funcionamiento y política. La dispersión jurídica que presenta la red de redes demuestra la necesidad de un consenso mundial en relación al tema. Por solo ilustrar el caos jurídico que acompaña el ciberespacio tenemos que: la OMPI cuida de temas relacionados a nombres de dominio, mediante la existencia de una corte arbitral, los programas de ordenador son protegidos por las normas de derecho de autor. El aspecto comercial compete a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), quien vela por las cuestiones relativas al comercio electrónico. Del aspecto técnico relacionado a la atribución de nombres y números electrónicos, cuida la Corporación de Internet para la Atribución de Nombres y Números (ICANN); esta última, es una organización privada cuya finalidad es otorgar los espacios y direcciones de protocolos de internet a escala global.

La crisis institucional de Internet demuestra la ineficacia de los organismos internacionales ante la cultura global. Cuidar hoy del equilibrio entre derecho de autor, derechos culturales, acceso a la cultura e internet es un proceso contingente, dialectico y que no puede estar sujeto a ataduras del siglo XIX. En esta etapa el derecho de autor fue concebido como el incentivo a

la creación artística e intelectual, entendido como la rama del derecho que propiciaría un aumento de las creaciones, cuestiones que serán profundizadas en el Capítulo II. Por lo que es necesario un trabajo conjunto, multidisciplinar para resolver los problemas globales de la sociedad del conocimiento.

Un ejemplo que ilustra claramente la crisis de las instituciones de internet está dado porque son empresas privadas domiciliadas en Estados Unidos (E.U.A) quienes administran el funcionamiento de la red. Esto implica que ante litigios transnacionales sea la jurisdicción americana la que prevalece sobre el asunto. Este aspecto será explicado con mayor profundidad en el Capítulo III y IV.

Se puede contextualizar que las principales instituciones relacionadas con el acceso a la cultura y el derecho de autor en internet, han trabajado de un modo discreto en la protección de tales derechos. Además, la presencia de internet tiene un impacto significativo en el espacio jurídico internacional y la proliferación de litigios transfronterizos. Cuidar de estos derechos requiere un trabajo interdisciplinar y armónico, amparado en un diálogo constante de estas instituciones para crear instrumentos internacionales con mayor eficacia extraterritorial.

## **1.2 Marco normativo internacional sobre el acceso a la cultura**

La llegada de avances científicos como: la litografía, el grabado, la fotografía y el cine por solo mencionar algunos ejemplos modificaron la manera de hacer y acceder a las obras de arte en el contexto local e internacional. El disfrute de estos progresos facilitó que los derechos culturales no fuera sólo un privilegio de las elites sociales, adquiriendo protección jurídica en el contexto internacional capaz de alcanzar a todos los individuos.

La obra de arte fue por principio reproducible. Aquello que el hombre hace siempre es imitado por otros hombres. Tal imitación fue practicada igualmente por discípulos para el ejercicio del arte, por maestros para la difusión de las obras y por terceros ávidos de lucro (Walter, 2012,p.32)<sup>10</sup>.

Una vez que son reconocidos los derechos civiles, políticos, laborales y educativos también ganan protección los derechos culturales. Esto posibilitó que la cultura comenzara a ser concebida como un elemento esencial del ser humano, en una relación simbiótica entre el público y el creador.

---

<sup>10</sup>Benjamin Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutividade técnica*. Editora Zouk 2012. Porto Alegre Brasil.

Es importante esclarecer que a los efectos de esta Tesis el acceso a la cultura se asume como un derecho humano fundamental, sin entrar en discusiones sobre las diferentes categorías y clasificaciones que los estudios de derechos fundamentales abordan.

Los tratados internacionales juegan un papel fundamental en la regulación del acceso a la cultura y los derechos de autor en el contexto de internet. Ello permite instaurar una correlación jerárquica de manera vertical y descendente con las leyes domésticas, estableciendo los preceptos más generales que intervienen en esta relación.

Cada país es soberano de establecer y definir el rango que ocupan los tratados internacionales en su ordenamiento interno. En una aproximación a priori podemos plantear tres posiciones que dominan la doctrina internacional: la primera, coloca a los tratados un papel supranacional estando por encima del ordenamiento jurídico doméstico, cuestión que evidenciamos hacia dentro de la UE y sus Estados miembros<sup>11</sup>; la segunda otorga un nivel infraconstitucional, supletorio o complementario de la legislación interna<sup>12</sup>; y la tercera los sitúa al mismo nivel de la Constitución<sup>13</sup>.

Con la Declaración Universal de los Derechos Fundamentales (DUDF), se llevó a un nivel superior las relaciones entre los Estados, instituyendo una doble responsabilidad para cada uno de los miembros de la O.N.U. Por un lado, el compromiso de cumplir con el instrumento y por otro, llevar estos preceptos universales a las Constituciones Nacionales (Onu, 1948).

---

<sup>11</sup>En la UE los Tratados, así como los principios generales, se encuentran en la cima de la jerarquía de las normas y constituyen el derecho primario. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, se establece que los acuerdos internacionales celebrados por este organismo se sitúan por debajo del derecho primario y por encima de las constituciones de los Estados miembros. (Ue, 15 de diciembre de 2007)

<sup>12</sup>En el caso de Cuba por ejemplo los tratados internacionales tienen rango infraconstitucional y se aplica la ley nacional por encima de este tipo de norma. Solo ante la ausencia de regulación es aplicada la regla internacional por encima de la nacional. Tal como lo establece el Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987. Artículo n°20. Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado. Artículo n°21. La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba. (Cuba, 16 de julio de 1987) Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html> Consultado 1 de diciembre de 2016.

<sup>13</sup>En el caso de Brasil la legislación doméstica es omisa respecto al rango que ocupan en el orden interno los tratados internacionales. Esto trae un impacto significativo dentro del DIPr y específicamente para el derecho de autor que posee rango infraconstitucional. Al respecto de este tema (Araujo, 2013) apunta sobre el voto del Ministro. Celso de Mello del Superior Tribunal Federal, en la Decisión ADI n° 1.480-DF Rel. Min. Celso de Mello de que existe entre los tratados internacionales y las leyes internas brasileras, de carácter ordinario, una mera relación de paridad normativa. La norma emergente de los tratados internacionales, dentro del sistema jurídico brasilero permite situar esos actos de derecho internacional público en lo relativo a la jerarquía de las fuentes en el mismo plano y grado de la eficacia en que se posicionan las leyes internas. (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n° 1.480-DF (1997), 1997)

Analizando la DUDF encontramos que el artículo n° 19<sup>14</sup>, dispone que cada individuo tenga derecho a la libertad de opinión y de expresión. La interpretación del enunciado anterior deja claro que es un derecho de todos, cuando se lee “investigar y recibir” se está en presencia del “derecho de acceso”, responsabilizando a los Estados con las diferentes maneras en que se materializará este derecho.

Aquí también es importante resaltar el concepto “sin limitaciones de fronteras”, ya que en teoría todos los ciudadanos del mundo podrían acceder a la cultura por cualquier medio de expresión, lo que posee un impacto significativo en el contexto de internet donde las fronteras físicas son cada vez más dispersas.

A criterio de (Cees, 1999) el artículo n°19<sup>15</sup>, posee dos aspectos interesantes: la frase “todo individuo” representa un alejamiento de la noción elitista de cultura y de otra clase de fuerzas monopolistas que producen cultura. Conjuntamente, esta primera parte posee otro destaque “todos los que deseen expresarse tienen derecho a hacerlo”, lo que refuerza el resto del artículo.

Por esta razón se destaca que este artículo se refiere al derecho de todos los individuos a ser activos en el dominio de la expresión artística. Esta actividad comprende tanto la creación como el disfrute de ella.

Por otro lado, el artículo n°22<sup>16</sup> deja claro que toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho tanto en el ámbito doméstico como mediante la cooperación jurídica internacional a la satisfacción de los derechos sociales y culturales (Onu, 1948,p.3).

Por su parte, la interpretación del artículo n°27<sup>17</sup>, manifiesta la existencia de una dicotomía entre las reglas que protegen los creadores de bienes resultantes del intelecto humano y las que

---

<sup>14</sup>Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo n°19. - Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2016.

<sup>15</sup>Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo n°19- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2016.

<sup>16</sup>Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo n° 22.-Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2016.

<sup>17</sup>DUDF de 10 de diciembre de 1948. Artículo n°27.1: Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que

aseguran el disfrute, uso y acceso a ellos. Estos derechos no tienen un carácter absoluto y deben ser objeto de una adaptación; cuestión que fue colocada en el marco de las constituciones de casi todos los países, dentro de las garantías fundamentales de todo ser humano.<sup>18</sup>

La preocupación internacional en relación al acceso a la cultura y el papel del individuo en la sociedad no se limitó a la firma de la DUDF, pues seguidamente aparece el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC).

Anterior a este documento no existía una definición explícita y coherente respecto al contenido del derecho a la cultura, la misma fue enriquecida por el artículo n°15<sup>19</sup> del (PIDESC), reconociéndose el acceso, goce, beneficios y disfrute de los bienes culturales a favor de los ciudadanos. Configurándose así, lo que los doctrinadores llamarían más tarde como derecho a la cultura.

---

de él resulten. Artículo n°27.2: toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2016.

<sup>18</sup>Constitución de la República de Cuba, 1976, Capítulo V Educación y Cultura. Artículo n° 39.-El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. h) el Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación. Protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico. (Cuba, 24 de febrero de 1976). Disponible en: [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu) Consultado en 10 de marzo de 2016.

Constitución de la República Federativa de Brasil 1988. Artículo n° 5°: (Traducción libre). Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos siguientes: IX- es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia; XXVII- a los autores pertenecientes al derecho exclusivo de utilización, publicación, o reproducción de sus obras, transmisibles a los herederos por el tiempo que la ley fija; XXVIII-son asegurado, en los términos de la ley: a) la protección individual en obras colectivas y la reproducción de imagen y voz humana, inclusive en las actividades deportivas; b) el derecho de fiscalización del aprovechamiento económico de las obras que sean creadas o de las que participen los creadores, a los intereses y a las respectivas representaciones sindicales y asociaciones. (Brasil, 5 de octubre de 1988) Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Consultado en 10 de marzo de 2016.

<sup>19</sup>Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. Artículo n° 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- Participar en la vida cultural;
- Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales. (Onu, 1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Consultado el 1 de agosto de 2016

Al respecto de la Declaración de los Derechos Fundamentales Vasak expresó:

[...] la ciencia de los derechos fundamentales se define como una rama especial de las ciencias sociales, cuyo objeto de estudio son las relaciones humanas a la luz de la dignidad humana, así como la determinación de los derechos fundamentales que son necesarios como conjunto para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano [...] (Vasak, 1984,p.12).

Ciertamente el poco control que ejercen estos organismos en razón al tema de los derechos culturales provoca que el disfrute y acceso a estos quede en mero instrumento internacional que es llevado a las legislaciones internas de manera mecánica, sin que existan controles efectivos de estos a través de políticas públicas eficaces.

El PIDESC de 12 de diciembre de 1966, que entró en vigor en 1976, tampoco ofrece modificaciones sustanciales sobre el asunto, sus consideraciones se limitan a mencionar en su preámbulo el reconocimiento de los derechos fundamentales y la obligación de los Estados a promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades de la persona humana; lo que permite realizar una interpretación de que en ello está implícito los derechos económicos, sociales y culturales.

Incluir el derecho de autor dentro de estos tratados, demuestra que este posee un atributo inherente al ser humano y como tal su protección no debe ser ignorada. En el inicio de la creación de CBe de 1886, el objetivo primordial era que el derecho de autor a nivel internacional incentivara a la creación artística e intelectual.

Esto ha sido revertido a lo largo del tiempo, pues camina hacia un mayor favoritismo del monopolio de los titulares del derecho de autor. Su fundamento teórico radica en la necesidad que tiene la humanidad de acceder al conocimiento científico y al disfrute de la cultura como parte del progreso social.

Otro instrumento internacional de vital importancia en la relación derecho de autor y acceso a la cultura son los Acuerdos de Derecho de Propiedad Intelectual vinculados al comercio (ADPIC) de 12 de abril de 1994 de la OMC. Proveniente de un organismo cuyo principal objetivo es el comercio internacional este tratado, no ofrecen cambios significativos para las cuestiones de acceso a la cultura y derechos culturales. Su principal parte se limita a regular la propiedad intelectual y específicamente el derecho de autor de forma rusa, al transcribir las definiciones ofrecidas en la CBe de 1886 que abordaremos en el Capítulo II con mayor detalle.

Como hemos venido acotando en el panorama internacional ya existían varios tratados que abordaban de una manera u otra el acceso a la cultura como derecho humano fundamental, pero ninguno aborda de manera tan directa estos derechos como la Declaración Universal sobre Protección y Promoción de la Diversidad Cultural de la Unesco en 2005.

Esta Declaración es resultado del trabajo intenso de la Unesco desarrollado durante años en pos de proteger, salvaguardar y preservar los derechos universales relacionados a la cultura. Destacando que la cultura constituye un elemento estratégico para el desarrollo de los pueblos.

La Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005<sup>20</sup>, acentúa el papel de los derechos fundamentales en el desarrollo integral de ser humano; determina la importancia de los derechos culturales y el acceso a la cultura en el plano nacional e internacional; insta a la obligación de los Estados a establecer políticas culturales más eficaces y reafirma la relación estrecha entre derecho de autor y derecho a la cultura.<sup>21</sup>

Un elemento para destacar dentro de este instrumento es que no dispone de una definición clara y precisa sobre qué se debe entender por derechos culturales. Además, tampoco se hace referencia a la manera en que debe ser establecida la diversidad cultural en el mundo virtual, a pesar de que es una norma que surge ya en el ámbito de internet. La ausencia de contextualizar la diversidad en el espacio en línea provoca que las industrias creativas dominen este espacio desde una perspectiva que poco tiene en cuenta el acceso a la cultura como derecho humano fundamental

Existen varios documentos de la Unesco que muestran preocupación por el tema de los derechos culturales pero que tampoco dan una definición clara y acabada, como, por ejemplo:

---

<sup>20</sup>Este instrumento internacional vino a resolver de manera parcial la fragmentación jurídica imperante en cuestiones de diversidad cultural, ya que hasta la fecha ningún tratado ofrecía de manera específica y clara protección a las cuestiones relacionadas con la diversidad cultural. Esta parcialidad estuvo marcada por dejar fuera del tratado las cuestiones relacionadas a internet. La red de redes es un escenario convulso y complejo en cuestiones de diversidad cultural, las empresas que dominan el ciberespacio determinan cuan diverso o plural son los contenidos disponibles. Además, el punto más crítico de este instrumento internacional, es la falta de un mecanismo sancionador ante las violaciones de derechos culturales que atenten contra la diversidad cultural. (Unesco, 2005)

<sup>21</sup>El vínculo entre derecho de autor y derecho a la cultura, podemos encontrarlo en el Preámbulo de la Convención: Párrafo n°17.-Subrayando la función esencial de la interacción y la creatividad culturales, que nutren y renuevan las expresiones culturales, y fortalecen la función desempeñada por quienes participan en el desarrollo de la cultura para el progreso de la sociedad en general. Párrafo n°18.- reconociendo la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural. (Unesco, 2005) Disponible en: [www.unesco.org/new/culture/expression/the-convention/-text/](http://www.unesco.org/new/culture/expression/the-convention/-text/). Consultado: 1 de marzo de 2015.

- i. “*Cultural Right as human Right*”, perteneciente a la serie “*Studies and Documents on Cultural Policies*” de la Conferencia General de la Unesco de 8-13 de julio de 1968.
- ii. Conclusiones de la Conferencia Mundial de Políticas Culturales (MONDIACULT), celebrada en México en 1982.
- iii. “Nuestra Diversidad Creativa”. Conclusiones de la Comisión Mundial de Cultura y desarrollo de 1995. (Unesco, 1995,p.15)

En síntesis, en los instrumentos internacionales abordados, se aprecia que existe cierta protección de los derechos culturales (lengua, producción cultural y artística, participación en la cultura, patrimonio cultural, derecho de autor y acceso a la cultura) como derecho humano fundamental de manera sucinta. Que en ninguno de ellos existe una definición clara sobre derechos culturales y acceso a la cultura, lo que traspasa a la esfera doctrinal como una problemática a ser resuelta. Además, la ausencia de un concepto preciso refuerza el desequilibrio entre acceso a la cultura y protección del derecho de autor en el contexto de internet, pues la jurisprudencia tampoco posee un entendimiento uniforme acerca de esta área, como se verá más adelante.

### **1.2.1 Marco normativo regional sobre el acceso a la cultura**

Entrando en la realidad regional como es el caso de la Unión Europea (UE), la Organización de Estados Americanos (OEA), Mercado Común del Sur (Mercosur), Comunidad Andina de Naciones (CAN) existe una situación semejante, pues las garantías y derechos fundamentales se abordan someramente. ¿Será viable ofrecer una solución a través de las cortes de derechos humanos cuando el acceso a la cultura se ve limitado por el monopolio de derecho de autor?

En la UE existen varios tratados que de una manera u otra reflejan la protección de los derechos culturales hacia adentro de la región. Entre los principales instrumentos se encuentran: la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961<sup>22</sup>, Convención sobre la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa 3 de octubre de 1985<sup>23</sup>; Convención sobre la Protección

---

<sup>22</sup>Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. Artículo nº10.- Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional. La interpretación de este artículo conlleva a entender que el acceso a la cultura es un elemento esencial del desarrollo del individuo. (Ue, 18 de octubre de 1961) Disponible en: <http://europa.eu.int/>. Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>23</sup>Convención sobre la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa 3 de octubre de 1985. En su preámbulo destaca: Recordando que es importante transmitir un sistema de referencia cultural a las futuras generaciones, mejorar el marco de vida urbana y rural y favorecer a la vez el desarrollo económico, social y cultural de los Estados y de las regiones. Esto deviene como resultado de la importancia que es concedida a la cultura para



del Patrimonio Arqueológico de Europa de 16 de enero de 1992<sup>24</sup>; la Carta Europea de Deportes de 14 de mayo de 1992<sup>25</sup>; la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias de 5 de noviembre de 1992<sup>26</sup>; el Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales nº157 de fecha 1 de febrero de 1995.

Este Convenio-Marco fue ratificado el 20 de julio de 1995, disponiendo en sus artículos nº 4 y nº5<sup>27</sup>, principios de protección sobre la diversidad cultural de las minorías de forma que sean garantizados la preservación y el mantenimiento de sus culturas. Ello evidencia un respeto hacia la diversidad cultural de la región como un elemento esencial en el desarrollo del individuo.

Carta de Derechos Fundamentales (2016/C 202/2) de fecha 7 de junio de 2016, así como el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre 2007<sup>28</sup>, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009,

---

el desarrollo del individuo. (Ue, 3 de octubre de 1985) Disponible en: <http://europa.eu.int/>. Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>24</sup> Convención sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico de Europa de 16 de enero de 1992 Artículo nº1.-El objetivo del presente Convenio (revisado) es proteger el patrimonio arqueológico por su carácter de fuente de la memoria colectiva europea e instrumento para el estudio histórico y científico. (Ue, 16 de enero de 1992) Disponible en: <http://europa.eu.int/>. Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>25</sup> Carta Europea de Deportes de 14 de mayo de 1992. Establece en su Considerando nº7.- que el deporte es una actividad social y cultural basada en la libertad de elección, que alienta los contactos entre los ciudadanos y los países europeos y desempeña un papel fundamental en el logro del objetivo del Consejo de Europa, al reforzar los lazos entre los pueblos y desarrollar la conciencia de una identidad cultural europea. (Ue, 15 de mayo de 1992) Disponible en: <http://europa.eu.int/>. Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>26</sup> Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias de 5 de noviembre de 1992. Artículo nº12.- En materia de actividades y equipamientos culturales - en particular, de bibliotecas, de videotecas, de centros culturales, de museos, de archivos académicos, de teatros y de cines, así como de trabajos literarios y de producción cinematográfica, de expresión cultural popular, de festivales, de industrias culturales, incluyendo sobre todo la utilización de tecnologías nuevas las Partes se comprometen, en relación con el territorio sobre el cual tales lenguas son practicadas y en la medida en que las autoridades públicas tengan una competencia, de poderes o un papel en esa materia. (Ue, 5 de noviembre de 1992) Disponible en: <http://europa.eu.int/> Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>27</sup> Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales nº157 de fecha 1 de febrero de 1995. Artículo nº4.- 1. Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual por parte de la ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional. 2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.

Artículo nº5.- 1. Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural. 2. Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación. (Ue, 1995). Disponible en: <http://europa.eu.int/>. Consultado 1 de agosto de 2016.

<sup>28</sup> Hasta la llegada del Tratado de Lisboa que entrara en vigor en 2009 la Carta de Derechos Fundamentales no era un instrumento jurídicamente vinculante y por lo que no era de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros. (Ue, 15 de diciembre de 2007) Disponible en: [http://publications.europa.eu/resource/ellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0008.01/DOC\\_19](http://publications.europa.eu/resource/ellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0008.01/DOC_19) Consultado: 30 de junio de 2016.

son documentos que también abordan la importancia de los derechos fundamentales y específicamente el acceso a la cultura.

Esta Carta establece en sus artículos nº13 y 22<sup>29</sup> el respeto a la diversidad y la libertad de las artes como elementos esenciales de los derechos fundamentales que deben ser preservados y garantizados a todo ser humano dentro de la UE, al mismo tiempo que ratifica la realidad del escenario internacional concediendo una discreta protección sobre estos derechos.

La realidad de la UE es un tanto sui generis en materia de actos jurídicos. Para ejercer su competencia se apoya en varios instrumentos como son: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, según lo establece el artículo nº288<sup>30</sup> del Tratado de Funcionamiento de la UE o Tratado de Lisboa de 2007 como también

En el contexto de la UE los derechos fundamentales se reconocen para toda persona, sin que medie el elemento nacionalidad para garantizar la protección. Aquí se introduce un mecanismo de control ante las violaciones de Derechos Fundamentales, al ser creada la Corte de Derechos Humanos<sup>31</sup>. Esta Corte no es una institución de la Unión Europea y por tanto tampoco se subordina al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino que es la máxima autoridad judicial para garantizar los derechos fundamentales en toda Europa, teniendo un alcance geográfico mayor que los límites territoriales del bloque económico.

---

<sup>29</sup>Carta de Derechos Fundamentales de la EU de 1 de diciembre de 2009. Artículo nº13.- Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra. Artículo nº22.- La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística. (Ue, 15 de diciembre de 2007) Disponible en: [http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0008.01/DOC\\_19](http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0008.01/DOC_19) Consultado: 30 de junio de 2016.

<sup>30</sup>Tratado de Funcionamiento de la UE de 1 de diciembre de 2009. Artículo nº288.- Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptan reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes. (Ue, 15 de diciembre de 2007) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT> Consultado: 20 de junio de 2017.

<sup>31</sup>El Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales fue creado en. Es la máxima autoridad judicial que vela por las garantías de los derechos fundamentales en toda Europa. Constituye un tribunal internacional al que cualquier persona que se considere víctima del Convenio para la Protección de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 4 de noviembre de 1950 y sus posteriores actualizaciones. (Ue, 15 de diciembre de 2007) Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf). Consultado: 20 de marzo de 2017.

En la doctrina europea existe una interpretación en relación con el sistema de derechos fundamentales. Para ella estos derechos poseen tres pilares fundamentales: la Convención de Derechos Fundamentales, la Carta de Derechos Fundamentales y la tradición del sistema constitucional de los Estados Miembros.

Los derechos fundamentales han tenido una función primordial en la protección del individuo respecto al poder del Estado. Esta génesis inicial de efectos vertical ha sobrevivido hasta hoy y sigue siendo su función más importante. No existe un consenso sobre si los derechos fundamentales tienen un efecto horizontal y en qué medida esto se materializa en las relaciones de derecho privado. Sin embargo, los derechos fundamentales ejercen influencia en el derecho privado. Ellos tienen a veces un efecto indirecto horizontal. El estado no es el único que debe abstenerse de las interferencias injustificadas, a veces las personas privadas también. (Ohly, 2015,p.13)

En el área de propiedad intelectual en el panorama europeo, tanto los usuarios como los titulares de derecho de autor, suelen invocar principios constitucionales, para reclamar o reivindicar estos derechos. De ahí, que los derechos fundamentales ganen especial importancia y sea necesario preservar un equilibrio entre ellos y el derecho de autor.

Un ejemplo de ello es el caso *Scarlet v. Sabam*<sup>32</sup>. La Sentencia de la Corte Europea es bien clara al respecto sobre la necesidad de establecer medidas de carácter tecnológico que imposibiliten las violaciones de derechos de autor a través de redes *peer to peer*, lo que conlleva a una preponderancia sobre el derecho de propiedad con respecto al derecho de acceso, razón extremadamente polémica para los doctrinadores que defienden la apertura del dominio público.

*Admittedly the same results could have been achieved without any recourse to fundamental rights by simply weighing the interests of all persons involved. In particular, the case shows that neither rights owners nor users benefit unilaterally from the influence of constitutional law. (Ohly, 2015,p.5)*

Ni el sistema europeo de derechos fundamentales ni la legislación de los Estados miembros brindan un equilibrio justo en favor de los usuarios y el acceso a contenidos protegidos por derecho de autor, tal como se evidencia en el caso anterior prevalece la protección contra el fraude en detrimento del acceso de los usuarios y la libertad de expresión.

---

<sup>32</sup>*Sabam* es una entidad belga de Gestión Colectiva de derechos de propiedad intelectual. Esta institución interpuso una demanda contra la empresa *Scarlet*, quien presta servicios de acceso como operador de la red. Durante el proceso *Sabam* alegó que los usuarios de *Scarlet* ponían a disposición de otros usuarios obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares, mediante la utilización de la tecnología *Peer to peer*. (C-70/10 - Scarlet Extended, 2011) Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115202&doclang=es>. Consultado el 20 de abril de 2018

Algunas soluciones como copia privada y aplicación de la regla de los tres pasos aparecen como alternativas que lejos de minimizar el desequilibrio entre acceso y protección refuerza más el monopolio del derecho de autor; debido a que corresponde a las legislaciones domesticas determinar su aplicación.

La realidad sui géneris de la UE permite que muchos temas sean regulados a través de, Directivas<sup>33</sup> Un ejemplo de ello son temas tan polémicos como: protección bienes culturales que salen de forma ilegal del territorio de un Estado miembro; derechos de autor en el marco de la radiodifusión; obras huérfanas; protección de datos personales; de derechos conexos, la protección audiovisual. Estos instrumentos permiten establecer grados mínimos de armonización y establecer un diálogo común en temas tan complejos como el derecho de autor y el acceso a la cultura en internet.

Los derechos fundamentales en el contexto europeo cuentan con una amplia jurisprudencia supranacional. Resaltando que la jurisprudencia europea en cuestiones como: libertad de expresión, derechos de propiedad, protección de privacidad, encuentra un desequilibrio a favor de los titulares de derecho de autor, si la controversia envuelve temas de propiedad intelectual.

Independientemente de los intentos de armonización en el marco europeo sobre derecho de autores evidencia una fragmentación jurídica cuando ellos se interrelacionan con derechos fundamentales como es el caso de libre acceso o libertad de expresión.

En el contexto latinoamericano aparece la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el Pacto sobre Derechos Fundamentales de San José Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, donde queda dispuesto en el artículo n°26, la responsabilidad del estado con providenciar el acceso a la cultura para todos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>Tratado de Funcionamiento de la UE de 1 de diciembre de 2009. Artículo n°288.- Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptan reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Este instrumento jurídico constituye el inicio de una armonización jurídica en grado mínimo, ya que a partir de las Directivas la UE establece el inicio o la base común que todos los estados necesitan alcanzar en un determinado asunto, sin forzar la manera como ellos ajustarán sus legislaciones internas. Vale destaca que la armonización el grado mínimo es el inicio para la uniformización de la legislación ya sea en el contexto regional o internacional. (Ue, 15 de diciembre de 2007) Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7874> Consultado 20 de abril de 2018. Para mayor explicación estas Directivas serán analizadas en el Capítulo IV.

<sup>34</sup>Pacto de San José Costa Rica de 1969. Artículo n°26.- Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos,

Por su parte el Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988, cuyo instrumento complementa la Convención de la OEA, reconoce en su artículo n°14- los derechos de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad y los beneficios de la cultura<sup>35</sup>. Tampoco en estas normas se evidencia un concepto acabado mucho menos la manera en que estos derechos deben ser materializados en el plano regional.

Al igual que la UE, los Estados americanos también poseen una Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya eficacia jurídica es menos explotada en la región. Vale destacar que hasta la fecha no aparece ningún proceso que invoque la violación del derecho de acceso a la cultura como derecho humano fundamental y mucho menos asuntos que involucren cuestiones de violaciones de derecho de autor en su relación con el acceso a la cultura en las Cortes de Derechos Fundamentales ya sea la UE o la OEA, lo que resalta que prevalece un desequilibrio en la armonización jurídica internacional y regional en favor de los titulares de derecho de autor y en detrimento del libre acceso a la cultura a través de internet.

Por su parte el Mercado Común del Sur (Mercosur), viene trabajando para promover la cooperación e intercambio cultural en la región. Un ejemplo de ellos es el Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1997. Si bien el referido documento no expresa de manera clara el acceso a la cultura, ello se deduce de la interpretación del artículo n°2 al referir la obligación de los Estados partes a facilitar la creación, promoción y realización de espacios culturales que otorguen valor a la diversidad cultural de los países miembro<sup>36</sup>.

---

reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa o por medios apropiados. (Oea, 1969)

<sup>35</sup>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Fundamentales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Artículo n°14.- Derecho a los Beneficios de la Cultura. 1.-Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a). participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b). gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia. (Oea, 1988)

Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Consultado: 20 de marzo de 2016.

<sup>36</sup> Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1996. Artículo n°2 .1 - Los Estados Partes facilitarán la creación de espacios culturales y promoverán la realización, priorizando la coproducción, de acciones culturales que expresen las tradiciones históricas, los valores comunes y las diversidades de los países miembros del Mercosur. 2 - Las acciones culturales contemplarán, entre otras iniciativas, el intercambio de artistas, escritores, investigadores, grupos artísticos e integrantes de entidades públicas o privadas vinculadas a los diferentes sectores de la cultura. (Mercosur, 23 de mayo de 1996) Disponible en:

Desde nuestra perspectiva esta integración y acceso resulta aparente y un tanto difusa pues al relacionar acceso a la cultura y propiedad intelectual el propio protocolo refiere en su artículo n°8 que las cuestiones relativas a propiedad intelectual, será de acuerdo a la legislación interna de los territorios y conforme a los tratados internacionales que hayan adherido cada Estado miembro<sup>37</sup> (Mercosur, 23 de mayo de 1996).

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) muestra otra realidad jurídica, pues dentro de los temas regulados encontramos la propiedad intelectual y específicamente el derecho de autor, estableciendo un régimen común para estos derechos dentro del bloque económico.

Acá se reconoce protección a los autores y titulares de derechos sobre las obras resultantes del intelecto humano, mediante la Decisión n°351 de Cartagena de 17 de diciembre de 1993.(Can, 1993) Estableciendo definiciones comunes a ser empleadas en los países miembros. Otro elemento en destaque es que este instrumento es de los primeros en realizar una armonización jurídica regional sobre derechos de autor, cuestión que muchas veces es pasada por alto en el sistema internacional debido al predominio del modelo eurocéntrico.

También de la Decisión n°588 de 29 de marzo de 1998 en Quito aborda la protección del patrimonio cultural andino. Esta normativa refuerza la necesidad de proteger los derechos culturales de los menos favorecidos, cuestión de extrema sensibilidad para la región.(Can, 1998).

Se concluye que los derechos culturales y el acceso a la cultura se enmarcan dentro de los derechos fundamentales perpetuados en los principales tratados internacionales y regionales. Existe un reconocimiento discreto de estos derechos, recayendo sobre los Estados la responsabilidad de ampliar las definiciones y principios generales establecidos en los instrumentos.

---

<http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/download/18271/83421/file/Descargar%20Docuemeto.pdf>  
Consultado 20 de enero de 2017.

<sup>37</sup>Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1997. Artículo n° 8.- Cada Estado Parte protegerá en su territorio los derechos de propiedad intelectual de las obras originarias de los otros Estados Partes, de acuerdo con su legislación interna y con los tratados internacionales a que se haya adherido o se adhiera en el futuro y estén vigentes en cada Estado Parte. (Mercosur, 23 de mayo de 1996)

Disponible en:

<http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/download/18271/83421/file/Descargar%20Docuemeto.pdf>  
Consultado 20 de enero de 2017.

La ausencia de una definición en el ámbito internacional sobre acceso a la cultura contribuye a reforzar el desequilibrio existente entre acceso y protección del derecho de autor, lo que obliga tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a suplir esa carencia jurídica.

### **1.3 La doctrina en la relación al acceso a la cultura y los derechos culturales**

Todos los instrumentos analizados coinciden en la falta de definición de un concepto derechos culturales y de acceso a la cultura de manera expresa. Durante décadas el equipo de investigadores de la Universidad Suiza de Friburgo, que bajo el amparo de la UNESCO ha logrado colocar las principales aproximaciones que encontramos en muchos de los tratados abordados.

El grupo de Friburgo presenta los derechos culturales como una sistematización de los distintos derechos fundamentales concretos, distinguiéndolos para ello en tres grandes grupos: los derechos actualmente reconocidos como derechos culturales( derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y la protección de los derechos de autor, el derecho de autor y las libertades lingüísticas de las minorías), los derechos reconocidos a los profesionales de la cultura(dentro de estos figuran las libertades académicas, derechos de los periodistas) y por último los derechos culturales (está dada por la dimensión cultural de los derechos civiles, respeto a la identidad cultural, libertad de pensamiento, conciencia, religión, libertad de opinión, expresión, derecho a la información, y el de participación en los espacios de las políticas culturales)(Yanes, 2014,p.21).

De acuerdo con (Muniz, 1988,p.10), la palabra cultura, consiste en una de esas palabras metafóricas que cambian de significado de acuerdo con el contexto o la situación utilizada, asumiendo un significado discursivo de acuerdo con las características de cada sociedad.

Autores como (Symonides, 2010), define que: la "cultura" puede entenderse de diversas maneras: de manera estrecha como actividades creativas, artísticas o científicas o bien, en sentido lato, como una suma de actividades humanas, la totalidad de valores, conocimientos y prácticas. La adopción de la definición más amplia de "cultura" significa que los derechos culturales abarcan también el derecho a la educación y el derecho a la información.

*Para (Freire, 1970,p.32) a cultura, é criada pelos homens através de suas práxis e de seu trabalho, é o universo simbólico e abrangente em que eles atuam como seres conscientes. Entretanto é um conjunto de relações<sup>38</sup>.*

---

<sup>38</sup> (Traducción libre) la cultura es creada por los hombres a través de sus prácticas y de su trabajo, es un universo simbólico y exhaustivo en que ellos actúan como seres conscientes. Por tanto, es un conjunto de relaciones.

Asimismo (Jayme, 2010<sup>a</sup>,p.241) destaca que el fenómeno de la cultura postmoderna se caracteriza por el pluralismo, la comunicación, la narración y retorno a los sentimientos. Estos elementos intentan influir en los llamados conflictos de jurisdicción y en las soluciones que los juristas buscan dar a los casos concretos. Siendo que los derechos fundamentales tienen un papel primordial en la actual cultura jurídica contemporánea, por la función de aproximar el derecho internacional público al derecho internacional privado.

Por su parte (Laaksonen, 2010,p.43) define el acceso como: una condición imprescindible para la participación de las personas en la sociedad como miembros plenos de derechos y responsabilidades. Se trata de un concepto vinculado a la inclusión, representación y promoción de la ciudadanía. El acceso a los servicios y a las expresiones culturales vienen transformándose en la fundamentación de la mayoría de las políticas públicas.

Los derechos culturales en su relación con los derechos de autor, son creadores por naturaleza de identidad, diversidad y valores sociales. Toda obra protegida por el derecho de autor, independientemente de su soporte, necesita del público, del usuario, del espectador, pues es en definitiva quien la completa mediante su disfrute, apreciación o consumo.

La inmaterialidad de la obra de arte en su generalidad permite que sea disfrutada al mismo tiempo por varios usuarios, lo que no limita el consumo aislado de la cultura y facilita su acceso, ellos se convierten en tiempos de Internet en una ventaja para los usuarios y un desafío para los autores.

Al respecto (Leisa, 2012,p.23) enfatiza: para que se materialice el derecho a la cultura o el acceso a la cultura, es imprescindible una existencia de triple perspectiva: i). la libertad de creación, y expresión, ii) el reconocimiento de la diversidad creativa; iii). el acceso a los contenidos culturales.

Cabe preguntarse. ¿Existe en el espacio internacional un derecho internacional de la cultura? Coincidiendo con (Leisa, 2012) identificamos varios elementos que demuestra claramente la existencia del derecho a la cultura en el ámbito internacional:

La existencia de un ámbito debidamente identificado como objeto de regulación en dicho ordenamiento: la cultura, los derechos culturales, la diversidad cultural, la identidad cultural y la cooperación cultural.

La existencia de una serie de instrumentos internacionales con mayor o menor proyección jurídica (tratados o declaraciones) que recogen un conjunto relevante de principios y normas protectoras de la cultura.



La existencia de una doctrina especializada que empieza a alumbrar perspectivas de análisis y reflexiones críticas sobre el Derecho Internacional y la Cultura (Leisa, 2012,p.25).

Como se recalcó en el epígrafe anterior el acceso a la cultura y con ellos los derechos culturales, carecen de normas más claras que permitan establecer una protección en el contexto global. Es un desafío a escala internacional resolver los conflictos jurídicos de naturaleza transnacional, cuando convergen acceso a la cultura y derecho de autor en el espacio de Internet.

La inmediatez y versatilidad del medio, ha generado un aumento de relaciones privadas en línea, propiciando que confluyan diversas legislaciones, para resolver situaciones que son cometidas por los usuarios, quienes en ocasiones se ven privados del disfrute de sus derechos culturales. Corresponde al derecho internacional privado, buscar soluciones que propicien una interacción de legislaciones foráneas desde una perspectiva igualitaria.

Tampoco en la doctrina se existe una definición exacta, absoluta y precisa del término cultura, ello evoca a la necesidad de establecer un diálogo multidisciplinar y heterogéneo. De ahí, que se asuma en esta tesis el concepto de cultura abordado por la Unesco en la Conferencia Mundial sobre políticas culturales de México 1982, debido a su relación estrecha con los objetivos de este trabajo. Además, por ser un documento de alcance internacional que ofrece una interpretación más universal.

[...] la conferencia conviene que: la cultura debe ser considerada actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias, [...] (Unesco, 1982,p.6).

Partiendo del concepto de la Unesco sobre cultura, debemos entender que la cultura es un concepto complejo: Es intrínseco a los derechos fundamentales, irrenunciable e inherente a todo ser humano, pues es derecho de todo individuo acceder al conjunto de conocimientos y valores de la sociedad.

### **1.3.1 Diversidad cultural y acceso a la cultura**

Erik James destaca entre los juristas que abogan por un derecho sustantivo que respete, el diálogo y equilibrio la diversidad cultural que se presenta en el contexto del derecho internacional privado como un desafío insuperable. Establecer un intercambio equilibrado de manera horizontal, es una prioridad en la jerarquía normativa imperante, para lograr una

eficacia razonable en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, la circulación de decisiones judiciales y la ejecución de sentencias extranjeras.

*[..]“la culture postmoderne est caractérisée par des valeurs centrales qui peuvent être prises en considération pour mieux comprendre de nos jours le droit international privé. Emergent dans toutes les manifestations de la culture dont le droit fait partie, comme les beaux arts et la littérature, les mêmes valeurs. La justification pour en tenir compte dans le cadre du droit est un certain consensus ou au moins une confrontation du droit avec ces valeurs. En outre, la culture postmoderne a entraîné la naissance de nouvelles questions de droit substantiel [..]”*<sup>39</sup>(Jayme, 2010c,p.245)

Respetar la diversidad cultural en el plano internacional es una necesidad para resolver la falta de armonización jurídica internacional en materia de derecho de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet. Una mirada interdisciplinaria garantizaría cierto equilibrio entre estos derechos.

La mayoría de las personas que disfrutan hoy un filme, un libro, una música, no son conscientes ni se interesan por saber quiénes son los dueños de esa producción, comercialización o promoción de esa obra que llega a sus manos.

Todo artista intenta vivir de lo que produce, es una manera como cualquier otra de ganarse la vida, el problema surge cuando el centro de su trabajo se convierte en materia prima de la industria creativa y esta comienza adaptarlo para satisfacer intereses del mercado.

(Walsh, 2009) advierte tres perspectivas fundamentales que narran la relación cultura-educación en América Latina y que se ajustan claramente a la relación acceso a la cultura como derecho humano fundamental y su relación con el derecho de autor: relacional, funcional e interculturalidad crítica.

La primera perspectiva llamada «relacional», es un intercambio básico y general entre dos o más culturas, a través de personas, prácticas, valores, tradiciones, en condiciones de desigualdad y discriminación; estando asumida su existencia en América Latina desde siempre<sup>40</sup>. Deja de un lado la estructura de la sociedad y se posiciona en términos de superioridad e inferioridad.

---

<sup>39</sup> (Traducción Libre) La cultura posmoderna se caracteriza por valores centrales que se pueden tener en cuenta para comprender mejor el derecho internacional privado actual. Emergente en todas las manifestaciones de la cultura de la que forma parte la ley, como las bellas artes y la literatura, y hasta los mismos valores. La justificación para tenerlo en cuenta en el contexto de la ley es un cierto consenso o al menos un enfrentamiento de la ley con estos valores.

<sup>40</sup> (Walsh, 2009)

Hoy presenciamos esta teoría en los gigantes de internet<sup>41</sup> y su acceso a los contenidos, pues el control de la información al que accedemos y generamos, provoca una libertad ficticia de acceso a la cultura, al mismo tiempo que son violados los derechos de autor, por lo que existe una discriminación generada por el propio usuario en sus búsquedas.

La segunda perspectiva es llamada «funcional»: la interculturalidad va al centro del reconocimiento de la diversidad cultural e intenta incluirse en la sociedad pre-establecida. Acá no toca las verdaderas causas de la desigualdad cultural ni cuestiona las reglas del juego. Busca promover el diálogo, la coexistencia y tolerancia, ella funciona sin tocar las causas de las desigualdades. Ajustada en la lógica del capitalismo global, administra las diferencias, siendo neutralizada por el propio sistema neoliberal, ella no apunta a una sociedad equitativa si no que controla los conflictos étnicos y culturales. (Walsh, 2009,p.9)

Esta segunda perspectiva se ajusta a la realidad que propone internet y su extraterritorialidad ya que cualquier individuo accede a la cultura de cualquier lugar en apenas segundo, más los propios motores de búsquedas de los gigantes de internet dan la sensación de aparente apertura igualitaria en términos de acceso, cuando en realidad el individuo termina creando su propio mundo virtual y siendo direccionado su consumo.

La tercera perspectiva es llamada «interculturalidad crítica» y parte del problema de la diversidad y las diferencias, teniendo como origen inicial la estructura-colonial-racial, siendo construido desde las personas como un proceso que busca la transformación de la estructura institucional y social del poder (Walsh, 2009,p.10).

Para esta última, entendemos que las corrientes *creative commons* y *peer to peer*, que serán abordadas más adelante; constituyen elementos de un proceso que combate a un sistema obsoleto desafiando los paradigmas del sistema internacional del derecho de autor.

El discurso enarbolado por la UNESCO en favor de una cultura para todos, se contrapone al modelo neoliberal de consumo cultural y privatización excesiva, que viene experimentando desde hace varias décadas el derecho de autor. La generalidad apunta al fenómeno cultura-mercancía, cuyo objeto económico es ciertamente susceptible de comercialización.

---

<sup>41</sup>Este término es utilizado para definir las empresas que dominan las plataformas de consumo e intercambio de contenidos como son: *Apple, Amazon, Google, Facebook, Microsoft, YouTube, Spotify,Netflix*. Todos ellos valorados en millones de dólares y convertidos em verdadeiros monopólios del mundo online.

Esta organización se destaca en favor de la apertura y la libertad de expresión, así como en la universalización de la información discutiendo cuestiones relacionadas a la propiedad intelectual, principalmente de obras artísticas y literarias a favor del reconocimiento de la diversidad lingüística y cultural<sup>42</sup>.

La soberanía cultural a la que están sometidos los Estados, está presente en varios tratados internacionales y no puede limitarse una mera firma, es obligación de los Estados signatarios adecuar la legislación interna y ejercer un control sobre ello.

Un ejemplo de ello es el Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 16 de noviembre de 1972; la que establece en su artículo n°6.1<sup>43</sup> la libertad de los Estados a decidir sobre temas culturales dentro del ámbito de sus territorios(Unesco, 1972).

Asimismo, la Convención de la Unesco sobre proporción y protección de la diversidad cultural de fecha 20 de octubre de 2005, dispone entre sus principios rectores, artículo n°2.2<sup>44</sup> la soberanía de los Estados en relación a la adopción de políticas para preservar y difundir la cultura en sus territorios(Unesco, 2005).

Autores como (Chapman, 2010,p.23) advierten la necesidad de un enfoque de propiedad intelectual como derecho humano fundamental, alejado de conceptos e intereses económicos individualistas que hoy prevalecen, adoptando para ello un análisis que parta de la Declaración Universal de Derechos Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y culturales. Un enfoque de derechos fundamentales asume asimismo un equilibrio implícito entre derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad.

Entre los factores que nos ayudan a fundamentar el enfoque expresado por (Chapman, 2010,p30) se destacan que la relación acceso a la cultura, derechos culturales y derecho de autor necesita asumir determinados presupuestos:

---

<sup>42</sup> (Unesco, 2005)

<sup>43</sup> Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 16 de noviembre de 1972. Artículo n°6.1.- Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar. (Unesco, 1972) Disponible en:[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13055&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Consultado el 1 de julio de 2016.

<sup>44</sup>Convención de la Unesco sobre proporción y protección de la diversidad cultural de fecha 20 de octubre de 2005. Artículo n°2.- Principio de Soberanía. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios.(Unesco, 2005)

- que un grupo o comunidad puede ser también autor, creador, artista o inventor.
- que todos los productos resultantes del intelecto humano poseen un valor intrínseco y que son expresión de la dignidad y creatividad humana.
- que es preciso asumir un equilibrio entre los derechos del creador inventor o autor y los intereses de la sociedad en su conjunto
- que los derechos de los autores están condicionados a su contribución para con la sociedad
- que los regímenes de propiedad intelectual deben ser compatibles con los derechos fundamentales
- que los regímenes de propiedad intelectual deben fomentar la participación cultural, siendo un beneficio para la sociedad tanto a nivel individual como colectivo.

Otros doctrinadores como (Torremans, 2010,p17) apuntan hacia una interpretación de los derechos fundamentales en favor del autor, concebidos como derechos de la persona, teniendo un carácter irrenunciable, inembargable, intransferible, apoyándose en las concepciones naturalista del derecho de autor que abordaremos con mayor profundidad más adelante.

Un ejemplo que ilustra claramente la necesidad de proteger el acceso a la cultura y la importancia del reconocimiento de la diversidad cultural, el patrimonio cultural mundial y su relación con el derecho de autor, se evidencia en el proceso judicial entre el demandante *Palmieri*, artista de la música salsa y la demandada *Gloria Estefan*, una artista cubanoamericana de pop latino.

El motivo de la litis se basó en que *Palmieri* alegaba plagio entre la canción “Oye mi canto”<sup>45</sup> de Estefan y “Páginas de Mujer” de Palmieri<sup>46</sup>. Básicamente Palmieri manifestó que Estefan había tenido acceso con anterioridad a la música de Páginas de Mujer a lo que la demandada respondió que se trataba de una música compuesta con base en la tonada campesina cubana fundada en tumbaos y montunos, todos protegidos por el derecho de autor en Cuba, como parte de la cultura popular tradicional.

---

<sup>45</sup>(Estefan, 1989) Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=efIwDuIsi1k> Consultado el 1 de abril de 2016.

<sup>46</sup>(Palmier, 1981) Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=9HMXeZ\\_pvpA](https://www.youtube.com/watch?v=9HMXeZ_pvpA) Consultado el 1 de abril de 2016.

El proceso solo concluyó en 1995: las pruebas contundentes conseguidas en Cuba a favor de la cantante, lograron demostrar más de veinte ejemplos de tumbaos o montunos con el diseño rítmico, melódico y armónico de “Oye mi Canto”, lo que ratificaba que era una expresión melódica utilizada por los salseros cubanos y que pertenecía a la cultura popular tradicional protegidas por el derecho de autor<sup>47</sup>(Peña, 2012,p43).

Observamos que en este caso particularmente el tratamiento ofrecido por la justicia norteamericana fue bien novedoso. ya que la representación procesal de la cantante de origen cubano, logra demostrar la vinculación de la obra con la cultura popular tradicional de la isla. Vale destacar que el proceso fue posterior a la participación de ambos países en el CBe de 1886, lo que ofrece un análisis diferente del asunto amparado en criterios más universales establecidos en dicho instrumento internacional.

En el caso de la legislación cubana, Ley n° 14, de fecha de 28 de diciembre de 1977, se dispone en su artículo n°27, que se concede protección al autor que utiliza obras provenientes de la cultura popular tradicional siempre que la obra llegue a constituir obra auténtica y rigurosa (Cuba, 28 de diciembre de 1977)<sup>48</sup>.

En análisis del artículo citado y en relación al caso estudiado encontramos una disyuntiva conceptual ¿auténtica significa original? Resulta un tanto agotado el uso de auténticas como sinónimo de original, pues es un elemento esencial, indispensable dentro del derecho de autor. Además, la propia norma reconoce en sus artículos n° 7, 8, 9 y 15<sup>49</sup> que las expresiones

---

<sup>47</sup>(Peña, 2012) Disponible en <http://mcir.usc.edu/cases/1990-1999/Pages/palmieriestefan.html#top>. Consultado 1 de marzo de 2016.

<sup>48</sup>Ley n° 14 de fecha 28.de diciembre de 1977. Artículo n° 27.- quienes recojan y compilen bailes, canciones, melodías, proverbios, fábulas, cuentos y otras manifestaciones del folklore nacional, disfrutan del derecho de autor sobre sus obras, siempre que las mismas, por la selección a la disposición de los materiales que incluyan, lleguen a constituir obras auténticas y rigurosas. (Cuba, 28 de diciembre de 1977) Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/leyderechoautor.html> Consultado el 1 de octubre de 2017.

<sup>49</sup>Ley n° 14 de fecha 28.de diciembre de 1977. Artículo n°7. De las obras Originales. -Las obras científicas, artísticas, literarias y educacionales a que se refiere el artículo n°2, son aquellas que entrañan una actividad creadora de sus autores fundamentalmente: a) las obras escritas orales, b) las obras musicales, con letra o sin ellas, c) las obras coreográficas y las pantomimas; ch) las obras dramáticas y dramático-musicales; d) las obras cinematográficas; e) las obras televisivas y audiovisuales en general; f) las obras radiofónicas; g) las obras de dibujo , pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía, escenografía, diseño y otras similares; h) las obras fotográficas y otras de carácter similar; i) las obras de artes aplicadas, lo mismo si se trata de obras de artesanía que de obras realizadas por procedimientos industriales, j) los mapas, planos, croquis y otras similares.

Artículo n°8- Son igualmente protegidas como obras originales las siguientes obras derivadas: a) las traducciones, versiones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de carácter creativo de una obra científica, artística, literaria o educacional; b) las antologías, enciclopedias y otras compilaciones que por la selección o la disposición de las materias, constituyan creaciones independientes.

Artículo n°9.- Las obras derivadas no pueden menoscabar en modo alguno la integridad y los valores esenciales de las obras preexistentes que les sirvan de base.

derivadas de obras originales son equiparadas a obras originales siempre que no demeriten el valor de una obra preexistente.

El excesivo enfoque territorialista del derecho el autor, limita la solución de litigios jurídicos a favor de proteger la cultura popular tradicional de acuerdo con la legislación del país donde ella se encuentra.

Este territorialismo confina el disfrute de los derechos culturales consagrados en los tratados internacionales a las particularidades, adaptaciones e interpretaciones de las leyes domesticas de los Estados.

Ciertamente es necesario proteger la diversidad cultural como complemento al disfrute y materialización de los derechos fundamentales, pues ello contribuye a establecer un equilibrio entre acceso a la cultura y protección del derecho de autor. Analizar los litigios transnacionales amparados en los derechos fundamentales, con el debido respeto a la diversidad cultural y desde una perspectiva jurídica transversal, contribuirá a minimizar la falta de armonización jurídica internacional de estos derechos.

---

Artículo nº15.- Los traductores, adaptadores, arreglistas, compiladores y demás autores de obras derivadas disfrutan del derecho de autor sobre sus obras respectivas, siempre que estas hayan sido creadas y hechas de conocimiento público con el consentimiento de los autores de las obras preexistentes o de sus derechohabientes, y con la debida remuneración a los mismos. (Cuba, 28 de diciembre de 1977) Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/leyderechoautor.html> Consultado el 1 de octubre de 2017.

## CAPÍTULO II

# EL DERECHO DE AUTOR EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL

La formación de los derechos de autor, están comprendidos desde épocas pretéritas. Su aparición en el ordenamiento internacional es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Sin embargo, esto no es determinante para que exista una relación directa entre ellos. En el presente Capítulo será abordado la evolución del derecho de autor, desde la perspectiva de los diferentes doctrinadores, y el papel de la legislación internacional en relación al equilibrio entre acceso y protección.

### 2.1. Contextualización histórica del derecho de autor

La creatividad es un elemento inherente del ser humano, sin embargo, no es hasta el desarrollo de las tecnologías de reproducción masiva que el derecho de autor adquiere relevancia en el ámbito legislativo. Lo que conocemos hoy como derecho de autor, *droit d'auteur* o *copyright*, es el resultado de un proceso evolutivo del derecho sustantivo que aún no supera la dicotomía entre derecho real y material.

La Edad Media estuvo marcada por el desarrollo de la vida en las ciudades, el trabajo artesanal, las ideas renacentistas, la invención de la imprenta, el surgimiento de las universidades, entre otros. Todo ello facilitó la llegada de un nuevo derecho, que constituyó la génesis de lo que conocemos hoy como propiedad intelectual.

La invención y popularización de la imprenta marcó el inicio legislativo del derecho de autor. Esos primeros años fueron caracterizados como la era monopolista del derecho de autor, centrado en la figura del editor como elemento clave en la comercialización de la obra de arte.

*Vários forem as leis nacionais europeias que ofereceram garantias a seus nacionais nessa área, um exemplo disso foram na Grã-Bretanha em 14 de abril de 1710, quando a Rainha Ana sancionou o copyright em favor dos autores e não dos editores como foi costume da época. A Dinamarca reconhece os direitos autorais através do Decreto de 7 de janeiro de 1741. A França em 1777 votou a abolição do direito dos privilégios perpétuos. A primeira Constituição americana que tratou o assunto foi a Norte-Americana de 1787, sendo a primeira lei americana sob os direitos autorais. (Bassos, 2000b,p112)<sup>50</sup>*

---

<sup>50</sup>(Traducción libre) Varias fueron las leyes nacionales europeas que ofrecieron garantías en esa área, un ejemplo de eso fue Gran Bretaña el 14 de abril de 1710, cuando la Reina Ana firma el Decreto que sancionó el *copyright* sobre los derechos de los autores y no de los editores como era costumbre en la época. Dinamarca reconoció los derechos autorales a través del Decreto de 7 de enero de 1741. Francia en 1777 votó la abolición de los privilegios perpetuos. La primera Constitución Americana que trató el asunto fue la norteamericana de 1787, siendo la primera ley americana sobre los derechos de autor.



Los privilegios otorgados a los editores para la impresión de las obras tenían una finalidad clara, el control de la censura; interviniendo no solo en la actividad comercial o industrial sino en todo aquello que se publicaba. Esta primera etapa exigía el cumplimiento de ciertas formalidades como eran: la inscripción de la obra en los registros de la Corporación de Librerías y el depósito de un número determinados a bibliotecas y universidades. A partir del Estatuto de la Reina Ana (1710), se establece un paralelo entre el derecho de reconocimiento de los privilegios a los autores y el derecho de propiedad establecido en el *common law*.

Francia, por ejemplo, tuvo una postura similar ya que al igual que en Inglaterra las leyes servían para el control de la censura. No obstante, los autores tuvieron otros privilegios. En 1777 Luis XVI dicta varios decretos creando categorías diferentes: primero concedía a los editores un plazo determinado al monopolio de estos, mientras que a los autores otorgó un derecho de perpetuidad sobre la obra.

Carlos III en España permite mediante una Real Ordenanza de 1763 otorgar el privilegio exclusivo de imprimir una obra únicamente a los autores, lo que más tarde fue extendida a los herederos quienes podían solicitar una prórroga.

Se destaca en este período, la aparición de un nuevo derecho, que protegía las actividades resultantes del intelecto humano. Este enfoque tuvo un marcado carácter territorialista, reconociendo los derechos de propiedad de los autores sobre la hegemonía de los editores en relación a la comercialización de las obras impresas.

La segunda etapa está marcada por la noción moderna de derecho de autor, idea que comienza a ser construida a finales del siglo XVII, teniendo como inspiración las ideas de la revolución francesa y el iluminismo.

*“Posteriormente a Revolução Industrial veio a consolidar o panorama europeio em relação à proteção dos direitos intelectuais, sendo emitidas as primeiras leis nacionais que tentariam estabelecer certos parâmetros mínimos no âmbito domésticos. Um exemplo disso foram a lei da França (1781- 1793), Estados Unidos (1778), República Helvética (1801), Reino de Países baixos (1806). Basicamente elas foram os antecedentes do que posteriormente a humanidade conheceria como Convenção de Paris e Berna”.* (Bertini, 2013,p.151).<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup>(Traducción libre) Posteriormente la Revolución Industrial vino a consolidar el panorama europeo en relación a la protección de los derechos intelectuales, siendo emitidas las primeras leyes nacionales que intentarían establecer ciertos parámetros mínimos en el ámbito doméstico. Un ejemplo de ello fue la ley de Francia de (1781-1793), Estados Unidos (1778), República Helvética (1801), Reino de Países Bajos (1806). Básicamente ellas fueron los antecedentes de lo que posteriormente la humanidad conocería como Convención de Paris y Berna.

Varios juristas entre los que se destacan Kholer, Caselli, Picard, Arminjon intentaron definir las categorías y encuadres a los que pertenece el nuevo derecho existente. Básicamente la doctrina pretendió explicarlo partiendo de dos categorías tradicionales del derecho privado: derecho real y derecho personal.

Otto Von Gierke, destaca entre los autores con una visión más personalista de los derechos emanados del trabajo intelectual. Concibiéndolo como inseparable de la actividad creadora del hombre, englobando las actividades patrimoniales y morales, posición que aún encontramos en los países del sistema francés. (Chaves, 1987)

Para Otto Von Gierke los derechos de la personalidad están por encima de los patrimoniales, pero no se pueden separar. Plantea que el derecho de autor sea un derecho de propiedad cuyo centro es el derecho de la personalidad, lo que coloca al autor dentro de la teoría monista. Encuadrar el derecho de autor en las categorías ya conocidas significó un obstáculo al apareamiento de un nuevo derecho, los derechos intelectuales.

En el ir y venir de la doctrina entre derechos personales y reales, aparece una nueva denominación que ubica en derechos intelectuales, las obras resultantes de la invención humana; abogando por la existencia de una nueva rama del derecho que no se encuadra en las rígidas clasificaciones del derecho privado, conocidas hasta entonces.

*“Kholer: A criação intelectual confere ao autor um direito análogo ao direito de propriedade, com algumas diferenças, porque o objeto da propriedade de direito comum é um direito material, enquanto que o objeto do direito de autor, é, ao contrário, um bem imaterial. Dessa forma considerava insuficiente a proteção que outorgava a legislação aos inventores.”*<sup>52</sup> (Bassos, 2000,p.46)

Para Kholer no es suficiente encuadrar el derecho de autor en ninguna de las categorías preexistente, pues sus características de inmaterialidad no se encuadran en el derecho de propiedad establecido, teniendo ambos elementos intrínsecos derechos reales y personales.

*“Piola Caselli, apunta determinados desacuerdos pues el derecho autoral quiebra la unidad armónica; ya que existe una dicotomía entre el momento de creación por parte del autor, siendo un derecho de carácter personal y el momento en que el autor muestra al público su trabajo creador, manifestándose los derechos patrimoniales.”*(Lipszyc, 2005<sup>a</sup>,p.17)

---

<sup>52</sup>(Traducción Libre) La creación intelectual confiere a los autores un derecho análogo al derecho de propiedad, con algunas diferencias, porque el objeto de la propiedad de derecho común es un derecho material, mientras que el objeto de derecho de autor es al contrario un bien material. De esa forma se consideraba insuficiente la protección que otorgaba la legislación a los inventores.

Para Caselli la dicotomía entre el proceso de creación y el momento en que es exhibida la obra provoca que existan tanto elementos patrimoniales como morales. Esto manifiesta la necesidad de nuevas categorías del derecho que respondan a esta divergencia jurídica, hasta entonces desconocida.

Edmond Picard enfatiza: que los derechos intelectuales son: «las actividades resultantes del cerebro humano, separando la creación de su porte físico, definiendo que los derechos de autor debían ser ejercidos sobre la realidad inmaterial, intelectual. (Picard, 1879,p.19).

Picard es considerado entre los doctrinadores más avanzados de su época, pues evoca la existencia de una nueva categoría del derecho llamada derechos intelectuales donde son clasificados los derechos de autor, teniendo en cuenta sus elementos morales y patrimoniales de manera unánime.

*Pierre Arminjon, lo define como: “os direitos que uma pessoa pode exercer sobre os produtos de sua imaginação, de sua indústria, de seu comércio, seja para usufruí-los, seja para cedê-los no todo ou em parte.”*<sup>53</sup> (Arminjon, 1947,p.13)

Vale destacar que, Arminjon ofrece una nueva perspectiva, al incluir tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial; de manea que ambos respondan a la nueva definición. Esta coexistencia deviene más tarde en posturas asumidas para esta materia en el espacio internacional, como se aprecia en el sistema internacional imperante de la propiedad intelectual.

“Dentro de esta propia corriente de pensamiento encontramos a Ruffini, quien aporta una nueva expresión *droits de la pensée* o derechos del pensamiento, estarían presenten dos características importantes, de un lado el carácter esencialmente ideal, transcendente, y por tanto inmaterial; de otro lado, el carácter eminentemente universal, cosmopolita y así, internacional.”(Bassos, 2000<sup>a</sup>,p.47)

La concepción unitaria adoptada por la doctrina de los derechos del pensamiento o “*droit de la penseé*” introducida como ya vimos por Ruffini, no tiene como las otras una connotación efímera, pues su utilidad fue solo apreciada con el propio transcurrir del tiempo. Esta resulta aplicable al menos, en su forma esencial a los posteriores inventos que surgieron siglos después, como es el caso de los programas de informática, la tecnología del satélite y el teléfono celular; destacándose por su carácter universal, cosmopolita e internacional.

---

<sup>53</sup>(Traducción Libre) Los derechos que una persona pueden ejercer sobre los productos de su imaginación, de su industria, de su comercio, ya sea para usufruirlos, ya sea para cederlos en todo o en parte.

La doctrina abordada constituye un referente teórico importante para el estudio de la propiedad intelectual. Entre sus principales insuficiencias subrayamos que: no logra superar la dicotomía entre derecho de autor y propiedad industrial, entre derecho real y personal, lo que imposibilita establecer un concepto único asumido por los pensadores de la época.

El entendimiento entre derecho material y moral, así como la interpretación que se dé a esta relación va a delimitar las dos líneas fundamentales que subsisten hoy en el ámbito internacional: derecho de autor (teóricos dualistas) y *copyright* (teóricos monistas).

Esta división entre monistas y dualistas, ha persistido hasta hoy, países como Inglaterra, Estados Unidos, Australia y Alemania; son favorables a la supremacía del derecho de propiedad, sobre los derechos morales; mientras que Francia, Italia, España y países latinos, abogan por la existencia de ambos de manera indisoluble.

Esta separación también se aprecia dentro de los diferentes sistemas jurídicos. Por un lado, los países que resguardan el *copyright* y de otro el *droit d'auteur*. Las principales diferencias que encontramos entre derecho de autor y *copyright* radican en cuanto al reconocimiento de los derechos subjetivos y en relación al objeto de protección.

Para el *copyright* se presenta como un derecho más limitado en el plano subjetivo, al reconocer solo la autoría de la obra por parte del creador y amplía el objeto de protección al incluir derechos originados de actividades, que poco tienen que ver con el proceso de creación. Acá los denominados “*works*” ocupan el eje central de protección, un ejemplo de ello son los productores de grabaciones de sonido, filmes, distribución de programas por cable, editores de obras impresas y emisiones de radiodifusión.

*Copyright, é o direito de cópia, é o sistema anglo-americano. Tem suas origens no começo de 1557, quando Felipe e Maria Tudor outorgaram à Statione's Company o direito de exclusividade para a publicação de livros*<sup>54</sup>. (Santos, 2009<sup>a</sup>, p24).

(Howkins, 2007) describe la existencia de cinco elementos que están presentes en la lógica tradicional del *copyright*: la figura del autor, la acción del autor en relación a la obra, la obra en sí, la legislación específica o el tipo de derechos protegidos y las transacciones que permiten o no la utilización de la obra.

---

<sup>54</sup>(Traducción Libre) El Derecho de autor es el derecho de copia del sistema anglo-americano. Tiene sus orígenes en el comienzo de 1557, cuando Felipe y María Tudor otorgaron a *Statione's Company* el derecho de exclusividad para la publicación de libros.

De acuerdo con el modelo neoclásico, amparados en el modelo neoliberal y de génesis norteamericana, el derecho de autor es explicado a través de términos y análisis económicos. Así el mercado justifica su protección, y la atribución al autor de un derecho de propiedad absoluto sobre la creación. La obra es para esta doctrina una mercancía, un bien o fuente de riqueza y a partir de este presupuesto teórico se construye su discurso.(Hardy, 1995,p.33)

En el extremo opuesto encontramos autores que amplían los estrechos límites del discurso neoclásico, ya no contemplan la cuestión de los contenidos protegidos desde la perspectiva única del propietario, sino que introduce el derecho de uso de los contenidos por parte de la colectividad. (Willem Grosheide, 2014,p.13 )

El *droit d'auteur*, por su parte tiene una esencia totalmente individualista, nacida en la doctrina de la Revolución Francesa y diseminada por la mayoría de los países de Latinoamérica. Se considera que es un derecho personal inalienable, que tiene sus orígenes en el proceso de creación, la obra que emana es reflejo de la personalidad del autor, afianzándose la relación autor-obra. Elementos como: exhibir, comercializar o difundir son facultades exclusivas del creador.

El derecho de autor posee una condición dualista donde los derechos morales y patrimoniales convergen en una interrelación. A diferencia del *copyright* aquí los derechos recaen sobre el creador y muy excepcionalmente sobre los titulares de derechos conexos como son productores de grabaciones de sonido, filmes, distribución de programas por cable, editores de obras impresas y emisiones de radiodifusión. En esta perspectiva los componentes como la originalidad o individualidad adquieren mayor valor jurídico.

[...]O *droit d'auteur*, cuja tradução é o direito de autor, é o sistema francês ou continental. Esse regime preocupase com a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do criador da obra, ou seja, é o inverso do *copyright*. Sua origem remonta à Revolução Francesa que, abolindo o privilégio dos editores, resultou em duas normas aprovadas pela Assembleia Constituinte a de 1791 e a de 1793<sup>55</sup>[...] (Santos, 2009b,p.23)

Como fue abordado anteriormente esta perspectiva nace junto a la doctrina filosófica del romanticismo, donde el mito del llamado autor-genio marcó el futuro del derecho de autor en el plano internacional, como se verá más adelante.

---

<sup>55</sup>(Traducción Libre) El *droit d'auteur* cuya traducción es derecho de autor pertenece al sistema francés o continental. Ese régimen se preocupa con la creatividad de la obra a ser copiada y los derechos morales del creador de la obra, o sea, es lo inverso del *copyright*. Su origen remonta a la Revolución Francesa, que, aboliendo los privilegios de los editores, resultaron dos normas aprobadas por la Asamblea Constituyente la de 1791 y la de 1793.

[...] “El verdadero artista no es ya aquel que repite hábilmente o actualiza las formas que vienen dadas por la cultura, ajustándolas a las reglas, sino un iluminado, un genio al que se considera dotado por los dioses o la naturaleza. Conforme a esta teoría son los genios quienes crean la cultura y no la sociedad toda en su constante interacción simbólica” [...] (Colombres, 2004, p. 31).

La dimensión autor adquiere una interpretación diferente en cada momento histórico. Desde el anonimato medieval, el individualismo del genio romántico, las teorías de la muerte del autor, la exaltación del autor superestrella con éxito comercial hasta llegar al anonimato de internet.

Para el sistema latino, la concepción de autor posee una carga jurídica de extrema complejidad pues sobre él recae la protección de los diferentes elementos que intervienen en el proceso de creación como son: el autor, la obra, el público y los agentes que comercializan la obra. Vale destacar que en esta concepción el autor contemporáneo es colocado como individuo dentro de una sociedad donde es al mismo tiempo, creador y receptor, protagonista individual y colectivo.

Otro elemento que ocupa el centro del debate en el derecho de autor moderno es la originalidad de la obra. Este posee una fuerte carga subjetiva, partiendo de características propias de la obra que la distinguen del resto; reflejando la personalidad de su creador.

*L'exigence d'originalité de l'oeuvre comme condition de sa protection par le droit d'auteur est une des constantes de son régime aux pays de tradition juridique romaniste. Cette condition est interprétée non comme la simple provenance de la personne à qui l'oeuvre est attribuée, ou absence de plagiat, mais plutôt comme le fait qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur, ou, formulé différemment, dans le sens que l'oeuvre représente un apport intellectuel propre de son auteur.*<sup>56</sup> (Moura, 2010, p. 190)

En el campo del derecho, la idea de originalidad ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia de diferentes países. Al respecto se destacan varias teorías: la doctrina francesa desarrolló el concepto en el sentido subjetivo más elevado, la italiana añadió a la originalidad la impronta personal y novedad de la obra (teniendo que ser distinta a otra); la alemana, le otorgó una individualidad más objetiva, pues implica el reconocimiento de la elección de una opción creativa entre varias por parte del autor. (Navarrete, 2010, p. 13)

---

<sup>56</sup> (Traducción Libre) La exigencia de la originalidad de la obra como condición para su protección por el derecho de autor es una de las constantes para los regímenes de los países de la tradición romanista. Esta condición se interpreta no como la mera procedencia de la persona a quien se atribuye la obra, o la ausencia de plagio, sino más bien como el hecho de que lleva la impronta de la personalidad de su autor, o formulada de manera diferente, en el significado de que la apertura representa una contribución intelectual de su autor.

Dentro del derecho de autor el elemento menos controvertido es la obra, tanto para doctrina como para la jurisprudencia este es el menor de los problemas, debido a que varios tratados internacionales reconocen y definen aquellos elementos en los cuales se materializan las creaciones y que son susceptibles de protección por parte del derecho.

Cabe preguntarse por qué si la originalidad, la obra y el autor son elementos que necesitan ser desmitificados y actualizados existen hoy en la doctrina y la jurisprudencia internacional un fuerte apego a protegerlos en detrimento de derechos universales, como el acceso a la cultura. Es simple, la cultura de manera general y la obra de arte específicamente han pasado a ser un valor novedoso como mercancía, de ahí la connotación internacional que adquiere el derecho de autor.

Hoy podemos encontrar posiciones teóricas extremas del derecho de autor, la tesis ecléctica o revisionista. Para los autores revisionistas o eclécticos, este es parte de un nuevo derecho más amplio que surge en internet y que permite controlar el acceso y el uso de la información, ajustado a la realidad digital (Merges, 2017,p.577).

En el ámbito internacional esta teoría ecléctica no ha ganado muchos adeptos, ya que predomina el apego al elemento territorial como base esencial para garantizar la protección de los creadores. (Hammes, 1986,p.8).

Es evidente que el derecho de autor, tiene un marcado carácter privado en sus elementos y la manera en que son establecidas las relaciones de los creadores con sus públicos o consumidores. De ahí que la teoría de *Savingy* contribuyera a establecer el punto de partida en relación a conflictos de jurisdicción que no son ajenas a las relaciones del derecho de autor desde sus inicios hasta la llegada de internet.

En su obra “Sistema de Derecho Romano Actual”, *Savingy* aboga por la necesidad de un DIPr capaz de unificar y resolver conflictos de leyes por la vía de los tratados internacionales, lo que estuvo en total correspondencia con los primeros pasos de armonización jurídica internacional en materia de derecho de autor. Para *Savingy*, las soluciones de los conflictos inter-locales, pueden ser dados por una ley (federal) sobrepuesta, por ende, a una reglamentación de esta especie, a través de tratados internacionales, es posible y deseable.

Se puede concluir que el derecho de autor es resultado de la propagación de invenciones tecnológicas a gran escala que tuvieron impactos significativos en la manera de hacer y difundir

la cultura. Es un derecho nuevo que se debate entre las teorías preexistentes del derecho civil (derecho real y derecho material). Su contextualización histórica ha contribuido de manera significativa a reafirmar el sistema actual imperante en el derecho internacional.

## **2.2. Contextualización jurídica internacional del derecho de autor**

El marco normativo internacional tuvo sus orígenes en 1878 en París con el Congreso de la Propiedad Literaria y Artística, presidido por Víctor Hugo. Aquí fue creada la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), cuyo objetivo inaugural era buscar el reconocimiento de los derechos de los autores sobre sus obras.

Una vez creada la ALAI cuyo principal impulsor fue Víctor Hugo; comenzaron a darse los primeros pasos en pos de establecer una protección jurídica internacional a los artistas y creadores. Esta organización tenía como objetivo velar por la protección del derecho de autor. En 1883 la ALAI organiza reuniones de escritores y artistas, elaborando un anteproyecto de convención internacional, al que fueron invitados al debate los países de tradición civil. (González, 2007,p.87)

Posteriormente vino el Congreso de Roma 1882, donde quedó clara la existencia de dos líneas jurídicas: la germana y la latina, y fue elaborado un proyecto de ley tipo que se desdoblaría en las convenciones y tratados futuros. (Bassos, 2000,p.67)

De 1883 a 1885 existieron varios trabajos diplomáticos realizados en Berna que contribuyeron a la creación de la Unión para la protección de las obras literarias y artística. Naciendo así de manera oficial el 9 de septiembre de 1886 la “Convención de Berna” (CBe).

Este instrumento se destaca por la flexibilidad en la revisiones y actualizaciones posteriores (París 1896, Berlín 1908, Berna 1904, Roma 1928, Bruselas 1948, Estocolmo 1967, París 1971). Esto permitió que el texto fuera mejorado y adaptado a las condiciones y necesidades de los autores en las diferentes etapas.

En el plano del DIPr la CBe<sup>57</sup> constituye un verdadero progreso jurídico, pues en principio logra establecer cierta armonización a nivel internacional para los derechos de autor en aquellos

---

<sup>57</sup>En un inicio solo siete países fueron signatarios de la Convención (Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza, Túnez) Actualmente son 171 países signatarios.



países signatarios, viéndose desde temprano la voluntad de los Estados en alcanzar un consenso mundial.

Entre los principales aportes de la CBe, se encuentra el tratamiento unionista. Este principio tiene como objetivo limitar la libertad de los Estados miembros en la regulación del derecho de autor. Además, establece: la definición del objeto protegido<sup>58</sup>, la ausencia de formalidades para beneficiarse de la protección<sup>59</sup>, el establecimiento de un plazo de duración de la protección que no podrá ser inferior a toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte<sup>60</sup>, el reconocimiento del derecho moral del autor<sup>61</sup>, y el derecho de participación o *droit de suite*<sup>62</sup>.(Ompi, 1886,p.12)

---

<sup>58</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°2.- Obras protegidas: 1. «Obras literarias y artísticas»; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias.

1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>59</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°5.2.- 1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio. 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. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>60</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°7.- La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte [...] (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>61</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°6.1.- Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>62</sup> Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°14.- (ter). En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

(Moura, 2010,p.196) apunta la necesidad de distinguir en CBe la protección material y territorial presente en el instrumento internacional. La primera delimitada por el artículo n°2.- definiendo obras literarias y artísticas incluyendo una lista exhaustiva de todas aquellas obras objetos de protección<sup>63</sup>. La segunda está definida en los artículos n°3 y 4 respectivamente aplicando el principio de *lex loci protectionis*, estableciendo criterios como: nacionalidad del creador, lugar de publicación de la obra, residencia del autor, obras publicadas, entre otros<sup>64</sup>.

La ausencia en el CBe de mecanismos para garantizar el respeto en las legislaciones y prácticas nacionales del estándar mínimo de protección fijado, así como el limitado desarrollo normativo de este estándar (a completar con lo dispuesto en las legislaciones nacionales), van restringiendo la efectividad del Convenio, menoscabando las posibilidades de represión del comercio internacional de mercancías que vulneran el derecho de autor. (Asensio, 2015c,p.245).

Coincidiendo con (Bertini, 2013,p.214) existe un tratamiento unionista en la Convención de Berna. Este adopta tratados y convenciones que no afectan apenas la aplicación del derecho material interno sino como un cambio significativo en la forma de concebir y aplicar el derecho interno. Los autores son legitimados a través del registro, como medio de reconocimiento de sus derechos. Berna logra un sistema igualitario para los autores con independencia del

---

<sup>63</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°2.- Obras protegidas: 1. «Obras literarias y artísticas»; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias. 1) Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>64</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°3.1.- Estará protegidos en virtud del presente Convenio: a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no; b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión.2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio.

Artículo n°4.- Estará protegidos en virtud del presente Convenio, aunque no concurren las condiciones previstas en el artículo n°3. a) los autores de las obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en alguno de los países de la Unión; b) los autores de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 1 de noviembre de 2017.

elemento nacional, hasta el momento de extrema importancia en el espacio jurídico internacional privado.

Este tratado refleja la estrecha relación entre público y privado, presente en las relaciones internacionales y específicamente en el derecho de autor. Logra eliminar la discriminación entre autor nacional y extranjero, asegurando el derecho de ambos en igualdad de condiciones, estableciendo el principio de la ley local donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*)<sup>65</sup>, lo que se aplica a la jurisdicción internacional.

### **2.2.1 Tratados regionales del derecho de autor en América Latina**

El espacio latinoamericano por su parte, tampoco quedó rezagado en ese sentido. Un ejemplo de ello fue el Tratado de Montevideo, celebrado el 16 de enero de 1889. En este instrumento fueron abordadas cuestiones relacionadas a: marcas, patentes, propiedad literaria y artística.

Vale destacar que este tratado no tuvo el mismo nivel de impacto en el plano internacional que la CBe. Su carácter regional tal vez limitó la acogida global, sin embargo, constituye un progreso extremadamente positivo para la época, marcando un precedente regional que hasta hoy no ha sido atendido en esta área.

Seguidamente hizo aparición el tratado de México en 1902, celebrado entre las naciones panamericanas, influenciado por la doctrina unionista, en cuanto al tratamiento entre nacional y extranjero en las reglas relativas al país de origen, entre otras. Unos años después vino Rio de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), Caracas (1911), Santiago de Chile (1923), pero no es hasta en La Habana, 1928, que los tratados regionales alcanzan un peldaño superior en el plano internacional. Esta reunión de la Habana concluyó con el Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado para las Américas.

El Código de Bustamante (1928), como se le conoce internacionalmente, constituye un referente obligado para la doctrina y la jurisprudencia del DIPr, por ser la primera aproximación jurídica con carácter supranacional que aborda cuestiones de derecho privado muy vinculadas a los derechos resultantes de la actividad intelectual humana, aunque es válido aclarar que en relación al tema objeto de estudio, es un tanto tímido.

---

<sup>65</sup> Este principio es reconocido como el principio de ley del local donde se reclama la protección o donde se pretenden ser reivindicados los derechos.

Si bien esta norma aborda con mayor atención las cuestiones de la persona física, en el artículo n°115<sup>66</sup> coloca la protección de la propiedad intelectual bajo el dominio de los tratados internacionales existentes en la época; dejando abierta la posibilidad de celebración de futuros acuerdos en la materia. Además, el propio artículo hace diferenciación entre propiedad intelectual e industrial, una posición muy frecuente durante la época en el tratamiento de la materia intelectual, lo que constituye un retroceso dentro del sistema de derecho de propiedad intelectual. Otro elemento importante a ser destacado es la territorialidad, como especial punto de conexión en la legislación de propiedad intelectual, lo que es ratificado en este instrumento.

Tan solo un año después, en 1929, fue celebrada en Washington una nueva Convención General Interamericana sobre el tratamiento y protección marcaria y comercial, que vino a ser en su contenido, una copia casi textual de la Convención de París, dejando sin efectos las Convenciones de 1910 y 1923, respectivamente.

Sobre las convenciones panamericanas, se observa que estas no tuvieron el mismo nivel de aceptación e impacto en el ámbito internacional que la CBe. Entre los principales factores podemos apuntar: la novedad jurídica del tema, la falta de preparación y dominio de los Estados miembros para discutir y dialogar sobre la integración regional en esta materia; la ausencia de una visión futurista que permitiese alcanzar la magnitud e impacto de esta nueva área del derecho a nivel regional y el papel decisivo en las relaciones del comercio internacional en años posteriores.

### **2.2.2 De la carta de derechos fundamentales y los tratados de derecho de autor**

Terminada la Segunda Guerra Mundial, la humanidad comienza a experimentar una nueva fase del derecho de autor en el espacio internacional. Con la Carta de las Naciones Unidas y la creación de la ONU en 1948, quedó dispuesta la necesidad de los derechos intelectuales y de la propiedad intelectual como un derecho extremadamente vinculado a la vida del hombre y el pleno disfrute de esta.

Estas alteraciones tuvieron impacto en la CBe, a nivel estructural, pues ya estas organizaciones resultaban arcaicas y no conseguían mantener una protección de acuerdo con las exigencias del

---

<sup>66</sup>Código de Bustamante de 20 de febrero de 1928. Artículo n° 115.- La propiedad intelectual y la industrial se regirán por lo establecido en los convenios internacionales especiales ahora existentes o que en lo sucesivo se acuerden. A falta de ellos, su obtención, registro y disfrute quedarán sometidos al derecho local que las otorgue. (Bustamante, 1928). Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf) Consultado el 10 de agosto de 2014.

comercio internacional. De ahí que surja la prioridad de armonizar los tratados internacionales con la realidad comercial de la época.

El año 1952 tuvo lugar una Conferencia organizada por la Unesco a fin de establecer una protección multilateral sobre los derechos de autor, cuyo intento era equilibrar las diferencias entre los países signatarios de CBe y aquellos que aún no formaban parte de la Convención.

Esta reunión finalizó con la Convención Universal sobre Derecho de Autor, asignada por 36 países inicialmente (en la actualidad son 40 países signatarios), formando parte Estados Unidos de América (E.U.A) y la antigua Unión Soviética. La versión final buscaba un equilibrio entre las dos principales posiciones políticas imperantes en el mundo. Entre las principales divergencias en relación a CBe se destacan el establecimiento de un plazo mínimo de protección de 25 años después de la muerte del autor, la contemplación de los derechos morales del autor, apenas los derechos patrimoniales, y una cláusula especial que permitía la traducción de obras originales.

Actualmente este instrumento internacional ha ido perdiendo fuerza vinculante, ya que la mayoría de los países forman parte de CBe y de ADPIC de la OMC, lo que obliga al cumplimiento de estos tratados en relación al derecho de autor y sus requisitos.

Con posterioridad surge la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961, que regula los derechos conexos o vecinos al derecho de autor, que entró en vigor el 14 de noviembre de 1991. Este tratado establece los derechos conexos al autor, los derechos de los artistas, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, siendo el único instrumento que logra regular de manera completa los derechos conexos como un todo.

Entrando en análisis de su articulado encontramos que el artículo nº15<sup>67</sup>, otorga la libertad a los Estados contratantes de establecer límites distintos a los enunciados; siempre que estén dentro de las limitaciones y excepciones conocidas en el derecho de autor. Vale destacar que al igual que en CBe, Roma no trae grandes avances en lo relativo a la armonización de las excepciones al sistema de derecho de autor, ni permite crear nuevos límites.

---

<sup>67</sup>Convención de Roma de 26 de octubre de 1961. Artículo nº15.- 1. Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes: a) cuando se trate de una utilización para uso privado; b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica. (Ompi, 1961) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado el 20 de marzo de 2017

De cualquier manera, alcanzar una armonización plena en el tema de limitaciones y excepciones del derecho de autor sería una realidad casi inalcanzable en el contexto actual, debido a la disparidad imperante en los Estados contratantes. De ahí que las soluciones posibles están perpetradas en la “Regla de los tres pasos” que profundizaremos más adelante.

Los derechos conexos son independientes de los derechos de autor, pues en su mayoría se refieren a categorías auxiliares de la creación, como son los artistas, intérpretes, ejecutantes y otros empresarios culturales. Llevar estos derechos a un tratado internacional constituye un progreso dentro del derecho de autor pues las actividades vinculadas a la creación carecían de protección hasta el momento. Esto refleja un equilibrio entre el sistema de derecho civil y el *common law*.

Con la creación de la OMPI en el 1974, se unifican los conceptos presentes hasta entonces en los modelos tradicionales e históricos que separaban básicamente, los autores de los inventores, quedando un solo sistema de propiedad intelectual, descrito en el artículo n.º.2 apartado viii)<sup>68</sup>, acerca de cuáles son las manifestaciones de la actividad intelectual que estarán reconocidas dentro del sistema internacional de la propiedad intelectual.

La OMPI no logró resolver las cuestiones de propiedad intelectual vinculadas al comercio, de ahí que la creación de la OMC, también tuviera un impacto significativo dentro del sistema internacional de la propiedad intelectual. Antes de la OMC, no existía un tratado internacional capaz de regular las cuestiones comerciales de propiedad intelectual vinculadas al comercio.

*Desde 1984 até 1986, tiveram ao nível internacional várias rodadas em pró de solucionar os assuntos de propriedade intelectual dentro do comércio internacional. Setembro de 1986 foi marcado pela Rodada de Uruguai as partes adoptaram a Declaração Ministerial sobre Negociações Comerciais Multilaterais, que expressamente introduzia um capítulo dedicado aos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O sistema internacional da propriedade intelectual então vigente e a destituído de mecanismos efetivos de proteção dos direitos e que esse déficit de proteção se agravava pela ausência de um sistema de solução de controvérsias vinculante ou dotado de objetividade”<sup>69</sup>.*

<sup>68</sup>Convenio de creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 14 de julio de 1967. Artículo n.º.2. A los efectos del presente Convenio se entenderá por: viii) « Propiedad intelectual », los derechos relativos: – a las obras literarias, artísticas y científicas, – a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, – a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, – a los descubrimientos científicos, – a los dibujos y modelos industriales, – a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, – a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico. (Ompi, 1967) Disponible en [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283834](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283834) Consultado en 20 de junio de 2016.

<sup>69</sup>(Traducción Libre) Desde 1984 y hasta 1986, tuvo a nivel internacional varias rodadas en favor de solucionar los asuntos de propiedad intelectual dentro del comercio internacional. Septiembre de 1986 fue marcado por la Rodada de Uruguay, las partes adoptaron la Declaración Ministerial sobre Negociaciones Comerciales Multilaterales, que expresamente introdujeron un capítulo dedicado a los derechos de propiedad intelectual relacionados al comercio. El sistema internacional de la propiedad intelectual entonces vigente ha destituido de

*“Finalmente, o trabalho de vários anos de negociações teve como resultado em 1991 que as partes contratantes do GATT adotaram a versão final do texto, sendo consolidados como Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio; o qual quedou integrado no Anexo IC do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio de 15 de abril de 1994.”<sup>70</sup>(Bertini, 2013,p.234)*

La entrada en vigor de tales acuerdos marcó un giro en la manera de ver la propiedad intelectual en el espacio internacional. Se percibe una supremacía de los países desarrollados en el cuerpo del texto, en favor de conceder mayor protección a las invenciones y creaciones realizadas en estos países.

El Acuerdo ADPIC, establece como principios básicos aquellos existentes en CBe solo que, con un enfoque más volcado a la protección del mercado y la comercialización de obras de artes, otorgando las garantías al titular del derecho de autor. En CBe encontramos el trato nacional artículo n°3 <sup>71</sup> y en ADPIC la nación más favorecida artículo n°4<sup>72</sup>. Respecto al artículo

---

mecanismos efectivos de protección de los derechos y que ese déficit de protección se agravaba por la ausencia de un sistema de solución de controversias vinculantes o dotado de objetividad.

<sup>70</sup>(Traducción Libre) Finalmente, el trabajo de varios años de negociaciones tuvo como resultado en 1991 que las partes contratantes del GATT (Acuerdos General de Tarifas y Comercio) adoptaron la visión final del texto, siendo consolidados como Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC); lo que quedó integrado en el Anexo IC del Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994.

<sup>71</sup>El tratamiento nacional fue concebido en la Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Aquí se separa el elemento nacionalidad como punto de conexión ante conflictos de jurisdicción y concediendo la misma protección para todos los autores de los países que forman parte del tratado independientemente de su nacionalidad, residencia o lugar de primera publicación de la obra. Quedando definido en el artículo n°3.- 1) Estará protegidos en virtud del presente Convenio: a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no; b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión.

2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio. (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283694](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283694) Consultado en 1 de mayo de 2017.

<sup>72</sup>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994. Artículo n°4.- Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros. Quedan exentos de esta obligación toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por un Miembro que: a) se deriven de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual;

b) se hayan otorgado de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) o de la Convención de Roma que autorizan que el trato concedido no esté en función del trato nacional sino del trato dado en otro país;

c) se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el presente Acuerdo;

d) se deriven de acuerdos internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual que hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, a condición de que esos acuerdos se notifiquen al Consejo de los ADPIC y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable contra los nacionales de otros Miembros. (Omc, 1994) Disponible en: [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/27-trips\\_01\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm) Consultado el 15 de junio de 2017.

nº 1 al 9 de CBe<sup>73</sup>, todos los miembros de ADPIC están obligados a su cumplimiento salvo en lo referente al nº6bis<sup>74</sup> que evoca los derechos morales del autor.

Esto se debe a que el ADPIC, concede protección a los derechos de autor a personas jurídicas, cuestión altamente criticada en materia de derecho de autor pues la CBe siempre sostuvo como titular de derechos a la persona física, al creador intelectual de la obra de arte. También sin mayores modificaciones encontramos las excepciones y limitaciones enunciadas en CBe en el artículo nº 9.2<sup>75</sup> y sucesivos, siendo que en ADPIC no existieron mayores modificaciones artículo nº13<sup>76</sup> configurándose como una extensión de CBe sin mayores avances a los ya existentes.

Además, el artículo nº10<sup>77</sup> prevé que el caso de los programas de ordenador, deben ser protegidos como creaciones literarias y las compilaciones de datos como colecciones, siempre que estas constituyan creaciones intelectuales. Por su parte, el artículo nº14<sup>78</sup> hace referencia a las limitaciones y excepciones de los artistas intérpretes y ejecutantes, corroborando lo ya existente en la Convención de Roma de 1961, sin mayores beneficios jurídicos.

---

<sup>73</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283694](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283694). Consultado el 1 de julio de 2017.

<sup>74</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo nº 6.1 bis.-Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. [...] (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283694](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283694). Consultado el 1 de julio de 2017.

<sup>75</sup> Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo nº 9.2 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. [...] (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=283694](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283694). Consultado el 1 de julio de 2017.

<sup>76</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994. Artículo nº13.- Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. (Omc, 1994) Disponible en: [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/27-trips\\_01\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm) Consultado el 15 de junio de 2017.

<sup>77</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994. Artículo nº10.- Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). (Omc, 1994) Disponible en: [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/27-trips\\_01\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm) Consultado el 15 de junio de 2017.

<sup>78</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994. Artículo nº14.6[...] En relación con los derechos conferidos por los párrafos 1, 2 y 3, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma. No obstante, las disposiciones del artículo 18 del Convenio de Berna (1971) también se aplicarán mutatis mutandis a los derechos que sobre los fonogramas corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. (Omc, 1994) Disponible en: [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/27-trips\\_01\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm) Consultado el 15 de junio de 2017.



Esta era Post-OMC como se le conoce en el ámbito internacional fue marcada por un proceso de armonización sustantiva dentro del sistema global de propiedad intelectual, cuyo papel protagónico fue a favor de la propiedad industrial, como ilustra los Acuerdos ADPIC en materia de marcas, patentes de invención, diseño, etc.

Las principales limitaciones que presentan hoy los Acuerdos ADPIC -OMC, parten de la idea puramente comercial. La libre circulación en los mercados aleja la posibilidad de políticas públicas que apoyen la promoción de la cultura local, facilitando una política de dominación cultural. También amplía el campo de la materia patentable hasta abarcar cualquier invención.

Otro elemento importante que quedó prácticamente fuera de las discusiones de propiedad intelectual y comercio, fueron los derechos de autor, evidenciándose la vulnerabilidad que sufren, debido al poco aporte financiero que ellos colocan dentro del mercado mundial si comparamos con áreas como patentes, marcas, diseño industrial. Dentro de los elementos que ganaron poca protección resaltan los derechos morales del autor, pues se asume el modelo de *copyright* que otorga más protección al aspecto patrimonial.

El año 1996 fue prodigo en materia de derecho de autor en el ámbito internacional. Fueron firmados dos importantes tratados. Tratado sobre Derecho de Autor en el entorno digital (TDA) y el Tratado sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas (TIEF). Ambos instrumentos solo entraron en vigor en 2002<sup>79</sup>.

En el caso del TDA encontramos en el artículo n° 11<sup>80</sup>- las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas que buscan contribuir al respeto de los derechos de autor en el ambiente electrónico, este es un modelo basado en el sistema del *copyright*. La idea de las medidas de carácter tecnológico viene a reforzar el desequilibrio existente entre acceso y protección favoreciendo y garantizando un mayor beneficio para los titulares de derecho de autor en

---

<sup>79</sup>Para que un tratado administrado por la OMPI entre en vigor este necesita ser ratificado por un número determinado de países que generalmente es definido en el propio instrumento jurídico. En el caso del TDA fue establecido en el artículo n°20.- El presente Tratado entrará en vigor tres meses después de que 30 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión en poder del Director General de la OMPI. En el caso del TIEF artículo n°29.- El presente Tratado entrará en vigor tres meses después de que 30 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión en poder del Director General de la OMPI. (Ompi, 1996b) Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740> Consultado 15 de mayo de 2017.

<sup>80</sup>Tratado sobre Derecho de autor en el contexto digital (TDA) de 20 de diciembre de 1996. Artículo n°11-. Las partes contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente tratado o del CBe y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley. (Ompi, 1996a) Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740> Consultado 15 de mayo de 2017.

relación a la distribución y puesta a disposición del público de las creaciones artísticas en detrimento del libre acceso de los usuarios.

El análisis de este artículo evidencia que la efectividad de las medidas de carácter tecnológico depende de que su finalidad sea prevenir las violaciones de derecho de autor y no limitar el acceso a la cultura como derecho fundamental. Estas deben ser implementadas por los creadores o autores y no por las industrias creativas en favor de reafirmar su control en la distribución y consumo de contenidos culturales como sucede en la actualidad. Estas medidas deben proteger actos que perjudiquen al creador de manera consiente y no una mera infracción accidental.

La era de la información y el conocimiento, se basan en aumentar el valor y el consumo de los bienes culturales. Su disfrute no provoca gastos por concepto de distribución y si aumenta el desarrollo intelectual del individuo, ya que su uso y divulgación permite multiplicar y expandir el horizonte intelectual de toda persona.

La copia privada es un elemento esencial en la relación acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto digital. En este tema la OMPI asegura que el desarrollo tecnológico actual no permite negar la existencia de esta en la vida social. Al respecto de este tema varios países entienden que la excepción de copia privada solo resulta aplicable cuando el contenido es accesible desde una fuente legal. Por lo que descargar a través de la red *peer to peer*, grupos de noticias, sitios de *torrents* o similares donde se puede encontrar filmes, músicas, libros, juegos, aplicaciones no están contemplados dentro de la excepción de copia privada<sup>81</sup>.

Un ejemplo de uso de copia privada es el sitio ruso <http://gen.lib.rus.ec/>, donde se encuentran disponibles un gran número de libros de las más diversas áreas. Este funciona con tecnología *peer to peer* (que explicaremos más adelante), posibilitando a un usuario de cualquier lugar del mundo acceder a obras protegidas en muchos de los casos por el derecho de autor. La mayoría de los que acceden no tiene como fin la comercialización ilegal de una obra, sino el uso privado de esta con fines educativos o culturales. Esto ofrecen un equilibrio entre acceso y protección cuando las condiciones económicas de los usuarios no les permiten comprar o consumir en plataformas *streaming* determinados productos.

Otro problema que trae consigo el desequilibrio entre acceso y protección de derecho de autor en el contexto de internet, es la compensación de copia privada. Esta es determinada por un

---

<sup>81</sup> Según la OMPI, por copia privada se entiende cualquier copia para fines no comerciales hecha por una persona física para su propio uso personal. (Ompi, 2015) Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_1037\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1037_2016.pdf). Consultado: 20 de junio de 2017.

gravamen que debe ser pago a las entidades de gestión colectiva para garantizar las afectaciones económicas que sufren los titulares de derecho de autor ante las violaciones que provocan las nuevas tecnologías.

En un estudio realizado por la OMPI en 2015, apunta que las cuestiones de copia privada están relacionadas al impacto o interpretación que tenga la jurisprudencia acerca del daño causado al titular de derecho de autor, sin que exista un criterio uniforme. Con el progreso tecnológico resulta cada vez más complejo determinar qué casos están dentro del margen de copia privada y cuáles no, tal es el caso de las copias realizadas y compartidas en la nube.

Un ejemplo de ello es el caso C-470/14 de Microsoft y el Ministerio de Cultura de Italia ante el Tribunal de Justicia de la UE<sup>82</sup>, donde se evidencia que la aplicación de compensación por copia privada debe calcularse por criterios de daño causado a los autores de obras protegidas mediante la introducción de la excepción de copia privada. Esto provoca una complejidad mayor pues a medida que la tecnología continúe avanzando hacia modelos de transmisión en línea como es el caso de la copia en nubes, o licencias será más complejo determinar el alcance de la excepción por copia privada.

La protección jurídica adecuada para el control efectivo de las medidas tecnológicas que refuerza el TDA de 1996, en aras de minimizar las violaciones del derecho de autor en el ámbito virtual, provoca la existencia de más violaciones al derecho de autor, porque exagera los privilegios de los Gigantes de Internet y las industrias culturales en detrimento del usuario.

Según (Xalabarder, 2001) podemos distinguir cuatro tipos de medidas tecnológicas:

- Las destinadas a proteger el acceso a las obras y demás materiales (esté o no protegido por el derecho de autor)
- Las destinadas a proteger los derechos de autor (de propiedad intelectual), conocidos como sistemas anticopia;
- Las destinadas a identificar/marcar obras y material (y a “rastrear” su uso),
- Las destinadas a permitir la gestión electrónica de los derechos sobre tales obras

---

<sup>82</sup> (C-110/15 Microsoft Mobile v. Ministerio de Cultura Italia 2015)

Estas medidas tecnológicas son interesantes desde el punto de vista de las industrias creativas y del sector que controla la distribución, ejecución y puesta a disposición del público las obras susceptibles de propiedad intelectual; cuyo objetivo es reforzar y garantizar el monopolio del titular del derecho de autor.

Otra de las novedades del TDA están en el artículo nº4<sup>83</sup> presentando dos categorías que constituyen parte del progreso tecnológico: los programas de computador y las bases de datos. Al respecto del primero al igual que en artículo nº2 de CBe, estos son considerados para su protección obras literarias; ya por su parte las bases de datos exigen que sean resultado de la compilación intelectual de su creador.

En el caso del TIEF de 1996 mantiene el principio de tratamiento unionista consumado en CBe, concediendo a los autores de los Estados signatarios iguales derechos que a sus nacionales<sup>84</sup>. Cabe resaltar que el artículo nº11<sup>85</sup> referente al derecho de reproducción otorga un derecho exclusivo sobre los productores de fonogramas, sin que sea contemplada por ejemplo la copia privada como excepción a esta exclusividad. Esto evidencia la supremacía del carácter comercial en detrimento del libre acceso para todos, evocado en la Carta de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Concordando con (Asensio 2015) el TIEF atribuye el derecho exclusivo a los productores de fonogramas de autorizar la reproducción, distribución, alquiler y poner a disposición del público<sup>86</sup>. Al mismo tiempo se dispone el derecho de remuneración equitativa por la utilización

---

<sup>83</sup>Tratado sobre Derecho de autor en el contexto digital (TDA) de 20 de diciembre de 1996. Artículo nº4.- Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo nº2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. Artículo nº5.- Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. (Ompi, 1996a) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295158](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158) Consultado el 3 de junio de 2017.

<sup>84</sup>Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TIEF de 20 de diciembre de 1996. Artículo nº4- Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes, tal como se definió en el artículo nº3.2.- el trato que concede a sus propios nacionales respecto de los derechos exclusivos concedidos específicamente en el presente Tratado, y del derecho a una remuneración equitativa previsto en el artículo nº15 del presente Tratado.(Ompi, 1996b) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado:16 de abril de 2018.

<sup>85</sup>Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TIEF de 20 de diciembre de 1996. Artículo nº11.- Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. (Ompi, 1996b) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado:16 de abril de 2018.

<sup>86</sup>Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TIEF de 20 de diciembre de 1996. Artículo nº11.- Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. Artículo nº12.- (1) Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los

de la obra con fines comerciales. Al igual que el anterior establece el derecho de remuneración equitativa, cuando son utilizados con fines comerciales directa o indirectamente la radiodifusión o la comunicación pública<sup>87</sup>, establece también limitaciones y excepciones (artículo n°16); el plazo de protección de los derechos (artículo n°17); así como la no subordinación a formalidad alguna del disfrute de estos derechos (artículo n°20), reforzando las medidas de carácter tecnológico que deben ser adoptadas por los Estados y que complementan los artículos n°11-12 del TDA.

Básicamente tanto el TDA como el TIEF, vienen a reforzar los preceptos de CBe así como el monopolio de los titulares de derecho de autor sobre cuestiones de reproducción, puesta a disposición del público, alquiler; contribuyendo a reforzar el desequilibrio existente entre acceso y protección que es cada vez más evidente entre los usuarios y los titulares de derecho de autor en espacios como internet.

Al mismo tiempo son reforzadas la existencia de medidas de carácter tecnológicos y limitaciones y excepciones como vías de escapes ante esta situación sin que ellas solucionen verdaderamente el problema. Tampoco se coloca la copia privada como una excepción que puede facilitar el equilibrio entre acceso y protección.

A partir de los tratados de 1996, OMPI, viene trabajando en el ámbito del derecho internacional público con las Declaraciones Concertadas. Estas son aclaraciones o explicaciones que sugieren los Estados partes a fin de esclarecer aquellos aspectos contenidos en los tratados que pueden traer diferentes interpretaciones, lo cual constituye un progreso en aras de armonizar en el contexto internacional el derecho de autor.

---

ejemplares de sus fonogramas mediante venta u otra transferencia de propiedad. (2) Nada en el presente Tratado afectará a la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo (1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar del fonograma con la autorización del productor de dicho fonograma. Artículo n°13.- (1) Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización. (2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo (1), una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 tenía y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa para los productores de fonogramas por el alquiler de ejemplares de sus fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los productores de fonogramas. Artículo n°14.- Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Ompi, 1996b) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado el 16 de abril de 2018.

<sup>87</sup>Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TIEF de 20 de diciembre de 1996. Artículo n°15.-

Entre las principales declaraciones concertadas por los Estados se destacan el esclarecimiento de ciertos criterios como son: la definición de artista interprete y ejecutante, fijación audiovisual, limitaciones y excepciones, y originalidad. Criterios que vienen siendo mantenidos en las discusiones internacionales y que acaban limitando la adhesión de algunos países miembros de OMPI a los instrumentos internacionales<sup>88</sup>.

El Tratado de Beijín de 24 de junio de 2012 (Ompi, 2012), si bien aún no alcanza el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor, constituye un complemento al TIEF, pues aborda sobre las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales de los artistas intérpretes o ejecutantes en el contexto audiovisual. Este instrumento tiene su origen en el artículo n°19 de la Convención de Roma de 1961<sup>89</sup>, y vale resaltar que hasta su entrada en vigor los artistas de derechos conexos carecen de protección de sus derechos, una vez que sus interpretaciones son fijadas en un soporte audiovisual. Tanto el TDA (artículo n°8), TIEF (artículo n°8) y el Tratado de Beijín (artículo n°10), otorgan el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, a los titulares de estos derechos<sup>90</sup>.

Beijín 2012 mantiene conceptos que son frecuentes en el ámbito internacional del derecho de autor como: derecho de distribución, alquiler, puesta a disposición, derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes. En el caso del derecho de autorización la OMPI tiene el

---

<sup>88</sup>(Ompi, 1996b) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=379659](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=379659) Consultado: 16 de abril de 2018.

<sup>89</sup>Convención de Roma 1961. Artículo n°19- No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo n°7. (Ompi, 1961) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado el 16 de abril de 2018.

<sup>90</sup> Tratado sobre Derecho de autor en el contexto digital (TDA) de 20 de diciembre de 1996. Artículo n°8- Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Ompi, 1996a)

Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TIEF de 20 de diciembre de 1996. Artículo n°8- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad. (Ompi, 1996b) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=289796](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=289796) Consultado el 16 de abril de 2018

Tratado de Beijín sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 24 de junio de 2012. Artículo n°10- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad. (Ompi, 2012) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295158](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158). Consultado el 20 de abril de 2017. En este sentido es válido aclarar que el marco jurídico internacional se mueve hacia un proteccionismo excesivo a favor del titular del derecho de autor, favoreciendo a esto con derechos exclusivos y limitando con ello el acceso a la cultura y la aparente libertad de internet.

entendimiento que este puede ser sustituido por una remuneración equitativa debido a la utilización directa o indirectamente para la radiodifusión<sup>91</sup>.

Este instrumento mantiene la misma dinámica de CBe y los tratados anteriores respecto a las medidas de carácter tecnológico, tratamiento nacional, limitaciones y excepciones, pero no establece un carácter vinculante con los instrumentos anteriores. Debido a que solo es exigido ser miembro de OMPI para formar parte del.

El tratado de Marrakech firmado el 27 de junio de 2013(Ompi, 2013), adopta una postura más enfocada hacia la creación de un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas con discapacidad visual, ciegas o con otras dificultades para acceder al texto impreso por lo que no reconoce ningún derecho.

En 2014 la OMPI y el Consorcio de Libros Accesibles establecieron una alianza para aumentar el número de textos disponibles en formatos como braille, audio y caracteres grandes para ponerlos a disposición de personas con dificultades para acceder al texto impreso. Ese consorcio trabaja en tres áreas fundamentalmente: educación inclusiva, fortalecimiento de capacidades, y el servicio mundial de libros para estas personas.

Es importante resaltar que el papel de la OMPI en materia de derecho de autor debe ser más enfocado a cuestiones inclusivas como las que propone el tratado de Marrakech. Su entrada en vigor en 2016 trae innúmeros beneficios para esta población que ya se ve limitada en el acceso a la cultura.

Entre los principales objetivos del tratado vale resaltar: fomentar la sensibilización hacia las personas con dificultades para acceder a textos impresos; mayor acceso a la educación, mejora la integración social y la participación cultural; alivio de la pobreza e incremento de la economía nacional. Estas cuestiones deberían ser los pilares esenciales en la creación de instrumentos internacionales sobre derecho de autor

Se concluye que la promulgación de CBe es el instrumento internacional base que garantiza y protege los derechos de autor tanto para la promulgación de tratados posteriores en el ámbito regional como mundial. Que el trabajo de OMPI en materia de derecho de autor ha sido discreto y enfocado a preservar el monopolio de los titulares de derecho de autor. A pesar de que la mayor parte de las normativas sobre derecho de autor ser posteriores a la Declaración Universal

---

<sup>91</sup>(Ompi, 2012) Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_beijing\\_flyer.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_beijing_flyer.pdf) Consultado el 16 de abril de 2018.

de Derechos Fundamentales, estos no asumen el acceso a la cultura como un derecho preponderante en relación con la protección de las creaciones intelectuales.

### **2.3 Limitaciones y excepciones al derecho de autor**

El derecho de autor ha sido tratado como un derecho exclusivo, absoluto, y que monopoliza la figura del autor en relación a la obra. Este derecho no es exclusivo del creador, sino que envuelve una realidad factico-jurídica compleja, entremezclando los distintos actores del proceso de creación.

Como vimos anteriormente sus orígenes tuvieron una concepción social en aras de difundir el conocimiento intelectual, de ahí la importancia de su función social en pos de los intereses colectivos, lo que provoca la existencia de limitaciones y excepciones al monopolio que ejerce el autor, creador o titular del derecho de autor.

La existencia temprana de límites y excepciones al derecho de autor se contextualizan con el paso del tiempo sufriendo adecuaciones a lo largo del tiempo. Todas las justificaciones que restringen el derecho de autor tienen como finalidad mantener el equilibrio entre interés individuales y colectivo; como es el caso del acceso a la cultura y el derecho de autor en internet.

El origen de la llamada “Regla de los Tres Pasos” está en la Conferencia de Estocolmo de 1967 que fue una actualización realizada a la Cbe de 1886. Esta es una facultad otorgada a los Estados partes, que gana materialidad en el contexto de las legislaciones domésticas. En el artículo n°9.2<sup>92</sup> existen tres elementos que son aplicados de manera escalonada o sucesiva para contrarrestar el monopolio del derecho de autor: facultad de permitir la reproducción de las obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Por su parte en los Acuerdos ADPIC artículo n°13, establece casi una copia textual de lo que define el Cbe a excepción de expresar siempre que no afecte los intereses legítimos del titular de derecho, lo que deja claro que no cabe más la protección a los creadores entendidos como

---

<sup>92</sup> Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°9.2.- 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. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740> Consultado 15 de mayo de 2017.



personas físicas, sino que incluye las personas jurídicas como titulares de derechos también<sup>93</sup>. Esta refuerza el favoritismo de las Industrias Creativas. Razón que contribuye a reforzar el desequilibrio entre acceso y protección que ha ido favoreciendo cada vez más a los titulares de derecho de autor en detrimento de los usuarios/público o creadores.

La doctrina reconoce dos categorías esenciales que justifican la adopción de límites al derecho de autor: la primera fundada en la defensa de los derechos fundamentales, con especial mención a la libertad de expresión, información y acceso a la cultural; y la segunda amparada en los fallos del mercado (Neiva, 2015,p.347)<sup>94</sup>.

Los límites cuyo fundamento son los derechos fundamentales proponen equilibrar los derechos subjetivos del autor o titular y los del usuario o consumidor de la obra. De ahí la necesidad de establecer un límite a la exclusividad del creador en aras de un interés público. Un ejemplo que ilustra con claridad lo anterior son los derechos de citas, la parodia, las noticias, la utilización de obras en espacios como archivos y bibliotecas, museos virtuales. Si prevaleciera la exclusividad del autor resultaría imposible citar una obra, información sobre un acontecimiento, limitando también el ejercicio de la democracia.

Otro elemento importante sería el derecho a la intimidad como fundamento del uso de la copia privada, donde los usuarios en la mayoría de las legislaciones tienen derecho a reproducir obras intelectuales para su ámbito privado sin que socave los derechos de reproducción y lucro de las obras.

En el contexto de internet el uso de la copia privada ha sido un factor determinante en la reproducción y divulgación de contenidos. En este espacio los titulares de derecho ejercen un control casi absoluto sobre el acceso a los contenidos a través de las diferentes plataformas, sitios o páginas web en las que es posible el consumo de cultura.

Autores como (Sentfleben, 2010,p.534) entienden la explotación de la obra intelectual debe evitar intromisiones en la vida privada. Además, explica que la copia privada, tiene su fundamento en el derecho a la privacidad, lo que está estrechamente vinculada a la protección

---

<sup>93</sup>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994. Artículo n°13.- Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. (Omc, 1994) Disponible en: Consultado 15 de mayo de 2017.

<sup>94</sup> Además de estas categorías encontramos elementos que distinguen la ausencia del perjuicio económico. Estamos hablando de la copia privada en el ámbito de internet.

de datos personales y que esto escapa del control de los titulares del derecho de autor, y genera nuevas formas de comportamiento en la red.

Actualmente los debates de la doctrina y la jurisprudencia abogan por la protección de la intimidad y la vida privada, debido a los males que han engendrado los recursos tecnológicos en la red, pues cada vez es más frecuente el uso de datos personales por parte de los gigantes de internet sin el consentimiento de los usuarios<sup>95</sup>. En situaciones como la de Cambridge Analítica existe un límite que necesita ser respetado de manera suprema y es el derecho a la privacidad de los usuarios de la red.

Por otro lado, encontramos, las fallas del mercado, que han llevado a la implementación de medidas restrictivas en favor de reforzar el monopolio del derecho de autor. Estas fisuras se producen cuando existe un alto costo en las transacciones en el acceso a los contenidos protegidos por el derecho de autor.

Un ejemplo de medidas restrictivas son las que establece la *Digital Millenium Act* 1998 Sección n°1202<sup>96</sup>, entendiéndolas de dos maneras: las medidas dedicadas a impedir la copia/uso no autorizada de las mismas o sea medidas anticopia y las medidas destinadas a impedir el acceso a la obra protegida medidas de control de acceso.

Un caso que ilustra lo anterior es el caso *Real Network Inc.v Streambox, Inc &Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes* de 18 de enero de 2000<sup>97</sup>. En este proceso se discute la legitimidad de un mecanismo comercial (*Strambox VCR*) creado para convertir formatos de archivos musicales en *streaming*, y poder estas accesibles en páginas web y el *software RealAudio/Real Player*.

---

<sup>95</sup>Tal es el caso del más reciente escándalo que envuelve a Facebook y Cambridge Analítica. La Empresa Cambridge Analítica utilizó millones de datos de usuarios de Facebook para mapear campañas políticas como las del actual Presidente de Estados Unidos Donald Trump. Todo ello sin el consentimiento de los usuarios de la red, violando los derechos a la privacidad e intimidad en la red. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/como-a-cambridge-analytica-recolheu-dados-do-facebook.shtml>. Consultado el 21 de marzo de 2018.

<sup>96</sup>(Eua, 1998a) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018

<sup>97</sup>(Real Network Inc.v Streambox, Inc &Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), 2000) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/case.html>. Consultado 2 de febrero de 2017

Al respecto del caso el tribunal entendió que ello infringía tanto las medidas tecnológicas de acceso como de control de copia. En contraposición *Streambox* alegó la doctrina del *fair use* del emblemático caso *Betamax*<sup>98</sup>, en el sentido de que las copias realizadas por los usuarios eran copias privadas, excluidas del ámbito de monopolio del derecho de autor, pero el tribunal entendió que las circunstancias del caso eran distintas respecto del caso *Betamax* (en el que las copias privadas se hacían para fines de *time-shifting*), lo cual no tenía ningún sentido ante un escenario de demanda de música como este. Curiosamente, la sección n°1008 de la DMCA<sup>99</sup> permite expresamente la realización de grabaciones musicales digitales por parte del consumidor de tal aparato (grabador de audio digital) para fines no comerciales –es decir, *Streambox* no necesitaba recurrir al *fair use*, pero ello demuestra que el caso trataba únicamente de elusión de medidas tecnológicas de protección (más que de infracción de la propiedad intelectual).

Entre las principales alternativas a los fallos del mercado y la falta de un diálogo armónico entre usuarios y titulares de derecho de autor, surgen soluciones como la compensación económica por copia privada, estableciendo una remuneración a los autores a través de las sociedades de gestión colectiva como abordamos anteriormente.

Tras la llegada de internet abundan los cuestionamientos en relación a las limitaciones provocadas por los fallos del mercado. ¿Será viable en el entorno digital la compensación por copia privada? ¿Son eficaces las limitaciones y excepciones ante internet? La web permite que el propio titular de derechos autorice o no la explotación de la obra, reduciendo así los costos de transacción, lo que provoca un colapso en la solución de cuestiones como la compensación y del *fair use* del derecho angloamericano.

### **2.3.1 Limitaciones y excepciones en el *common law* y *civil law***

La idea de potenciar excepciones al derecho de reproducción, permitiendo la copia personal, sin objeto comercial y con fines didácticos científicos o periodísticos, es objeto de la legislación

---

<sup>98</sup>*Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc.* También conocido como el “caso *Betamax*” es una decisión de la Corte Suprema de los E.U.A que dictaminó la realización de copias individuales de programas de televisión completos. El propósito del uso justo o *fair use* no constituye una infracción de derechos de autor, alegando que los fabricantes de grabadoras como *Betamax*, *Sony* y otras grabadoras no pueden ser responsables por la infracción de los usuarios. Este caso fue una bendición para el mercado de vídeo casete ya que creó el refugio legal seguro para la tecnología, y con ello la industria cinematográfica también obtuvo sus beneficios al vender cintas pregrabadas para el mercado doméstico. Para una mayor ampliación del caso. (*Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc* 81-1687 U.S. (1983), 1983) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/case.html> Consultado 20 de abril de 2018.

<sup>99</sup>(Eua, 1998a) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018

europea, lo que para el sistema americano es llamado de *fair use* y el sistema inglés *fair dealing*, cuestiones que justifican de cierta forma el uso de una obra bajo determinadas condiciones que evidencian su fin social.

Teniendo sus orígenes en Inglaterra el *fair abrigment* o *fair dealing* (en castellano “limitación justa o limitación leal”), está sustentado en la premisa de que aquel que logre demostrar ante el tribunal que mediante un uso creativo y actuando de buena fe, partiendo de una obra original, logró crear algo nuevo, lo haría en beneficio de un interés público.

De acuerdo con(Coleman, Robert Borrell y Alison, 2005), la expresión *fair abridgement* proviene del entendimiento de que puede existir en determinadas circunstancias, razones que justifiquen la reproducción de parte de una obra sin la autorización de su titular, esto se vió por primera vez en el caso *Gyles v. Wilcox* en 1740. En el caso el demandante intentó impedir la publicación de un libro que consistía en un resumen (o *abridgement*) con transcripciones parciales de otra obra. Como el resumen solo tenía 35 hojas, mientras el libro resumido tenía 275 hojas, se ha decidido que el resumen estaba basado en un uso justo que no violaba el derecho del autor.

El *fair use* es una típica cláusula general de carácter valorativo, no se constituyen conductas por ella cualificadas como infracción del derecho de autor. Por tanto, este recurso es una cláusula general de interpretación de la legalidad y no de utilización de obra pudiendo tipificarse a partir de la incidencia negativa o positiva. Es positiva si se da la materia de actuación, es libre o permitida por no ser violadora de derechos de autor; es negativa cuando su sentido es el de restringir los límites permitidos, manteniéndolos dentro de un cuadro de tolerancia(Ascensão, 2003,p.342).

En el contexto americano, el *Copyright Act* de E.U.A, utiliza el *fair use* como una limitación, siendo considerada por esta jurisdicción como doctrina del puerto seguro en donde los derechos exclusivos del autor no se aplican, siendo utilizada frecuentemente por usuarios que vulneran los derechos de propiedad intelectual sin el consentimiento de si titular.

Para el derecho americano el *fair use* no constituye un listado de supuestos sino un conjunto de parámetros hermenéuticos cuyas líneas generales encontramos en el (*statutory law* de 1976) y que tiene su origen en la jurisprudencia (*case law*) y es casi tan antiguo como el *copyright*. (Neiva, 2015,p.68)

En esencia, en el modelo americano el acusado de violar el derecho de autor, tiene posibilidad de probar que el uso de la obra fue bajo condiciones justas, que es un análisis de caso a caso, coexistiendo el privilegio de usar material protegido por el *copyright* en pos de beneficiar al público y promover las artes y las ciencias.

El sistema americano, parte de la idea de mano dupla entre la libertad de expresión<sup>100</sup> y el *fair use*. La tendencia inicial es considerar que el derecho de autor limita el derecho de acceso a la cultura debido al ejercicio de su monopolio, pero aquí esta idea logra armonizar estos dos principios inicialmente conflictuales. (Ascensão, 2003,p.79)

Un ejemplo que ilustra claramente lo anterior fue el polémico caso *Napster vs. Recording Industry Association of America* (RIAA). El 7 de diciembre de 1999 la RIAA emprende una acción judicial contra *Napster* en la corte federal de San Francisco, E.U.A por violación de derechos de autor. La RIAA era acompañada por grandes empresas discográficas la *Sony Music*, *Universal Music*, *Bertelsman*, *Time Warner* y *Seagram*. Las alegaciones de la industria fonográfica se basaron en las mermas económicas causadas por la tecnología de *Napster*, reportando una pérdida de 300 millones de dólares.

Por su parte *Napster* presentó un estudio donde el incremento de las ventas era de un 8% y alegó que el uso de copia privada no era ilegal dentro del contexto americano amparado para ello en el *fair use* previsto en el artículo nº107 de la *Copyright Act* de 1976<sup>101</sup>. La RIAA demostró la infracción directa cometida por los usuarios que cargaban y descargaban archivos protegidos por el derecho de autor; la violación de la exclusividad del titular del derecho de autor a autorizar la reproducción de la obra, violando el derecho patrimonial sobre esta y el pleno conocimiento de *Napster* en la ilicitud de la reproducción y la responsabilidad por el hecho de un tercero.

El fallo de 12 de febrero de 2001 de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los E.U.A determinó que existió violación directa a los derechos de autor, demostrado por la titularidad y exclusividad de estos, siendo ineficaz el uso del *fair use* debido a que no se logró demostrar el propósito y el carácter del uso, la naturaleza de la obra protegida y el efecto en el mercado. (Leite, 2006,p.69)

---

<sup>100</sup> Entiéndase la libertad de expresión como el derecho que la sociedad tiene de escuchar y tomar conocimiento del derecho individual de manifestación.

<sup>101</sup>(E.U.A, 1976) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018

Retomando el caso *Naspter* y coincidiendo con (Neiva, 2015) se destaca que la aplicación del *fair use* ha sido determinada por cuatro factores, haciendo un uso estructurado de ellos: el propósito y el carácter del uso, uso transformativo de la naturaleza de la obra protegida, cantidad e importancia de la parte utilizada y efectos del uso sobre el mercado potencial; los que describiremos a continuación.

**(i) primer factor: propósito y carácter del uso (carácter comercial del uso y su destino a fines educativos y no lucrativos) “the heart of the fair use inquiry”**

Acá el *fair use* tiene como objetivo, delimitar la finalidad y justificación del uso de la obra protegida. El juez deberá analizar el carácter secundario del material protegido: por un lado, el carácter comercial o educativo del uso secundario de la obra protegida y por otro el carácter transformador de dicho uso. Al realizar una interpretación de la Sección n°107 del *Copyright Act* de Estados Unidos de 1976<sup>102</sup>, no se puede efectuar un análisis a priori entre fines comerciales y fines sin ánimos de lucro, pues no es claro ni determinante la aplicación de este factor. Ello va a depender del uso transformativo<sup>103</sup> dado por el equilibrio entre interés de los titulares de derecho de autor y la preservación de las libertades de los usuarios.

Existen dos casos de interpretaciones diferentes y que guardan relación con este factor: el Caso *Betamax* en 1984<sup>104</sup> y *Campbell* en 1994<sup>105</sup>. En el primer caso fue entendido que “cada uso comercial del material protegido es presuntamente una explotación injusta”, ya en el segundo caso fue rechazada esta postura.

Tanto la falta de ánimo de lucro en el ámbito escolar como el carácter comercial no son elementos que determinan la aplicación o no del *fair use*, debido a que existen casos donde el juez puede considerar que el uso con fines educativos viola los derechos de propiedad intelectual. (Samuelson, 2001,p.86)

---

<sup>102</sup> (E.U.A, 1976) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018

<sup>103</sup> Entre los usos transformativos se destacan las críticas, comentarios, reportaje de noticias y parodias. Previstas en la Sección n° 107 del CA de 1976. (E.U.A, 1976) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018

<sup>104</sup> *Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L. Ed.2d 574. (Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc 81-1687 U.S. (1983), 1983) Disponible en: [https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1984\\_Sony.pdf](https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1984_Sony.pdf). Consultado 20 de mayo de 2017.

<sup>105</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S. Ct.1164, 127L. Ed. 2d 500,22 Media L. Rep. (BNA) 1353,29 U.S.P.Q.2d (BNA) 1961 (1994). (Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 1994) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.html>. Consultado 20 de mayo de 2017

## (ii) Segundo factor: uso transformativo de la naturaleza de la obra protegida

En este factor la originalidad de la obra ocupa un papel determinante, de manera que en la medida que la obra posea mayor originalidad, mayor será la protección que encontrará en el derecho de autor. Esto se fundamenta en que, aunque las obras sean iguales la originalidad de ellos será diferente. Aquí el juez realizará una interpretación sobre si la obra reemplaza los objetos de la creación original o si realmente añade una nueva expresión significado o mensaje. O sea, entre más transformativa<sup>106</sup> sea la obra menor será la importancia que se le dará al resto de los factores del *fair use*.

*Al respecto de esto (Leval, 1990) refiere que: [...] The Supreme Court has often and consistently summarized the objectives of copyright law. The copyright is not an inevitable, divine, or natural right that confers on authors the absolute ownership of their creations. It is designed rather to stimulate activity and progress in the arts for the intellectual enrichment of the public. This utilitarian goal is achieved by permitting authors to reap the rewards of their creative efforts<sup>107</sup>[...]*

Según (Neiva, 2015) otro elemento a tener en cuenta en el *fair use* es la diferencia entre obra inédita y obra publicada, pues hasta 1992 esta doctrina no tenía una definición en aquellos casos donde la obra aún no había sido publicada lo que fue resuelto en la Sentencia de la Suprema Corte del caso *Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises*<sup>108</sup>. Esta jurisprudencia vino a consolidar una presunción basada en negar el *fair use* en caso de que la obra fuera inédita, motivando años más tarde en 1992 a que el Congreso de E.U.A emitiera una enmienda al último párrafo de la sección nº107 de la CA de 1976<sup>109</sup>.

Otro elemento a valorar por el juez es la creatividad de la obra protegida, siendo el segundo elemento a valorar en este factor. Este aspecto es fundamento en la premisa de que cuanto más creativa es la obra original mayor justificación necesitará el uso secundario para que pueda gozar del *fair use*<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Este concepto aparece por primera vez a finales de la década de los ochenta y principio de los noventa en varios artículos publicados sobre el uso del *fair use*. (Fisher, 1988; Leval, 1990).

<sup>107</sup> La Suprema Corte ha resumido a menudo y consistentemente los objetivos de la ley del derecho de autor. El derecho de autor no es un derecho inevitable, divino o natural que confiere a los autores la propiedad absoluta de sus creaciones. Está diseñado más bien para estimular la actividad y el progreso en las artes para el enriquecimiento intelectual del público. Este objetivo utilitario se logra al permitir a los autores cosechar los frutos de sus esfuerzos creativos.

<sup>108</sup> Literalmente “the law generally recognizes a greater need to disseminate factual Works than Works of fiction or fantasy”. Caso *Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises*. (*Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985), 1985) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>. Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>109</sup> (E.U.A, 1976) Disponible en: <https://everything2.com/title/Digital+Millennium+Copyright+Act> Consultado 20 de abril de 2018 Disponible en: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>110</sup> “There is a hierarchy of copyright protection in which original, creative works are afforded greater protection than derivative works or factual compilations”. (Totah, 1987). *Sony Corporation of America v. Universal City*

### **(iii) Tercer factor: cantidad e importancia de la parte utilizada en relación con el conjunto de la obra protegida**

Este factor atiende al elemento cuantitativo, que es la cantidad y calidad o importancia del contenido protegido utilizado en relación al conjunto de la obra. Acá el juez se enfrenta al análisis de dos elementos: la cantidad copiada y la calidad de la copia<sup>111</sup>. Respecto a la doctrina existe el entendimiento que cuanto mayor sea el volumen copiado menor será la posibilidad de utilizar el *fair use* como fundamento, pues en la medida que se tengan realizadas más copias de la obra original mayor será la probabilidad de infringir los derechos de autor. En la mayoría de los casos la copia de un pequeño fragmento es considerada dentro de las reglas del *fair use* mientras que la copia de la obra completa, casi siempre induce a que sea interpretado como violación del derecho de autor. Este factor es utilizado por la jurisprudencia como casos de *sampling musical*<sup>112</sup>.

Vale destacar que en la jurisprudencia americana prevalece el análisis cualitativo frente al cuantitativo. El caso *Harper & Row Publishers*, que analizó la publicación de un manuscrito inédito de las memorias del presidente Ford por la Revista *The Nation*, podía justificarse la doctrina del *fair use*. Aquí el tribunal entendió que las escasas palabras reproducidas constituían el núcleo de la obra y por tanto vulneraban el derecho de autor. Aunque la revista solo reprodujo 300 palabras de un total de 200.000 el foro entendió que esta reproducción era la esencia y el corazón del libro<sup>113</sup>.

Un ejemplo de este fenómeno está presente en la cultura brasileña donde el *funk* utiliza elementos de remix y adapta y crea músicas nuevas de sonoridades preexistentes. Por su parte la Ley del Derecho de Autor n°9.610 de 1998 refiere y otorga amplias facultades a los titulares de fonogramas, lo cual imposibilita en cierta medida la utilización de las obras sin el debido consentimiento del autor. Esto provoca un desfase entre la realidad de producción musical y

---

*Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451, 104 S.Ct. 774, 792, 78 L. Ed.2d 574. (Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc 81-1687 U.S. (1983), 1983) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.html>. Consultado 20 de mayo de 2017.

<sup>111</sup> “What is relevant is the amount and substantiality of the copyrighted expression. That has been used, not the factual content of the material in the copyrighted Works”. *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 97, 13 Media L. Rep. (BNA) 1954, 1 U.S.P.Q.2d (BNA)1673,87 A.L.R. Fed.853(2d Cir.1987). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.html>. Consultado 20 de mayo de 2017.

<sup>112</sup> El *sampling musical* tiene sus orígenes en la década de 1970 en New York y el surgimiento del *hi-hop*. Donde el autor toma pequeños trechos, frases o compases de una música preexistentes y crea piezas nuevas. Un ejemplo que ilustra con claridad este fenómeno es el *funk*.

<sup>113</sup> Caso *Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises*. (Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985), 1985) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>. Consultado 1 de noviembre de 2017.



la legislación sobre derecho de autor, lo que contribuye a que exista un sinnúmero de violaciones a esta materia.

Al respecto de esto la jurisprudencia americana entendió en el caso del rapero *Biz Markie vs. Gilbert O'Sullivan* en 1991 que el *sampling* que haga uso de tres acordes de la música debe tener autorización del titular de la obra protegida<sup>114</sup>.

#### **(iv) Cuarto: efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida**

Para este factor es preciso tener 2 elementos: (1) si el uso actúa de manera directa en el mercado de la obra original; y (2) si i existe un daño potencial al mercado.

Acá es primordial demostrar a la corte que no existió ánimo de lucro, pues ello no trae efectos adversos sobre el mercado. Por su parte, si los fines fueron comerciales será posible indicar una afectación al consumidor potencial. En este caso la justificación del *fair use* es entendida inversamente proporcional a la utilización de la obra protegida cuanto mayor sea la utilización menor serán las posibilidades de alegar el *fair use*.

Por su parte el *fair dealing* surge a partir de la interpretación de las cortes inglesas en el final de la primera mitad del siglo XVIII, sobre la forma de un grupo de principios cohesivos destinados a regular el uso de la obra de un autor por otro, sin que para eso haya necesidad previa o posterior de concordar con el primero, teniendo como bases el uso de la buena fe y de un comportamiento razonable(Leite, 2006,p.71).

Entre las principales características del *fair dealing* destacan que a diferencia del *fair use*, este no posee un carácter tan amplio y flexible respecto a las excepciones y limitaciones del derecho de autor. En el derecho británico las excepciones están determinadas por ley a través de cinco supuestos: investigación, crítica, parodia, reportajes de actualidad y uso profesional por abogados, según lo dispone la ley *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 y sus posteriores modificaciones<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Caso *Grand Upright Music, Ltd. vs. Warner Bros. Records Inc*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991). (Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991), 1991) Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.html> Consultado 1 de abril de 2018

<sup>115</sup>(Uk, 15 de noviembre de 1988) Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/all?title=The%20Copyright%20and%20Rights%20in%20Performances> Consultado 1 de abril de 2018.

Otro elemento a subrayar en *fair dealing* es el argumento del uso justo. Este elemento debe ser admitido por la parte que invoca la excepción, sin que exista una definición expresa por ley de lo que se considera uso justo. (Brencke, 2007, p.31)

Según (Ricketson, 1999) el sistema de *fair dealing* posee una atención más favorable al interés público, garantizando que los contenidos protegidos se hagan accesibles al público en general, incentivando las nuevas creaciones y modalidades que alcanzan las obras protegidas por el derecho de autor.

En opinión de (Coleman, Robert Burrell Y Allison, 2005), la aplicación del *fair dealing* ha tenido una realidad bien diferente, llevando a la doctrina y la jurisprudencia inglesa a realizar una interpretación contraria al interés colectivo y al estímulo de la creatividad y a favor de restringir el uso no autorizado de las obras protegidas por el derecho de autor.

En este sentido cabe señalar que en la medida que las normas del derecho de autor sean menos rígidas, mayor será el número de obras protegidas por la propiedad intelectual, reduciendo los costos de producción y aumentando la creación intelectual a escala global. La realidad jurídica hoy está dada por un sistema cada vez más riguroso que incrementa absurdamente la producción de obras intelectuales perjudicando seriamente el progreso científico y tecnológico.

En materia de excepciones y limitaciones la doctrina considera tanto el *fair use* como el *fair dealing* sistemas abiertos de propiedad intelectual. En ambos la legislación permite mayor protagonismo a la jurisprudencia, exigiendo un elevado nivel de experticia de los magistrados, quienes deben poseer un amplio dominio de la técnica jurídica. Esta flexibilidad también presenta ciertas debilidades ya que la interpretación del derecho varía de un tribunal u otro de manera considerable lo que provoca una complejidad en materia de armonización sustantiva de estos derechos.

Por su parte el sistema cerrado que emana del derecho civil ofrece en el cuerpo de las diferentes legislaciones una serie de supuestos en los que están eximido el consentimiento del autor de ahí que sea definido como un sistema cerrado donde el magistrado decide sobre aquél asunto con base en la definición que la ley establece. Acá la técnica jurídica ofrece una posición más analítica y descriptiva.

Un ejemplo de ello es la Ley sobre Derecho de autor en Brasil nº9.610/98 que establece en su artículo nº46-47<sup>116</sup> las excepciones y limitaciones al interior de su ordenamiento jurídico. Entre las principales excepciones se destacan la reproducción de prensa diaria, noticias, discursos, obras fotográficas por encomienda, citación de libros, apuntes, obras para fines educaciones, entre otros. Otro ejemplo al respecto es la Ley nº14/1977 de Derecho de Autor en Cuba. Como sistema que emana del civil también ofrece las excepciones a la utilización sin el consentimiento del creador o titular del derecho de autor tal como se define en el artículo nº38-39<sup>117</sup>.

Al respecto de estos dos sistemas la CBe 1886 no posee una opinión acabada, de un lado el artículo nº10.1<sup>118</sup> describe los supuestos que deben ser considerados excepciones y limitaciones al monopolio de los titulares de derecho de autor y por otro el artículo nº9.2<sup>119</sup> deja abierta la

---

<sup>116</sup> (Brasil, 19 de febrero de 1998) (Traducción Libre). Artículo nº46. Con constituye ofensa a los derechos de autor: I.- la reproducción: a) en la prensa diaria o periódica, de noticias o artículos informativos, publicado en diarios o periódicos, con la mención del nombre del autor, se es firmado y la publicación de donde fueron transcrito; b) en diarios o periódicos, de discurso pronunciados en reuniones públicas de cualquier naturaleza; c) de retratos, u otras formas de representación de imagen, hechos sobre encomienda, cuando es realizada por el propietario del objeto encomendado, no habiendo la exposición de personas en el representada o de sus herederos; d) de obras literarias, artísticas o científicas, para uso exclusivo de deficientes visuales, siempre que la reproducción sea sin fines comerciales, sea hecha mediante el sistema braille u otro procedimiento en cualquier soporte para esos destinatarios. II- la reproducción, en un solo ejemplar de pequeños trechos, para uso privado del copista, desde que sea hecha por este sin fines lucrativos; III- la citación de libros, periódicos, revistas o cualquier otro medio de comunicación, pasaje de cualquier obra para fines de estudio, crítica o polémica, en la medida justificada para alcanzar un fin, indicándose el nombre del autor y el origen de la obra. IV- la aplicación de lecciones en establecimientos de enseñanza por aquellos a quienes este dirigida, vedada su publicación integral o parcial, sin autorización previa o expresa de quien la suministró [...] Artículo nº47.- Es libre parafrasear y parodias que no sean verdaderas reproducciones de obras originarias ni que impliquen descrédito. Artículo nº48.- Las obras situadas permanentemente en lugares públicos pueden ser representadas libremente, por medio de pinturas, diseños, fotografías y procedimientos audiovisuales.

<sup>117</sup>Ley 14 de 1977 Derecho de Autor. Artículo nº38.- Es lícito, sin el consentimiento del autor y sin remuneración al mismo, pero con obligada referencia a su nombre y fuente, siempre que la obra sea de conocimiento público, y respetando sus valores específicos: a) reproducir citas o fragmentos en formas escrita, sonora o visual, con fines de enseñanza, información, crítica, ilustración o explicación, todo ello en la medida justificada por el fin que se persiga; b) utilizar una obra, incluso íntegramente si su breve extensión y naturaleza lo justifican a título de ilustración de la enseñanza, en publicaciones, emisiones de radio o televisión, filmes o grabaciones sonoras o visuales; [...]. Artículo 39.-cuando se trate de una obra expresada en lenguaje oral o escrito las utilizaciones mencionadas en el artículo precedente podrán hacerse directamente en el idioma original de la obra, o mediante su traducción al español. (Cuba, 28 de diciembre de 1977) Disponible en: <http://gacetaoficial.cu>. Consultado 4 de noviembre de 2016.

<sup>118</sup> Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo nº10.2.- 1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados. (Ompi, 1886). Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740> Consultado 15 de mayo de 2017.

<sup>119</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo nº9.2.- 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

posibilidad de que cada país establezca sus propias reglas en esta materia, lo que denota la falta de armonización jurídica internacional en un tema tan controvertido como este debido a que ello presupone el equilibrio entre acceso y protección al derecho de autor.

*Acerca de ello (Story, 2003,p15) expresa: In fact, Berna does not actually mandate that a copyrighted work should be exploited or that exemptions should be permitted on the basis of national treatment. Instead, a series of overriede clauses in Berna state that any statutory exemptions or limitations can only be created” in certain special cases, that they must “ not conflict with a normal exploitation of the work and must not unreasonably prejudice the legitimate interests of the autor”( the so-called “three-step”-test)<sup>120</sup>.*

Las excepciones y limitaciones establecidos en CBe, si bien son principios que contribuyen a limitar el monopolio de derecho de autor, no logran resolver la falta de armonización internacional que sufre esta rama del derecho y que contribuye al desequilibrio entre acceso y protección. Estas son necesarias y eficaces para el artista que está amparado por la industria, pero no para aquel que es catalogado como artista independiente, pues en la mayoría de los casos ellos abogan por un mayor acceso para todos y se deciden por licencias como *creative commons* como se abordará en el Capítulo III.

### **2.3.2. El papel de la industria en la relación derecho de autor y acceso a la cultura**

Internet provocó que la propiedad intelectual tenga hoy un impacto constante en la vida social del individuo. Existe un incremento significativo en el uso de obras protegidas por el derecho de autor en el contexto cotidiano ya sea para información, entretenimiento, formación. Esto corresponde a un aumento de políticas altamente restrictivas que limitan el libre acceso para todos, favoreciendo los intereses de los titulares y afianzando el monopolio del derecho de autor.

El acceso a la cultura versus derechos de autor, no ha logrado buscar soluciones armónicas en el plano internacional. Esto se debe en gran medida a que prevalece la protección del mercado y sus implicaciones a escala global.

---

un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740> Consultado 15 de mayo de 2017.

<sup>120</sup> (Traducción Libre). De hecho, Berna en realidad no exige que se explote una obra protegida por derechos de autor o que las excepciones deben permitirse sobre la base del trato nacional. En cambio, una serie de cláusulas adicionales en Berna declaran que las excepciones o limitaciones legales solo pueden crearse “en ciertos casos especiales, que no deben entrar en conflicto con una explotación normal de la obra y no deben perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del autor” (La llamada prueba de “tres pasos”).

Desde los estudios de la Escuela de Frankfurt y su moderno concepto de “Industrias Culturales” el sistema internacional de la propiedad intelectual interactúa con cuatro modelos fundamentales, que valoran las llamadas economías creativas y que guardan total relación con el derecho autoral y el espacio virtual en el que se nos presentan hoy tales derechos.

Un primer modelo está caracterizado por estudios desarrollados en el Reino Unido – UK DCMS (Departamento de Cultura del Reino Unido). Este modelo proponía reposicionar a la economía británica a partir de los conceptos de creatividad e innovación; son comprendidas varias industrias desde videojuegos, *software*, cine, música, radio, televisión. Su visión en considerarlas Industrias de la Cultura y apartarlas de las posiciones elitistas que normalmente envuelve el término, expresión de la cultura elevada (*high culture*) que estarían presentes en el concepto inicial de Industrias Culturales y que poco permitirían adaptarse a las nuevas tecnologías y escenarios de diversidad cultural. (Amorim, 2011,p276).

El segundo modelo *-symbolic texts model-* comprende que el arte y la cultura erudita son un establecimiento político y cultural, este modelo es fruto de los estudios crítico culturalistas que inundaron Europa durante varias décadas Aquí los textos y mensajes simbólicos que se materializan en la actividad del autor, están presentes en cada uno de los medios de comunicación que divulgan la actividad autoral. (Amorim, 2011,p.277).

El tercer modelo *-concentric circles model-*, el llamado modelo de círculos concéntricos, sustenta la idea de que el valor de los bienes culturales provee a las Industrias Culturales en sus elementos distintivos.(Amorim, 2011,p.278)

Cuanto más evidente está el contenido cultural más cerca estará la Industrial por detrás del autor. Se trata en verdad de una clasificación de las Industrias Creativas a partir de la importancia del valor cultural y artístico de los bienes por ellas producidos.

El cuarto modelo – *WIPO copyright model* –se basa en las Industrias Creativas que producen y distribuyen productos culturales que involucran derechos de propiedad intelectual. Este modelo desarrollado en el espacio de la OMPI, logra distinguir aquellas industrias que producen propiedad intelectual y aquellas que son necesarias para transmitir tales bienes culturales al consumidor.

Estos modelos están en total sintonía con la definición de las comunicaciones modernas que ofrece Castell, lo que provoca un nuevo enfoque en la forma en cómo debe ser protegido el derecho de autor y el acceso a la cultura. Desde las comunicaciones tradicionales que se dividían

en dos categorías, una a uno, o algunos (fax y teléfono), y uno a muchos (televisión, radio, periódicos, cine), hasta llegar al nuevo ambiente de Internet, siendo de muchos a muchos, lo que transforma sin dudas, las relaciones sociales económicas y culturales del individuo.(Castells, 2005)

En el binomio acceso a la cultura y derecho de autor, sigue quedando ausente el tercer elemento de vital importancia: el público, el destinatario final o el usuario; quien materializa la relación acceso a la cultura, derecho de autor e intenta mitigar el monopolio autoral en pos del disfrute de un derecho humano fundamental que por ley le pertenece.

(Carlos Fernández Ballester, 2011,p.43) apunta: cuando nos referimos a Industrias Culturales, reseñamos entonces a una serie de actividades que se desarrollan con base en creaciones originales, literarias y artísticas que son objeto de los derechos de autor.

El informe mundial de la Industria de la Música realizado en 2016 por la IFDP (*representing the recording industry world wide*), demuestra cómo solo un grupo de pequeños artistas tienen oportunidad para ser colocados en el mercado internacional. Lo que evidencia el papel de la industria en el consumo cultural. Además, las listas de más populares son encabezadas por aquellas artistas que se encuentran en países con mayor nivel de desarrollo, pertenecientes a los monopolios culturales mejor colocados. (Véase, Anexo I-, III del referido informe que consta como Anexo I de esta Tesis). Lo que demuestra la presencia de una globalización cultural solapada, disimulada de libertad. (Ifdp, 2016).

*A globalização pressupõe que o direito autoral adote elevados padrões de proteção em todo o mundo. Com a integração dos mercados, as regras jurídicas que versam sobre a propriedade intelectual devem ser harmonizadas para que as violações ao direito autoral sejam igualmente reprimidas em todos os lugares. Assim, a globalização tem reduzido as distâncias entre os dois principais sistemas do direito autoral. Atualmente a diferença que ainda sobrevive diz respeito aos direitos morais do autor, que o sistema anglo-saxão ainda resiste a incorporar por completo.<sup>121</sup>(Coelho, 2005,p.63)*

---

<sup>121</sup>(Traducción libre) La globalización presupone que el derecho de autor adopte elevados patrones de protección en todo el mundo. Con la integración de los mercados, las reglas jurídicas que tratan sobre propiedad intelectual deben ser armonizadas para que las violaciones a los derechos de autor sean igualmente reprimidas en todos los lugares. Así la globalización ha reducido las distancias entre los dos principales sistemas del derecho de autor, Actualmente la diferencia que aun sobrevive es sobre los derechos morales del autor, que el sistema anglosajón resiste en incorporar por completo.

Actualmente la presencia de internet viene a reforzar el carácter comercial del derecho de autor, en contraposición con la creencia que se tiene de facilitar el acceso libre a obras de todo tipo, ya sea audiovisuales, textos, imágenes, entre otros.

Un ejemplo de ello es a través de la tecnología *peer to peer* utilizadas en sitios como: <http://gen.lib.rus.ec/> y <http://sci-hub.tw>. Esencialmente el sitio provee artículos científicos que evaden el pago por derechos de autor y acaba con el monopolio académico de *Elsevier*, *Springer Nature* y *Wiley-Blackwell*<sup>122</sup>. Alexandra Elbakyan fundadora de este sitio es considerada el Robin Hood de la Ciencias. Ella alega que los profesionales sobre todo del mundo académico se ven obligados a publicar en importantes revistas por una cuestión de prestigio y reconocimiento social y al mismo tiempo no reciben en muchos casos remuneración de estos grandes sitios que cobran por el acceso a los contenidos.

El problema de acceso acá se limita a un reducido número de universidades en el mundo, quienes estarían en condiciones de efectuar los pagos para acceder a los contenidos. Varias universidades europeas en Alemania y Reino Unido en 2016 cortaron paulatinamente el acceso a Elsevier debido a sus altos precios.

Si bien el proceso judicial de 2015 que enfrentó <http://sci-hub.tw> v. Elsevier en E.U.A, fue favorable a Elsevier y condenó su bloqueo<sup>123</sup>; esto provocó un efecto dominó en el mundo académico y el desequilibrio que predomina entre acceso y protección en el ámbito del derecho de autor en internet. Siendo que, cada vez más contenidos están en manos de cada vez menos empresas.

Ello está determinado por la prevalencia de la política del *copyright* en el escenario internacional, donde todos los derechos son reservados a las industrias culturales que controlan el quehacer intelectual de los autores. La excesiva protección de los derechos de autor que poco se ajusta a la realidad tecnológica existente, limita tanto el desarrollo intelectual y profesional de los usuarios de la red como la expansión y prevalencia de una cultura menos globalizada y más diversa.

---

<sup>122</sup>Estos sitios representan una especie de oligopolio de contenidos científicos. Controlando la mayor parte de acceso a contenidos académicos y científicos en su mayoría siendo restringidos a pagos para su acceso ya sea vía institucional o a título personal.

<sup>123</sup> (Elsevier Inc. et al v. Sci-Hub et al, No. 1:2015cv04282 - Document 53 (S.D.N.Y. 2015), 2015) Disponible en: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv04282/442951/53/0.pdf?ts=1446304631>. Consultado 20 de mayo de 2018.

Una alternativa interesante para minimizar la cultura globalizada fue la propuesta del sector cinematográfico en Brasil, donde se evidencia claramente que la circulación en el mercado de capitales culturales como es el caso del cine no es homogénea.

Existe una marcada penetración del audiovisual extranjero en el mercado interno. Este planteamiento puede ser corroborado con el estudio que realizó el Observatorio Brasileiro de Cine y Audiovisual perteneciente a la Agencia Nacional de Cine subordinado al Ministerio de la Cultura. Como muestra la Tabla 1.

Tabla 1 Estadística de los filmes brasileiros y extranjeros lanzados en Brasil de 2013-2017

Indicador	2013	2014	2015	2016	2017
Público	149.518.269	155.612.992	173.022.827	184.327.360	181.226.407
Público filmes brasileiros	27.789.804	19.060.705	22.500.563	30.413.839	17.358.513
Público filmes estrangeiros	121.728.465	136.552.287	150.522.264	153.913.521	163.867.894
Participação de público dos filmes brasileiros	18,59%	12,25%	13,00%	16,50%	9,58%
Renda bruta (R\$)	1.753.200.571,83	1.955.943.572,99	2.351.590.807,48	2.599.327.627,64	2.717.664.734,65
Renda filmes brasileiros (R\$)	297.072.056,07	221.887.005,60	277.813.274,29	362.780.504,93	240.767.677,76
Renda filmes estrangeiros (R\$)	1.456.128.515,76	1.734.056.567,39	2.073.777.533,19	2.236.547.122,71	2.476.897.056,89
Lançamentos	397	393	455	458	463
Lançamentos brasileiros	129	114	133	142	160
Lançamentos estrangeiros	268	279	322	316	303
Lançamentos brasileiros sobre total	32,49%	29,01%	29,23%	31,00%	34,56%
Ingressos per capita	0,74	0,77	0,85	0,89	0,87
Preço médio do ingresso	11,73	12,57	13,59	14,10	15,00

Fuente:(Ancine, 2017)

Como muestra la tabla nº1 existe un número desproporcionados de filmes extranjeros exhibidos en las salas brasileiras con respecto al número de cintas nacionales. Si bien en 2009 fue emitido el Decreto nº7.061 de 30 de diciembre de 2009 para regular y establecer cuotas para los filmes nacionales, esto no logró que la exhibición de filmes foráneos fuera menor que la nacional. Según el cuerpo legal, exhibir obras cinematográficas brasileiras de largometrajes pasó a ser obligatorio, disponiendo 28 días de exhibición en los centros comerciales de cine en 2010. El objetivo de cuota de telas fue promover la sustentabilidad de la industria cinematográfica nacional y garantizar un equilibrio en el consumo entre productos nacionales y extranjeros.



Otro ejemplo de la industria cinematográfica es el caso del Festival de Cannes en Francia en 2016 y 2017. El primero tuvo como concursante al gigante de internet Amazon, con varios filmes<sup>124</sup>. Ya en 2017 Netflix<sup>125</sup> y Amazon se vieron las caras en la disputa por la Palma de Oro.

Esto demuestra que las industrias creativas en el sector cinematográfico están siendo amenazadas por un nuevo modelo de negocio que es a través de la tecnología *streaming*. Básicamente el usuario necesita cumplir una serie de condiciones tecnológicas para poder llegar al acceso: primero poseer un teléfono inteligente(*smartphone*), segundo tener un proveedor de conexión a internet, tercero, registrarse en uno de los referidos sitios y cuarto abonar una cuantía mensual para tener un acceso ilimitado. Esta nueva tecnología guarda relación con las medidas de carácter tecnológico pues la plataforma posibilita acceder a las obras al mismo tiempo que garantiza la protección y el pago de los derechos de autor.

Desde el punto de vista de las grandes industrias culturales esta tecnológica ofrece excelentes beneficios, porque permite controlar quienes acceden y bajo qué condiciones, teniendo garantizado el retorno económico equiparable a las ventas físicas. Desde la perspectiva del usuario, esta tecnológica no posibilita el libre acceso a la cultura pues además de las condiciones tecnológicas este necesita garantizar un abono financiero, convirtiéndolo en un “acceso libre” con restricciones.

El 2018, tuvo un giro negativo para las gigantes de internet fueron modificadas las bases del concurso por la fuerte presión de las salas de cine. Estas empresas se vieron amenazadas por la tecnología *streaming* y concordaron en modificar las bases del concurso, donde solo podrán concursar filmes que hayan sido exhibidos en el cine.

En casos como estos, la industria no se preocupa si son o no afectados los derechos de realizadores, artistas, intérpretes o ejecutantes y mucho menos si el usuario o la mayor parte del público que participa del Festival accedió o no al filme. Analizando el acceso en este caso debemos destacar que tanto en la tecnología *streaming* como en las salas de cine el usuario o público necesita pagar para consumir determinado producto cultural.

Tanto los filmes que se producen por Netflix o Amazon como los de las grandes compañías de audiovisuales, están amparados por la legislación de derecho de autor y los tratados

---

<sup>124</sup> Filmes que participaron en Cannes por la Gigante de Internet Amazon en 2016. *Café Society* del director Woody Allen. *Demonio de Neón* del director Nicolas Winding Refn. *La Criada* del Director Chan-wook Park. En 2017 fueron *Wonderstruck* y *Todd Haynes*.

<sup>125</sup> Filmes que participaron en Cannes por la Gigante de Internet Netflix en 2017.

internacionales existentes. Para las compañías de cine lo que está en discusión es las ventas en sala y no la protección ni de los usuarios ni de los autores.

Estos elementos dejan claro que el derecho de autor camina hacia mayor favoritismo de los titulares y menos derechos de los usuarios. Para ellos el tema es una mera competencia desleal donde los verdaderos protagonistas quedan fuera de la mesa de discusiones. La justificación de no participación es la no exhibición en el cine. ¿Y cuando la prioridad serán los usuarios o los creadores? Para ello la industria necesitara tener un enfoque más humanista y menos capitalista.

## CAPÍTULO III

### DERECHOS DE AUTOR E INTERNET

En el presente capítulo se aborda el origen de internet, su estructura técnica y funcionamiento. Se analiza las alternativas emergentes que surgen ante el excesivo proteccionismo que domina internet entre ellos el fenómeno *wiki*, dominio público, *copyleft*, *software* libre, *creative commons*, *peer to peer*, cibercacifo y copia privada. Además, se estudia el derecho de autor en internet y el papel de la cibercultura desde la perspectiva de los informes realizados por diferentes organismos internacionales.

#### 3.1. Orígenes de internet

El origen de lo que conocemos hoy como Internet, nace en 1969 bajo el nombre de ARPANET. Esta fue diseñada como una red experimental de investigadores promovida por el Departamento de Defensa de E.U.A. Logrando establecer una red informática con capacidad para redirigir automáticamente paquetes de datos y asegurarse que llegasen al lugar destinado<sup>126</sup>.

Más adelante en 1972 se realiza la primera demostración pública de APARNET financiada por DARPA<sup>127</sup>. A través de una red telefónica conmutada, fueron desarrollados protocolos de comunicaciones para establecer las conexiones entre computadores conectados; mediante de un conjunto de protocolos de la red como NCP (*NetWare Core Protocol*), e IP (*Internet Protocol*).

Por medio de la IANA<sup>128</sup>, en 1983, fueron registrados los nombres de dominios que servirían como conexiones de internet, a través de IP (*Internet Protocol*) y DNS (*Domain Name System*); facilitando la conexión de los usuarios pues no resulta necesario saber el IP para disfrutar de los servicios de la red.

Casi una década después, en 1990, Tim Berners-Lee crea la *world wide web* (www), siendo el primer servidor web capaz de establecer conexiones a través de herramientas gráficas. Asumiendo entre sus objetivos iniciales interconectar todos los sistemas existentes hasta el

---

<sup>126</sup>Acerca de la historia de los inicios de internet. Disponible en: <http://www.internetsociety.org/>. Consultado 20 de marzo de 2017.

<sup>127</sup>Por sus siglas en Ingles, es la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Disponible en: <http://www.internetsociety.org/>. Consultado 20 de marzo de 2017.

<sup>128</sup>Por sus siglas en Ingles, es la *Internet Assigned Numers Autrority* (IANA). Es la entidad que supervisa la asignación global de las direcciones de IP, sistemas autónomos servidores de raíz de nombres de dominio y otros recursos relativos a los protocolos de internet. Actualmente es un departamento de la ICANN. Disponible en: <http://www.internetsociety.org/>. Consultado 20 de marzo de 2017.

momento (HTTP, FTP, VOZ IP, HTML, DNS, IP); convirtiendo la web en una gran malla mundial, capaz de descargar cualquier tipo de archivo. Iniciándose así, la era de internet tal como la conocemos hoy.

Según (Castells, 2005,p276) en estos orígenes primaron la cooperación y el intercambio libre de información, sobre la competencia y la propiedad, siendo factores decisivos en el desarrollo global de la red.

En el año 2006, la red mundial de computadores alcanzó 2000 millones de usuarios conectados a nivel global. Diez años más tarde, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) afirma que existen 3,9 billones de personas sin acceso a internet<sup>129</sup>; significando el 53% de la población mundial. Lo que nos incita a pensar que el acceso a internet está condicionado por el nivel de desarrollo alcanzado en los diferentes países, lo que complejiza la armonización jurídica internacional en materia de derecho de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet.

Autores como (Almeida, 2015b) enfatizan que la Sociedad de la Información del siglo XXI ha pasado por varias ondas como parte de desarrollo electrónico digital. La primera llamada de sociedad de la información, acá las personas acceden a internet, para enviar mensajes de correo electrónico, participan de redes digitales de relacionamientos y entretenimiento, buscan informaciones de lecturas de revistas y periódicos y reciben documentos con objetivo personal o profesional.

La segunda onda denominada sociedad del conocimiento donde se agregan asuntos informacionales o conocimientos adecuado de ese nuevo fenómeno digital, produciendo, conduciendo y diseminando contenidos por la red. Aquí la internet adquiere un papel protagónico en la divulgación de conocimiento científico, cultural, educacional.

La tercera onda está determinada por el comercio electrónico (*e-commerce*) formada por aquellos que pasaron a agregar informaciones y conocimiento a los dominios del mercado. La cuarta onda está dada por la formación de organismos internacionales, investigadores y grupos de trabajos que buscan un consenso internacional sobre la gobernanza global en cuestiones de comercio electrónico, privacidad, datos personales, entre otros.

---

<sup>129</sup>En el informe de la UIT se destaca aquellos países y regiones con mayor conectividad a internet. (Itu, 2016) Disponible en: <http://www.itu.int.org/> Consultado 20 de marzo de 2017.

### 3.1.2 Estructura técnica y funcionamiento de la Red

La web o www, según (Fernández, 2004,p167) ha permitido crear una “telaraña mundial” de documentos conectados entre sí, convirtiéndose en una plataforma global para el almacenamiento e intercambio de información en línea, en múltiples formatos y como una colección de información y recursos.

Para el funcionamiento técnico de la red es necesario la concatenación de diversos protocolos: TCP/IP (*Transmission Control Protocol*) / (*Internet Protocol*). El IP o (*Internet Protocol*) se encarga de que los paquetes sean distribuidos, colocándolos en la dirección correcta o número de IP. El TCP (*Transmission Control Protocol*) divide toda la información para su traspaso en un conjunto de dispositivos llamados *routers* (*direcciones o enrutadores*).

Esto posibilita conexiones entre dos o más redes seleccionando las rutas por las que serán enviadas las informaciones. No existe una sola ruta para la transmisión de información, esta va a depender de las circunstancias, tales como: la densidad del tráfico, averías en las redes intermediarias o finales.

Un tiempo después llegaron los llamados FTP (*file transfer protocol*), facilitando el desplazamiento entre ordenadores conectados a internet. Con el incremento de número de usuarios fue necesario establecer un formato para almacenar la información (HTML) y el (HTTP), siendo ambos empleados por los navegadores que posibilitan las comunicaciones entre los servidores de internet.

En las etapas iniciales de internet los usuarios tenían un papel más pasivo en relación con la interacción con la web; proliferando los llamados *newgroup* o grupos de noticias especializados, como medios de acceder fácil y rápido a las informaciones en la red. Un ejemplo de ello fue el uso del correo electrónico, facilitando la comunicación escrita mediante textos, imágenes y/o sonidos que son disparados para varios usuarios al mismo tiempo.

Ya el propio desarrollo tecnológico abrió las puertas hacia la propagación de mensajes en tiempo real a través de las denominadas charlas interactivas de internet (IRC), que en el lenguaje común son entendidas como video-llamadas o llamadas de voz IP. Estas nuevas formas de comunicación facilitan que los intercambios de archivos e informaciones, sea cada vez más veloz y al mismo tiempo las violaciones de derecho de autor tengan un impacto inmediato en varias legislaciones, debido a la rapidez e inmediatez con que se propagan las informaciones en la red.

Otro aspecto importante que asume los supuestos anteriormente abordados, es la creación y desarrollo de páginas web. La misma es un documento o información electrónica capaz de contener texto, sonido, video, programas, enlaces e imágenes adaptadas para la llamada *World Wide Web* (www) y que puede ser accedida mediante un navegador web.

Generalmente en formato HTML o XHTML, puede proporcionar accesos a otras páginas web mediante enlaces de hipertexto; permitiendo a los usuarios adquirir visualmente contenidos y servicios, que, en su mayoría, son elaborados por empresa especializadas en diseño de páginas web.

Los contenidos que poseen las páginas web, en su mayoría, son susceptibles de derechos de propiedad intelectual. Es por ello que corresponde a la empresa que solicita la elaboración del sitio web, demostrar la licitud de aquellos elementos que colocará disponibles. Básicamente se realiza un contrato entre estas empresas del diseño de páginas web y el prestador de servicio a fin de definir dichos contenidos.

La empresa debe basarse en los derechos de propiedad industrial para realizar el diseño del sitio web. Utilizando las cláusulas de derecho de autor, relativas a obras por encargo y quedando bajo la protección del titular de la obra encargada.

En el caso del sitio web o también conocido como ciber sitio, se asume como una colección de páginas web relacionadas y comunes a un dominio de internet o subdominio en la www dentro de la internet.

Un aspecto esencial en la actualidad es el aprovechamiento de los sitios de redes sociales; donde un gran número de usuarios participan de ciertas plataformas y servicios en línea, que les posibilitan crear redes o comunidades, en las cuales colocan y comparten informaciones.

Para tener acceso a las Redes Sociales, el usuario mediante un contrato de adhesión, debe subordinarse al registro previo; configurándose como un contrato marco, en el cual se definen los disímiles servicios que ofrecerá el prestador.

En la mayoría de las Redes Sociales prima la gratuidad como manera de registro. Estos sistemas permiten mapear los datos personales de los usuarios para fines publicitarios; exponiéndose a ser bombardeados constantemente con publicidad comercial<sup>130</sup>. Cuestiones

---

<sup>130</sup> Un ejemplo de ello fue el reciente escándalo de la Cambridge Analítica y Facebook, donde fueron utilizados con fines políticos millones de datos personales provenientes de los usuarios de Facebook sin el consentimiento de estos. Aun la empresa deberá responder judicialmente ante las cortes británicas. El director y creador de Facebook

como está también contribuyen y refuerzan la falta de armonización jurídica internacional en cuestiones de acceso a la cultura y derecho de autor en el ámbito de internet, pues muchas veces son compartidos archivos que violan los derechos de autor a través de estas plataformas.

Es importante destacar que el mercado mundial en las redes sociales es dominado por modelos de negocio desde E.U.A; tal es el caso de *Facebook, YouTube, LinkedIn, Instagram, WhatsApp*, entre otros. Todas concuerdan en reconocer como única jurisdicción competente, ante los posibles conflictos generados por los usuarios, la jurisdicción americana.

La violación más frecuente de estas plataformas va en dos sentidos: uno es sobre el compartimiento de archivos sin la autorización del autor a través de estos sitios y el otro es que una vez que eres usuario de estas plataformas son cedidos tus derechos sobre las informaciones que publicas a estas Redes Sociales, lo que minimiza tus derechos de autor en cuestiones como artículos, *post*, fotos, entre otros.

Esto conduce al aumento de conflictos transnacionales, involucrando las más diversas áreas del derecho y en especial la propiedad intelectual. Dicha modalidad de negocio, facilita a las Gigantes de Internet el escape de legislaciones locales más restrictivas y proteccionistas; resultando a escala global, una alta complejidad jurídica.

### **3.1.3 Actores y Gobernanza Global**

Para tener Internet hoy es necesario establecer una relación entre proveedores de acceso y de contenidos, ofrecida por los operadores de telecomunicaciones que garantizan la transmisión de datos y permiten el acceso a los usuarios a través de las redes telefónicas.

(Coelho, 2005) define que la relación jurídica es el vínculo entre el titular del derecho subjetivo y el deber correspondiente. Siendo que se entrecruzan en la relación sujetos que van a generar derechos y obligaciones, estableciendo un vínculo entre ambos. En el espacio virtual se presenta una complejidad en las relaciones jurídicas, pues básicamente están divididas de acuerdo al número de sujetos involucrados.

Una primera categoría está dada entre los proveedores de servicio o conexión y proveedores de aplicaciones o contenido. Básicamente relaciones de B2B o las llamadas *business to business*, donde mera un interés propiamente comercial entre grandes empresas que

---

ya prestó declaraciones al parlamento americano y próximamente lo hará en el parlamento europeo. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2018/05/16/actualidad/1526484218\\_488925.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/16/actualidad/1526484218_488925.html). Consultado el 16 de mayo de 2018.

comercializan bienes y servicios para facilitar la existencia de la web. En el caso de Brasil podemos citar como ejemplos: *Net Virtual, Brasil Telecom, Gvt y Tim, Oi, Claro, Vivo* en la banda 3G-4G; así como los beneficios de aplicaciones que ofrecen estas compañías como son: el *Deezer*, aplicativo de la Tim que ofrece música gratuita a sus clientes, o *Claromúsica*, Claro video, de la compañía Claro, cuyo objetivo es ganar usuarios o clientes a corto y largo plazo, debido a las asociaciones establecidas entre proveedores de conexión y de aplicativos.

Una segunda categoría está determinada por el papel del usuario en su relación con los proveedores, estableciendo consumo entre el proveedor de conexión y el de aplicaciones para acceder a la web y sus innúmeros beneficios, llamados también de relación *business to consumer* (B2C), pudiendo ser de manera online. Un ejemplo de ello es cuando contratamos servicio de telefonía celular con compañías como la Claro o Tim en el caso de Brasil, que además de servicios de internet vienen ofreciendo aplicaciones que colocan accesible para los usuarios infinito número de contenidos que de otra manera serían cobrados.

Y la tercera relación es instituida entre los usuarios en el uso de la Web, llamada de *consumer to consumer* (C2C). Como por ejemplo el intercambio de informaciones a través de sitios como: *Facebook, Youtube, Whatsapp, Google+, Yahoo!*, entre otros. Cuyo canje de informaciones es esencialmente no comercial y si de consumo de las informaciones trocadas o generadas a través de estas plataformas.

En ese sentido, (Lopes, 2016,p.68) afirma que el consumidor no está más vinculado apenas a su mercado interno, el fenómeno de la globalización alcanza hasta el último eslabón de la cadena económica, facilitando los contratos a distancia y el pago instantáneo. Los proveedores de aplicaciones ganan importancia en esas relaciones jurídicas, pues interfieren de manera directa en esas actividades, pues suministran los datos generados en los diferentes negocios jurídicos que se realizan electrónicamente. Contribuyendo para que el consumidor sea sub-proveedor de contenido, como ocurre en los blogs, que el proveedor de aplicación hospeda y ofrece servicios facilitadores para la creación o modificación del contenido.

Es frecuente que los proveedores de acceso ofrezcan prestaciones adicionales como: servicios de correo electrónico, alojamiento de datos y contenidos, y almacenamiento de información en la denominada nube. Esto provoca que la línea divisoria entre proveedores de acceso y proveedores de contenido sea cada vez más fina.



*In light of the changes brought by the Internet during the last decade, there is a need to revise the concept of universal access funds and universal service. New regulatory frameworks must be developed to allow new business models for cheaper, sustainable services, including new-generation networks and technology.*<sup>131</sup>(Cavalli, 2007,p.296).

Los organismos e instituciones que posibilitan el funcionamiento de la red, establecen protocolos de comunicación y asignan direcciones que permiten la identificación de los computadores conectados a internet. En detrimento de ello se encuentra el sistema jurídico de estas entidades en su mayoría radicadas en E.U.A. Las mismas reconocen a la jurisdicción americana, como la única con competencia para resolver los litigios que emanen de la actividad virtual.

*Según (Akinsanmi, 2007,p.296) Internet Governance (according to the International Telecommunication Union) consists of the collective rules, procedures, processes, and related programs that shape social actors' shared expectations, practices, and interactions and result in practices and operations that are consistent with the sovereign rights of states and the social and market interests of end users and operators. It includes agreements about standards, policies, rules, and enforcement and dispute resolution procedures. Governance could be taken as the collection of processes that determine how power is exercised, how stakeholders are given a voice, and how decisions are made – whether in the private or public sphere. The ability of any kind of governance to be effective is strongly constrained by access to the cultural, social and economic resources necessary for participating in it.*<sup>132</sup>

Los mayores cuestionamientos que enfrenta internet hoy, están dados por cómo se encuentra estructurada la gobernanza. Por una parte, están las empresas del sector privado que controlan la infraestructura técnica, que incluyen empresas de *software*, de computadores y de soporte técnico. De otro lado, la sociedad civil que posee una influencia limitada en el proceso formal de la toma de decisiones. Su mayor participación está en el compartimiento de recurso y archivos, buscando un mayor acceso para todos, lo que al mismo tiempo posibilita violaciones del derecho de autor.

---

<sup>131</sup>(Traducción Libre) A la luz de los cambios introducidos por internet durante la última década, es necesario revisar el concepto de fondos de acceso universal y servicio universal. Nuevos marcos regulatorios deben ser desarrollados para permitir nuevos modelos de negocios para servicios más económicos y sostenibles, incluyendo redes y tecnologías de nueva generación.

<sup>132</sup>(Traducción Libre) La gobernanza de internet (según la Unión Internacional de Telecomunicaciones) consiste en reglas, procedimientos, procesos y programas relacionados colectivos que dan forma a las expectativas; practicas e interacciones compartidas por los actores sociales y resultan en prácticas y operaciones coherentes con los derechos soberanos de los estados y los interés sociales y del mercado de los usuarios y operadores finales. Incluyendo acuerdos sobre normas, políticas, normas y procedimientos de cumplimiento y resolución de disputas. La gobernanza podría tomarse como la colección de procesos que determinan como se ejerce el poder, como se les da voz a los interesados y como se toman las decisiones, ya sea en la esfera privada o pública. La capacidad de cualquier tipo de gobernanza para ser efectiva está fuertemente limitada por el acceso a los recursos culturales, sociales y económicos necesarios para participar en él.

Por último, enfrentando el mayor desafío y en medio de las empresas privadas y la sociedad civil están los Estados. Al tener que lidiar con el carácter multidisciplinar de la gestión de internet, abarcando cuestiones tecnológicas, sociales, jurídicas, y de soberanía nacional, por solo mencionar algunos aspectos.

La UIT (Unión Internacional de Comunicaciones), es el organismo especializado de las Naciones Unidas, para las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Esta institución no posee el control absoluto sobre el funcionamiento de internet, sino que se encarga de garantizar ciertas reglas en materia de comunicación global o que lleva a cuestionar la imparcialidad del funcionamiento de la red.

Este organismo no posee un control directo y efectivo sobre el funcionamiento y la arquitectura de internet, debido a que se encuentra en manos de empresas privadas como ha sido colocado anteriormente. Sin embargo, cuenta hoy con más de 193 Estados miembros y más de 700 entidades del sector privado e instituciones académicas.

Entre las principales entidades privadas que dirigen la actividad de internet podemos mencionar: la ISOC, ICANN e IANN. Es válido señalar que todas poseen sus sedes en los E.UA, estando sujetas al modelo empresarial privado del sistema jurídico americano; por lo que no existe una imparcialidad ante conflictos y cuestionamientos sobre su funcionamiento.

La Internet Sociedad (ISOC), constituida en 1992 con base en la *Non-Profit Corporation Act* del Distrito de Columbia del mismo año, fue creada para atender los estándares tecnológicos relacionados al funcionamiento de la red y financiada por un grupo del gobierno americano (*Corporation for National Research Initiatives*).

Otra organización vinculada a los orígenes de internet fue la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), esta institución se remonta a la década de 1970. Establecida de manera informal fue referencia para establecer las diversas funciones técnicas de APARNET. En 1972 Jon Postel se convirtió en un voluntario que distribuyó los números de *socket* oficiales para que APARNET pudiera funcionar a través de la (DARPA). Como organización fue constituida oficialmente en 1988, convirtiéndose en la autoridad que asigna los nombres de dominio. Sin fines lucrativos, tiene entre sus principales funciones organizar los aspectos operativos de la

coordinación de los identificadores únicos de internet: nombres de dominio, asignación de protocolos, números de recursos<sup>133</sup>.

En 1998 diversas partes interesadas en el funcionamiento de internet proponen lo que se conoce como la implementación del Libro Blanco: Foro Internacional del Libro Blanco (IFWP), por sus siglas en inglés. A modo de instituir una manera diferente de funcionamiento de la IANA en la gestión responsable de nombres de dominio fue establecido el Estatuto Original que crea la ICANN. Creada oficialmente como organización pública sin fines lucrativos y benéfica, la ICANN asume las responsabilidades y despeño de la IANA.

Ciertamente la ICANN y pese a las presiones en los Foros Mundiales sobre Gobernanza de Internet, sigue administrando una parte importante del funcionamiento técnico de internet que son los nombres de dominio.

El hecho de que el funcionamiento técnico de internet esté en manos de empresas privadas norteamericanas ciertamente limita el libre acceso a la cultura para todos a través la red de red, pues cada país independientemente del desarrollo tecnológico alcanzado, está subordinado a las reglas que establece E.U.A en materia de conexión digital. La gobernanza de internet debe ser ejercida por los organismos internacionales a fin de buscar una neutralidad en la manera de comercializar el funcionamiento técnico de la red, lo que resulta inviable en la actualidad debido al alto costo de mantenimiento del soporte técnico de la red.

Se puede concluir que desde los orígenes de internet pocas circunstancias han cambiado desde el punto de vista técnico y jurídico. La gobernanza y el control sobre funcionamiento técnico continúan en manos de empresas americanas, pese a los innúmeros debates y discusiones en los foros internacionales. Si bien la expansión de la www ha facilitado que el número de usuarios aumente considerablemente, esto sigue estando subordinado al desarrollo de los países. Por otro lado, el papel de los Estados y los organismos internacionales respecto a internet continúa siendo discreto en cuestiones de regulación.

---

<sup>133</sup> Para mayores informaciones sobre las funciones de la IANN Disponible en: <https://www.icann.org/es/system/files/files/iana-functions-18dec15-es.pdf> Consultado 20 de marzo de 2017.

## **3.2 Alternativas emergentes ante el excesivo proteccionismo del derecho de autor en el ambiente virtual**

La *Web 2.0* trajo consigo el intercambio de información, acceso, participación y desarrollo tecnológico, incrementando con ello el control de las informaciones, y los factores técnicos involucrados en el acceso de los usuarios, provocando un excesivo proteccionismo de la información y el consumo de esta, a lo que la sociedad dio como respuesta a través de varios fenómenos como: fenómeno *wikis*, dominio público, *creatives commons*, cibercajío y *copyleft* que explicaremos a continuación.

### **3.2.1 Fenómeno Wikis**

Internet provocó a escala mundial, un modelo diferente de mercado, teniendo servicios públicos, semipúblicos o gratuitos a los que se puede acceder desde cualquier lugar del mundo previo cumplimiento de los requisitos técnicos.

La *Web 2.0* o el fenómeno *wiki* y donde quizás la más conocida sea *Wikipedia* es una manifestación de las alternativas emergentes en aras de un mayor acceso para todos sin detrimento de los derechos de autor.

La tecnología *wiki* permite que un gran número de usuarios creen contenidos sobre un mismo documento de manera global. (Serenó, 2010,p.52) Este ejemplo demuestra que ningún autor/creador crea de la nada, para ello todo creador necesita de lo que la historia del arte conoce como referencial teórica de la obra, combinando y recombinando materiales ya existentes y creando a partir de ellos.

Además de *Wikipedia*, existen otros proyectos como *Wikiviajes* (aquí los usuarios comparten guías de viaje interactiva que reúne las colaboraciones de viajeros de todo el mundo hacia los más diversos lugares), *Wikibooks* (donde están disponibles un conjunto de textos libres y que los autores comparten con los usuarios). Esto evoca a la filosofía que va ganando auge en internet que es la llamada cultura de compartir, convirtiendo el usuario en creador de contenidos a través de tecnologías de poca complejidad para la creación y edición de estas páginas webs.

El proceso técnico que facilita subir o adicionar contenidos a estas webs, es realizado mediante 2 protocolos básicamente: uno para solicitar leer contenido llamado de (GET) y otro para escribir textos llamado de (POST). Una vez enviados a la página del servidor y determinados los filtros, se sustituye el contenido en la base de datos.

Wiki está estructurado mediante varias páginas web interconectadas y un repositorio de información en el que resulta posible detectar tres niveles. El primero, por una página principal o, de entrada; el segundo por las herramientas de gestión de la wiki, mediante foros permitiendo la interacción entre los usuarios, al mismo tiempo permite cierto control sobre actos vandálicos o de spam; el tercero determinado por las entradas individuales y las herramientas que posibilitan la edición por parte de los usuarios.

Vale destacar que en las wikis no existe un editor en el sentido clásico, sino que este trabajo es realizado de manera participativa con la labor de los usuarios. El administrador del wiki además de proveer el software realiza una especie de filtro en cuanto a la administración de los contenidos, buscando páginas huérfanas, actualizaciones masivas, administra espacios de debate y control de las denuncias por parte de los usuarios.

“La internet ofrece una posibilidad increíble para muchos de participar en el proceso de construcción y cultivo de una cultura que tenga un alcance mayor que las fronteras locales. Ese proceso cambió al permitir la creación y cultivo de cultura en cualquier lugar, ese cambio amenaza las industrias de contenido establecidas”.(Lessing, 2009,p.23)

Uno de los principales desafíos que enfrenta hoy en fenómeno wiki, es su característica *sui generis* que acaba por no encuadrarse en el régimen de obras protegidas por el derecho de autor clásico. Los principales debates giran en torno a si este fenómeno se encajaría en la obra colectiva o de participación.

En la práctica esto prolifera como una especie de diccionario o enciclopedia tecnológica global, desde un enfoque participativo y abierto tanto al acceso como a la creación. De ahí que sus contenidos no estén cerrados ni sujetos a la exclusividad de su creador, siendo que este no ejerce el control sobre la obra que transforma o crea. Contribuyendo a reafirmar el acceso a la cultura para todos por encima del monopolio ejercido y perpetuado en los tratados internacionales en el ámbito del derecho de autor.

### **3.2.2 Dominio Público**

Otro elemento a tener en cuenta en el libre acceso a la cultura y el derecho de autor es el dominio público. Este término es generalmente definido para aquellas obras que no están protegidas por el derecho de autor o cuya protección ha caducado. Con el auge de internet este concepto ha ido ganando adeptos y ampliando su perspectiva incluyendo cualquier recurso cuya utilización esté libre de la exclusividad que envuelve la propiedad intelectual.

La historia del dominio público está dividida entre los doctrinadores que apuntan que es anterior al derecho de autor y los que defienden que es posterior al surgimiento de este derecho. Según (Ochoa, 2002) el dominio público existe desde tiempos inmemoriales, desde el momento en que los primeros humanos copiaron pinturas rupestres en las cuevas otros hicieron lo mismo, pasando por la tradición oral de canciones, historias, conocimientos técnicos y que alcanzaron su máximo esplendor con la llegada de la imprenta, que se vio limitada con el derecho de copia y de edición como vimos en el Capítulo II.

El carácter de “dominio público” de una determinada obra va a depender de una serie de factores que permitan acceder a utilizarla. Primero el acceso estará regulado o bien por el derecho de propiedad o bien por el contrato y control que ejerce el distribuidor o comercializador. Segundo es que la obra haya sido efectivamente publicada, pues si esta permanece en el anonimato el público no tendrá como acceder a ella, pues para que una obra entre en el dominio público está tendrá que haber sido publicada. Tercer factor es que la obra potencie el uso gratuito o a muy bajo precio para fomentar el acceso a contenido y el incremento del desarrollo intelectual del individuo.

El dominio público está estrechamente vinculado al derecho de autor y depende del componente territorial que define tales derechos. La CBe establece el principio de *lex loci protectionis* en su artículo n°5<sup>134</sup>, como elemento rector para reclamar derechos de autor. Esta realidad jurídica afecta considerablemente el dominio público, pues existen obras que forman parte del dominio público en un país y son protegidas por el derecho de autor en otro.

Para (Samuelson, 2005,p.103) existen ocho valores fundamentales del dominio público en relación con el derecho de autor y patentes<sup>135</sup>.

- Impulsar la creación de nuevos conocimientos o manifestaciones artísticas;
- Posibilitar la imitación competitiva;
- Posibilitar la continuidad de la innovación;
- Posibilitar un acceso barato a la información;

---

<sup>134</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo n°5.- Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio. (Ompi, 1886) Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/> Consultado 20 de agosto de 2017.

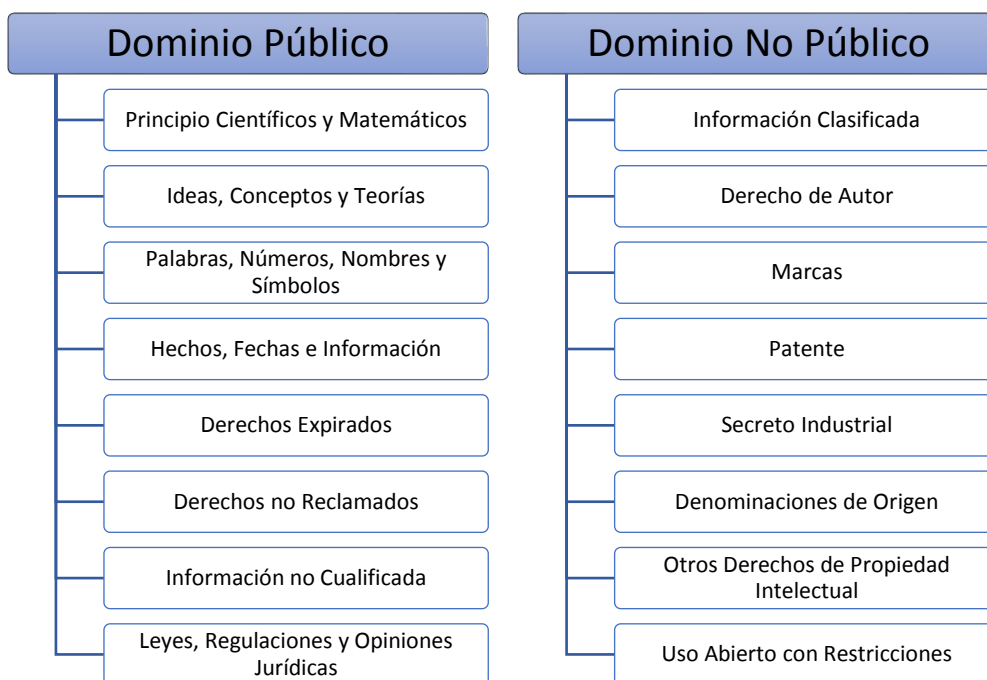
<sup>135</sup>A los efectos de este trabajo solo consideramos oportuno apuntar aquellos aspectos que se relacionan propiamente con el derecho de autor.

- Proporcionar acceso al patrimonio cultural;
- Fomentar la educación

Estos valores dan una especial importancia para la relación dominio público/derecho de autor, pues la libre utilización de estos elementos da la posibilidad de crear nuevas obras a partir de las ya preexistentes, propiciando la creación artística. Esto también posibilita el acceso a obras de alto aporte intelectual como son trabajos científicos y artísticos fomentando el acceso y uso de las obras sin otros fines que el propio consumo y desarrollo cultural.

(Samuelson, 2005,p.106) describe en un mapa conceptual figura n°1 sobre aquellos aspectos que están dentro del ámbito del dominio público y los que caen dentro de otras áreas de protección de la propiedad intelectual. Este mapa ayuda a ilustrar de manera más clara como es definido el dominio público.

*Ilustración 1 Mapa que define el dominio público*



*Fuente: (Samuelson, 2005)*

Es evidente que el área restringida al dominio público es mucho menor que aquella destinada a proteger la propiedad intelectual. Al respecto de ello la legislación internacional contribuye a minimizar esta área en pro de garantizar el monopolio del derecho de autor y la propiedad intelectual como un todo, lo que tiene un impacto significativo en la digitalización.

Las informaciones digitalizadas provocaron un impacto positivo en favor del progreso del dominio público. En media los datos científicos son recopilados y están disponibles en la internet, luego pueden ser compartidos y procesados de manera más rápida y eficiente, sin que permanezcan en una vieja biblioteca o un lugar alejado y recóndito.

Las redes globales de datos propicia que informaciones como legislaciones, jurisprudencia, datos demográficos y artículos científicos estén accesibles desde cualquier lugar del mundo. Desde esta idea el dominio público sólo fue ampliado con la llegada de internet, pero esto está lejos de la realidad que impera en la red. El control que ejercen hoy las empresas del mundo en línea dificulta lo que debería ser libre acceso para todos.

A modo de ilustración podemos citar el caso de la base de datos, *Lexis Nexis* donde a través del pago de una licencia de uso son accesibles millones de contenidos que normalmente están disponibles de manera gratuita, tales como: opiniones judiciales, sentencias, leyes, artículos académicos, periodísticos, entre otros. Estas licencias ejercidas por el consorcio de las bases de datos provocan una privatización de contenidos que pertenecen al dominio público. La justificación al respecto es el alto costo de realizar bases de datos de recopilación de informaciones y el mantenimiento de las mismas, estando en manos de empresas privadas que controlan su uso y disposición al público.

Para entender un poco como funciona esta dinámica colocaremos un ejemplo clásico. La obra literaria *Alicia en el país de las maravillas* escrita por *Lewis Carroll* e ilustrada por *John Tenniel*, fue publicada por primera vez en 1865 y ya se encuentra en el dominio público. Ahora el filme realizado por la compañía americana *Walt Disney* que es una adaptación del libro aún está protegido por los derechos de autor. Además, la obra fue registrada como marca, lo cual impedirá que, aunque entre en dominio público sea utilizada de manera gratuita por cualquier persona natural o jurídica.

Esto evidencia las implicaciones de la excesiva protección de la propiedad intelectual frente al libre acceso para todo y la necesidad de prohibir la privatización de obras que emanan del dominio público, pues en definitiva son derivadas de una obra perteneciente al dominio público.

Esta realidad jurídica gana mayor complejidad en el ámbito de internet. ¿Cómo puede fomentarse el libre acceso y uso del dominio público frente al monopolio del derecho de autor? ¿Cómo puede asegurarse el libre acceso a una obra en el ambiente virtual?



La línea que divide el dominio público del derecho de autor está marcada por la dicotomía idea/expresión. Según el derecho de autor solo la materialización de las ideas creativas puede recibir protección, mientras que las ideas o la información pueden ser usadas con total libertad. Ideas, información, conceptos, estilos, asuntos, método, son por naturaleza materiales sin protección. En este sentido el sistema internacional de la propiedad intelectual debería ampliar aquellos tópicos que no son susceptibles de protección para facilitar el acceso a la cultura y la creación de los autores/usuarios.

Las excepciones al derecho de autor también poseen puntos de contactos con el dominio público: ambos pretender mejorar el acceso de la sociedad a las expresiones culturales y creativas, sobreponiendo el interés colectivo sobre la exclusividad del creador. Desde la concepción jurídica el dominio público es ausencia de exclusividad, cuestión que podría aplicarse a un grupo mayor de excepciones.

La OMPI en un estudio sobre el dominio público efectuado en 2014 estableció una clasificación de los aspectos que lo componen partiendo del objeto de protección:

El primer elemento se debate entre la idea/expresión o el llamado dominio público. Según este principio solo las expresiones creativas pueden recibir protección, mientras que las ideas o la información puede ser utilizadas libremente. Cualquiera obra de arte es resultado de la materialización de ideas, principios, métodos por lo que la definición y creación de una obra literaria o artística es anterior a cualquier derecho de autor y emana de ideas, hechos, expresiones que forman parte del dominio público ontológico. Estos límites entre derecho de autor y dominio público provocan que sean establecidos determinados criterios en cuanto a la protección ya que la materialización de una idea es protegida por el derecho de autor, pero la idea en sí misma no.

Al respecto de esta dicotomía idea/expresión la CBe de 1886 y sus posteriores modificaciones no aborda de manera explícita esta interpretación. Sólo en el TDA de 1996 en su artículo n°2.- se hace referencia de manera expresa que las ideas no son protegidas por el derecho de autor.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Tratado sobre Derecho de autor en el contexto digital (TDA) de 20 de diciembre de 1996. Artículo n°2- La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. (Ompi, 1996a) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295158](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158) Consultado el 3 de junio de 2017.

Esta interpretación ha sido llevada a los ordenamientos interno como es el caso de Brasil donde tampoco se reconocen protegidas por el derecho de autor las ideas<sup>137</sup>.

El segundo elemento está determinado por la originalidad. Al respecto de esta polémica definición vale destacar que la CBe no deja claro que caracteriza o cuales son los criterios son esenciales para que una obra sea considerada original, lo que pasa a ser regulado por la normativa interna de cada uno de los países. Este criterio sufre interpretaciones diversas de un sistema a otro: para el *civil law* la originalidad está vinculada a la creación y a la personalidad que el autor imprime en la obra. Mientras que para el *common law*, se exige que la obra no haya sido copiada de otro autor y que sea producto del manifiesto de una actividad intelectual. Este elemento constituye una amenaza para el derecho de autor, pues deja pocas obras que no están protegidas por este sistema, limitando así tanto el acceso como la creatividad de los usuarios de la red.

Desde el derecho existen varias teorías que se proponen explicar la originalidad del autor. La doctrina francesa desarrolló el concepto en un sentido subjetivo más elevado, la italiana agrega que la obra debe tener (impronta personal) y novedad, (debe ser diferente a otra); Alemania da una individualidad objetiva pues implica el reconocimiento de elección de una opción creativa, entre varias por parte del autor. Todas ellas convergen en la misma limitante o deficiencia notable: la posición del ser humano como centro de la sociedad y como partícipe y creador-receptor; como protagonista individual y colectivo de las vivencias generadas por las artes.

El derecho de autor ha quedado anclado en la protección de arte-mercancía y la llegada de Internet vino a consolidar tales prácticas. Es difícil para el derecho determinar la originalidad con exactitud, pues esta decisión queda en manos de los tribunales que poseen interpretaciones diferentes al respecto.

---

<sup>137</sup>(Traducción Libre). Ley nº9610 de 19 de febrero de 1998. Artículo nº8.- No son objeto de protección por el derecho de autor del que trata esta ley: I- las ideas, procedimientos normativos, sistemas, métodos, proyectos o conceptos matemáticos como tal;

II- los esquemas, planos o reglas para realizar actos mentales, juegos, negocios;

III- los formularios en blanco para ser llenados por cualquier tipo de información, científica o no y sus instrucciones;

IV- los textos de tratados o convenciones, leyes, decretos, reglamentos, decisiones judiciales y demás actos oficiales;

V- las informaciones de uso común tales como calendarios, agendas, registros u leyendas;

VI- nombres y títulos aislados;

VII el aprovechamiento industrial o comercial de las ideas que contienen las obras. (Brasil, 19 de febrero de 1998)

Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) Consultado 17 de junio de 217

El tercer elemento es la fijación, este es otro problema que limita la apertura del dominio público, pues muchas legislaciones nacionales exigen que para que una obra sea protegida por el derecho de autor debe ser materializada en un soporte. Tal es el caso de Malasia, Kenia y E.U.A, según refiere estudios de la OMPI al respecto.

La temporalidad es el elemento de mayor impacto en el dominio público pues si bien en el CBe se establecen 50 años después de la muerte del autor artículo nº7<sup>138</sup>, algunas legislaciones internas van a dar una mayor amplitud a este mínimo establecido como es el caso de Brasil (70 años después de la muerte del autor)<sup>139</sup> y E.U.A(100 años después de la muerte del autor)<sup>140</sup>. También prolifera que determinadas manifestaciones adquieren un período mayor o menor de protección como es el caso de la legislación de Brasil donde las publicaciones periódicas poseen

---

<sup>138</sup>Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada el 28 de septiembre de 1979.

1) La protección concedida por el presente convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

2) Sin embargo, para las obras cinematográficas, los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que, si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años.

3) Para las obras anónimas o seudónimas, el plazo de protección concedido por el presente Convenio expirará cincuenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público. Sin embargo, cuando el seudónimo adoptado por el autor no deje dudas sobre su identidad, el plazo de protección será el previsto en el párrafo 1). Si el autor de una obra anónima o seudónima revela su identidad durante el expresado período, el plazo de protección aplicable será el previsto en el párrafo 1). Los países de la Unión no están obligados a proteger las obras anónimas o seudónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace cincuenta años.

4) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras.

5) El período de protección posterior a la muerte del autor y los plazos previstos en los párrafos 2), 3) y 4) anteriores comenzarán a correr desde la muerte o del hecho previsto en aquellos párrafos, pero la duración de tales plazos se calculará a partir del primero de enero del año que siga a la muerte o al referido hecho.

6) Los países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos que los previstos en los párrafos precedentes.

7) Los países de la Unión vinculados por el Acta de Roma del presente Convenio y que conceden en su legislación nacional en vigor en el momento de suscribir la presente Acta plazos de duración menos extensos que los previstos en los párrafos precedentes, podrán mantenerlos al adherirse a la presente Acta o al ratificarla.

8) En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.

Artículo nº7.-bis. [Vigencia de la protección de obras realizadas en colaboración] Las disposiciones del artículo anterior son también aplicables cuando el derecho de autor pertenece en común a los colaboradores de una obra, si bien el periodo consecutivo a la muerte del autor se calculará a partir de la muerte del último superviviente de los colaboradores. (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295158](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158) Consultado: 1 de junio de 2017.

<sup>139</sup> (Traducción Libre). Ley nº9610 de 19 de febrero de 1998. Artículo nº41. Los derechos patrimoniales del autor perduran setenta años contados a partir del 1 de enero del año subsiguiente a su fallecimiento obedeciendo a la orden sucesoria de la ley civil. Párrafo único: Se aplica a las obras póstumas el plazo de protección a que alude este artículo. (Brasil, 19 de febrero de 1998) Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) Consultado 17 de junio de 2017

<sup>140</sup> (Eua, 1998b)

una protección que puede ir de 1 año hasta 2 años después de su publicación, según dispone el artículo nº10 de la ley de derecho de autor<sup>141</sup>.

Esto limita la existencia del dominio público, pues depende en gran medida de la expiración del plazo previsto por el derecho de autor. De ahí que sea una oposición constante en la prorrogación de los plazos pues ello reduce cada vez más el ámbito de alcance del dominio público. Esto induce una incerteza jurídica a largo plazo, pues no se sabe en qué momento exacto las obras protegidas actualmente pasaran a formar parte del dominio público.

La era Post-OMC trajo como resultado la creación de un régimen reduccionista y altamente enfocado al mercado, lo que viene indudablemente a limitar el espacio de dominio público, los derechos de los usuarios al acceso a la cultura como un derecho fundamental y la consolidación del monopolio del autor respecto a su obra.

“El concepto de dominio público ha sido elaborado bajo una perspectiva de exclusión minimalista en relación a los derechos de propiedad intelectual. De acuerdo con la doctrina, el dominio público responde a un espacio delimitado por todo aquello que no puede ser protegido o que no puede ser objeto de protección por el sistema de propiedad intelectual”(Bertini, 2013,p.246).

La realidad fáctica que vive el mundo de internet hoy, necesita de una ampliación y regulación del tema del dominio público, pues ello resulta de vital importancia en la materialización del derecho de acceso a la cultura y los límites del derecho de autor, ya que esto ampliaría las creaciones artísticas en todos los ámbitos de la vida social de cualquier individuo, sin necesidad de la presencia marcada de las industrias creativas. Si bien existen obras que escapan a la protección del monopolio del derecho de autor, estas caen dentro de otros esquemas de protección como contractuales o técnicos.

Un ejemplo que ilustra lo anterior es la comercialización a través de sitios como [www.amazon.com](http://www.amazon.com) ,[www.ebay.com](http://www.ebay.com) de obras que están en el ámbito del dominio público y a las que los usuarios tienen derecho a acceder de manera gratuita.

---

<sup>141</sup>Traducción Libre). Ley nº9610 de 19 de febrero de 1998. Artículo nº10.- La protección a la obra intelectual abarca su título, si es original e inconfundible como la obra del mismo género divulgada anteriormente por otro autor. Párrafo único: El título de publicaciones periódicas, inclusive periódicos es protegido hasta un año después de la salida de su último número, salvo se son anuales, caso en que ese plazo se elevará para dos años. (Brasil, 19 de febrero de 1998) Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) Consultado 17 de junio de 217

“Uma economia, de mercado significa um sistema auto-regulável de mercados, em termos ligeiramente mais técnicos, é uma economia dirigida pelos preços do mercado e nada além dos preços do mercado.”<sup>142</sup>(Polanyi, 2013)

De ahí que la gratuidad del consumidor en internet sea pensada básicamente en tres modelos interconectados, mercado-cooperativismo-público, adoptando diferentes formas en relación al acceso de estos bienes en la red. Estudios realizados en Francia, por ejemplo, en 2015, demuestran que la gratuidad que ofrecen los Gigantes de Internet, es una gratuidad ficticia y muy relativa, pues el costo es pasado a las operadoras de telecomunicaciones. Esta gratuidad aparente afecta el acceso a la cultura y con ello el equilibrio entre derecho de autor y consumo cultural en internet.

En general, los académicos suelen sugerir que los países en desarrollo necesitan un gran dominio público al cual pueda recurrir la gente, dado que estos países, al menos por el momento, carecen del poder creativo en su industria cultural y sus sistemas de educación. Además, si el umbral de originalidad es bajo, es posible que no se proteja un conjunto específico de bienes culturales. (Otieno-Odek, 1995,p.25)

### **3.2.3 Copyleft, Software libre y creative commons**

El movimiento a favor de la libertad en internet tiene su origen en la teoría de los profesores *Lawrence Lessig*, *James Boyle* y *Richard Stallman*, cuyos trabajos vienen a reproducirse a través de la Fundación del *Software Libre*; basado en la idea de acceso abierto para todos como una idea que difunde y facilita el progreso científico y cultural.

Como alternativa emergente ante el monopolio del derecho de autor el movimiento del *software*<sup>143</sup> libre, nacido en la década de 1980 contrarresta el sistema protector de los programas informáticos. Esta corriente en sus inicios se llamó “código abierto” para evocar el desprendimiento de licencias, suministrando el código fuente del programa, con el objetivo de ofrecer a los usuarios de cualquier lugar del mundo la posibilidad de modificar, mejorar y/o adaptar el programa. Esta esencia fue diseminada hacia el acceso abierto y el llamado *copyleft*.

---

<sup>142</sup>(Traducción Libre). Una economía de mercado, significa un sistema de mercados autorregulables, en términos ligeramente más técnicos, es una economía dirigida por los precios del mercado y nada más allá de los precios del mercado. En otras palabras, Polanyi defiende la idea que el mercado es autorregulable y que su funcionamiento depende en gran medida de su libertad.

<sup>143</sup>Este concepto es definido para la lengua española como programa computacional.

La llegada del *software* libre coloca en el panorama jurídico internacional la necesidad de pensar una forma viable que equilibre el acceso y disfrute de las tecnologías como derecho fundamental, sin limitaciones tecnológicas que propicien y consoliden el monopolio de las industrias de la informática y la internet.

El *copyleft* enmarcado dentro de este movimiento de la cultura libre, emana de un juego de palabras basado en el copyright o derecho de autor sustituyendo el *right* (derecha) por el *left* (izquierda), aludiendo a la lucha contra las corrientes conservadoras y proteccionistas defensoras de la idea por un derecho de autor propietario. También evoca a *right* como un derecho y a *left* como el participio del verbo *to leave* (abandonar, renunciar), contextualizado en el derecho de propiedad del derecho de autor.

En el ámbito de la programación computacional el *copyleft* define antes que nada un concepto jurídico donde todo programa licenciado por el *software libre*, en teoría garantiza que su utilización, consumo y disfrute sea de manera libre y abierta. Esto ha posibilitado que los autores/creadores decidan con total libertad que tipo de modelo de distribución y explotación quieren para sus obras; abogando una propagación no comercial.

Estas nuevas corrientes amenazan uno de los sectores económicos más lucrativos de la era de la información como son: la industria del software y las industrias creativas. Acabando con su control y monopolio, ejercido durante siglos por las leyes de propiedad intelectual a escala internacional y nacional.

Al respecto del *software* libre (Stallman, 2004,p.67) definió las cuatro libertades fundamentales que caracterizan esta nueva manera de entender la creación en función de la protección: Libertad cero: poder usar el programa sin restricciones; Libertad uno: poder estudiarlo y adaptarlo a necesidades particulares; Libertad dos: poder redistribuirlo; Libertad tres: poder mejorarlo y publicar las mejoras.

Estas libertades parten del supuesto que sea suministrado el código fuente, pues a partir de ahí es que pueden ser realizadas las alteraciones y modificaciones, al programa; lo que posibilita el libre acceso a todos colocando el progreso y el beneficio social más allá de los dividendos económicos.

(Sara Boettiger, 2004,p.17) destaca que: esta filosofía ha llegado a tener progreso hasta en áreas tan diversas como patentes y biotecnologías, abogando por la libre producción colectiva en resultados de investigación a gran escala.

Entre los beneficios del *copyleft* está la reproducción, distribución, comunicación y modificación de la obra, preponderando el beneficio de cualquier usuario sobre la protección exclusiva del derecho de autor. Libertad de explotar el programa por cualquier usuario ya sea con fines comerciales, el derecho de acceso al código fuente; libertad de redistribuir copias de los programas; libertad de introducir mejoras al programa y publicarlas.

Hoy industrias como las del *software* reciben cifras millonarias procedentes del trabajo intelectual humano, que está protegido en el ámbito del derecho de autor y limitan el consumo de este de manera libre a escala mundial. Esto contradice la idea inicial del derecho de autor donde la protección era entendida como el incentivo a la creación para propiciar así el disfrute intelectual y cultural de todos.

Gran parte de la comunicación humana hoy está privatizada con predominio de una propiedad absoluta, exclusiva y monopolista. La realidad del ciberespacio provoca la posibilidad de modificar una obra, adaptarla y rediseñarla, siendo esto contradictorio con la propuesta imperante del derecho de autor.

Pocos conglomerados culturales poseen partes substanciales de nuestras expresiones culturales, la industria cultural no está preocupada con establecer un equilibrio de intereses públicos y privados, perdiéndose el objetivo inicial del sistema de propiedad intelectual. Los derechos de autor están tornándose cada vez más hacia una protección enmascarada de inversión cuya justificación es la creatividad que se ve limitada por la regulación.

La centralidad que sufre el acceso a la cultura hoy, ha provocado la existencia de modelos alternativos como el *creative commons*, surgiendo como experimentación a los parámetros institucionales de las diferentes legislaciones nacionales sobre derecho de autor. Esta adaptación se realiza de forma previa para evitar contradicciones. En resumen, estas licencias están hechas para creadores flexibles que utilizan sus obras y que no quieren que el acceso a estas este restringido, prefieren que la gente haga cosas con sus trabajos, que lo copien, compartan, realicen proyectos y que minimicen la regulación excesiva del *copyright*.

E.U.A el país de las génesis del *creative commons* tuvo una entrada tardía en la CBe, 100 años después de la mayoría de los Estados miembros. Con la entrada en CBe este país estableció como período de protección 50 años después de la muerte del autor.

Asumir este criterio de protección trajo consigo conflictos entre los autores americanos y europeos, ya que en la Directiva nº93/98/CE de 29 de octubre de 1993 se dispuso que la protección del derecho de autor en el bloque sería de 70 años después de la muerte del autor, lo que tuvo como consecuencias que las obras americanas entraran en dominio público en la UE antes que las europeas en E.U.A

Esta disyuntiva provocó que en 1998 el congreso americano modificara el período de protección para 70 años siendo equiparado al derecho europeo. Al respecto de esto el profesor Lessig llevó el caso a la Suprema Corte alegando que esta ampliación contradecía el artículo nºI, Sección nº8 de la Constitución de los E.U.A de 1787 “el principio constitucional de promover el progreso científico y de las artes útiles, concediendo a los autores e inventores durante un tiempo limitado el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos<sup>144</sup>” y que por tanto era inconstitucional a lo que la corte respondió de manera negativa y ratificó la constitucionalidad de la enmienda.

Tras esta decisión que conllevó a la reducción del área del dominio público fue creado el proyecto *creative commons*, cuyo objetivo esencial es el autor y sus aportes, proponiendo asegurar un fondo común de obras al que todo el mundo pueda acceder y del que pueda disfrutar gratuitamente.

Esta idea facilitó la publicación de obras en internet autorizando su uso y acceso al público. Coincidiendo (Xalabarder, 2006,p.15) básicamente el *creative commons* funciona a través de tres niveles de licencias o permisos:

*Commons Deed*: un primer nivel de lecturas “humanas” iconográfico (para facilitar su identificación) y bastante atractivo, que describe los usos autorizados por el autor. Este nivel es el más visible y el que caracteriza estas licencias.

*Legal Code*: un segundo nivel de lectura “jurídica”, que no deja de ser humana (es la licencia que redactaría un abogado o profesional de la propiedad intelectual).

---

<sup>144</sup>Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787. Artículo nºI Sección nº8.- El Congreso tendrá facultad: Para establecer y readecuar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.nº8.- Para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimiento. (Eua, 1776) Disponible en: [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution\\_spanish.pdf](https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf) Consultado 30 de junio de 2017.



*Digital Code*: un tercer nivel de lectura “tecnológica”, sólo comprensible para las máquinas (los programas) y, muy especialmente, para los motores de búsqueda que pueden identificar las obras licenciadas bajo una licencia de creative commons.

Una alternativa ofrecida por la doctrina internacional, son las llamadas licencias de *creative commons*. Este tipo de licencia no arremete de forma directa contra el sistema internacional del derecho de autor, sino que ofrece una solución paliativa ante la disponibilidad de cualquier obra en el ambiente virtual, dejando en manos del creador aquellos permisos que serán otorgados para el uso y disfrute de una determinada obra.

“La tecnología que preservó el equilibrio de nuestra historia- entre uso de nuestras culturas que eran libres y el uso de nuestra cultura que exigían permiso, fue deshecha. La consecuencia es que cada vez más sustituimos una cultura libre por una cultura de permisos”(Lessig, 2004<sup>a</sup>,p.190).

Aunque el proyecto original pertenece al americano Lessig, rápidamente tuvo carácter global. Brasil fue el tercer país en integrarse a la iniciativa, después de Finlandia y Japón. El mismo es coordinado a través de la Fundación Getulio Vargas, de Rio de Janeiro.

Cuando dialogamos con los conceptos establecidos por el sistema de *creative commons* y el derecho de autor en Brasil, encontramos que según la Ley n°9.610 de 1998 (Brasil, 19 de febrero de 1998; União, 1998), existe una contraposición conceptual debido a que la primera concede autorización tanto a personas naturales como jurídicas, mientras que el referido cuerpo legal que emana de la doctrina francesa, aboga por el reconocimiento solo de la persona natural como verdadero autor<sup>145</sup>, siendo reservado a las personas jurídicas la titularidad derivada, lo que posibilita la explotación patrimonial de las obras que utilizan.

La redacción de las normas de *creative commons* sigue la lógica de las normas del sistema americano de *copyright*, desconociendo completamente conceptos propios del sistema *droit d’auteur* que distingue también los derechos conexos, que están involucrados en la ejecución de una obra de arte.

*A tecnologia permite o uso da criatividade para encontrar pessoas. Mas a lei não deixa você conhecer o trabalho dos outros e produzir a partir dele. Por isso decidimos remover barreiras que impedem a criação e a mistura de culturas. Muitos ignoram os limites, mas nós construímos uma tecnologia que possibilita aos artistas a liberação de suas obras para*

---

<sup>145</sup> Ley n°9.610 de 1998. Artículo n°11.- Autor es la personas física creadora de obra literaria, artística o científica. (Brasil, 19 de febrero de 1998) Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm). Consultado el:1 de marzo de 2017.

El control ejercido en el derecho de autor y que se contrapone con las dificultades que genera el medio digital, provoca que los seguidores de esta corriente busquen transformar la circulación de las obras en meros contenidos virtuales, flexibilizando los conceptos colocados por el sistema internacional del derecho de autor imperante.

La política del *creative commons* parte de una situación real, la utilización de las obras digitales por terceros, implicando una serie de autorizaciones que van desde el reconocimiento de la obra, el uso para crear obras derivadas, el uso no comercial, la posibilidad de compartir entre otros. Todos los permisos son otorgados por el autor y aparecen con varios símbolos perfectamente identificables en la obra (Ver Anexo I).

De cierta forma el *creative commons* viene a establecer un diálogo entre las nuevas tecnologías y el derecho de autor. Sus principales beneficios a destacar son: es un contrato entre el titular del derecho de autor y el utilizador de la obra; crea patrones que posibilitan identificar los permisos, así como las restricciones otorgadas; ofrece un equilibrio entre acceso a la cultura y protección para el autor; posee un carácter universal ya que son válidas de forma automática en cada uno de los países que están dentro del *creative commons*; incentiva la creación intelectual; además de ser un intento de armonización de abajo para arriba ya que su propuesta no exige la modificación del sistema imperante ni de la legislación estatal existente.

Al respecto de las licencias *creative commons* existen varios casos que han ido a parar a tribunales en E.U.A, Australia, Inglaterra y Holanda. En la mayoría de ellos el tribunal ha entendido que la licencia no contradice los principios del derecho de autor y que por tanto deben ser respetadas las autorizaciones concedidas por el autor a través de ellas.

Un ejemplo de cómo la jurisprudencia interpreta la existencia del es el caso de la banda belga *Lichôdmapwa* que lanzo en 2004 una canción llamada “Abatchouck”, protegiéndola bajo la licencia *creative commons* CC-BY-NC-ND 2.0 Bélgica. Varios años después uno de los

---

<sup>146</sup> (Traducción Libre) La tecnología permite el uso de la creatividad para encontrar personas, pero la ley no deja a usted conocer el trabajo de los autores y producir parte de ello. Por eso decidimos remover barreras que impiden la creación y la mezcla de culturas. Muchos ignoran los límites, pero nosotros construimos una tecnología que posibilita a los artistas la liberación de sus obras para el mundo. La intención del *creative commons* es la globalización de los trabajos artísticos.

miembros de la banda escuchó la música siendo utilizada por el anuncio de una compañía de teatro. El caso fue a parar en la justicia belga a lo que el juez entendió que el hecho de que la obra fuera protegida por la licencia de *creative commons* no era justificación para violar los derechos de autor y que debían ser respetados los permisos otorgados por este tipo de licencia<sup>147</sup>.

Entre las limitaciones del *creative commons*, se destacan que no dispone de la forma en que los artistas van a recibir la remuneración y como esta les permitirá vivir de su trabajo, solo se trata de compartir, pues en esta idea la figura del editor, o la empresa discográfica, desaparecen, lo que resulta complejo para el autor en cuestiones de remuneración.

Otro de los aspectos criticables es relacionado al elemento patrimonial del cual el autor prescinde. No están incluidas las cuestiones relacionadas a la propiedad de las expresiones culturales y el conocimiento, no logra encontrar una respuesta urgente a los problemas del derecho de autor fuera del paradigma existente de la propiedad.

A nivel conceptual el *creative commons* sufre ciertas incoherencias conceptuales, por un lado, propone fomentar el uso libre y gratuito de las obras, pero para ello se auxilia de las licencias, un mecanismo que pertenece al ámbito de la propiedad. Otro el elemento polémico es que las licencias otorgadas o creadas en una determinada obra acostumbran al autor, al usuario, público o consumidor a destacar la patrimonialización de las creaciones intelectuales perpetuando así lo que pretende combatir el sistema de *copyright*.

Además, también puede ser entendido que la ausencia del sello de CC (*creative commons*) indica que la obra carece de protección, cuando en realidad el CC busca lo contrario salir del monopolio del derecho de autor. Otra crítica ampliamente colocada por la doctrina es que este sistema no va contra el monopolio de derecho de autor y que utiliza las herramientas de este para ubicar en el dominio público obras de creadores que abogan por una libertad de la cultura.

### **3.2.4 Peer to Peer, Punto a Punto o Dos pares**

Hoy el medio más común en que los usuarios compartan contenidos protegidos por el derecho de autor a través de la red *peer-to-peer*(P2P). La función de esta red es intercambiar archivos como músicas, videos, libros; facilitando su uso para los usuarios. Este concepto proviene del inglés y refiere a un sistema de transmisión de datos en red, utilizando el esquema cliente/

---

<sup>147</sup> (09-1684-A (Lichôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa), 2010) Disponible en: [https://e-justice.europa.eu/content\\_judicial\\_systems\\_in\\_member\\_states-16-be-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-be-pt.do?member=1)

servidor a través de internet, donde todas las máquinas son cliente y servidor al mismo tiempo.(Fernández, 2004).

El *BitTorrent*<sup>148</sup> nace como una alternativa ante el intercambio de archivos pesados entre servidores, aquí los usuarios se unen para compartir y descargar informaciones, lo que facilita que varios servidores conectados realicen la descarga de manera más rápida y unánime.

El *Bit Torrent*, a pesar de ser los propios usuarios quienes comparten los archivos, es necesario acudir a un servidor central *tracker*, que es el que permite la conexión entre los usuarios y se encarga de localizar los ficheros. Los archivos son almacenados y compartidos directamente entre los usuarios, el programa cliente no permite la búsqueda de archivos compartidos, se necesita un servidor que permita su localización.

Sitios como *thepiratebay* poseen este tipo de tecnología para disponibilizar videos de gran peso y que muchas veces están sólo disponibles a través del pago de tecnología o plataformas *streaming*. El archivo distribuido se divide en partes pequeñas que son bajadas por varios servidores al mismo tiempo y diseminadas por la red. El contenido es criptografiado por lo que resulta difícil localizar aquellos usuarios que utilizan estas plataformas para acceder a informaciones en su mayoría protegidas por el derecho de autor.

La digitalización y la facilidad con que son consultados o bajados los diferentes archivos en internet ha generado enormes problemas para el legislador en relación con la definición de piratería. La existencia de copias exactamente idénticas en cuanto a la calidad solo es posible hoy debido al desarrollo tecnológico de los diferentes equipos que están en manos de los usuarios. La sofisticación del mundo virtual traspasa los orígenes de las máquinas de *Xerox*, e impide establecer un control global de cuantas copias son realizadas y cuantos derechos de autor están siendo vulnerados a cada segundo en la red.

El uso del P2P ha provocado disputas judiciales en la rama civil y penal encabezadas por las industrias creativas, ya que estas empresas afirman que el intercambio de contenidos por esta vía es ilegal y afecta sus economías. Mientras tanto los defensores de esta corriente, aseveran que su uso no constituye violación al sistema de propiedad intelectual pues tanto en el sistema anglosajón con el *fair use* como en el germano-latino con el uso de la copia privada, estas

---

<sup>148</sup> El BitTorrent es un término utilizado para definir un protocolo diseñado para el intercambio de archivos punto a punto o *peer to peer* en internet, siendo uno de los protocolos más populares para el intercambio de archivos grandes. Diseñado por Bram Cohen, este protocolo busca intercambiar archivos que de otra manera estarían en el monopolio de la propiedad intelectual. (Durán, 2013a)

conductas son susceptibles de encuadrarse en las excepciones y limitaciones de los derechos de propiedad intelectual.

Esta red constituye un ejemplo fehaciente desde el punto de vista de los derechos culturales, abogando por el esparcimiento del conocimiento intelectual para todos, pero debido al excesivo monopolio ejercido por el sistema internacional del derecho de autor, el uso de estas tecnologías también refuerza el desequilibrio entre acceso y protección.

La disponibilidad de contenido gratuito a través del P2P, provoca la necesidad de pensar el sistema clásico de propiedad intelectual imperante y su eficacia ante el desarrollo tecnológico alcanzado en internet. A pesar del alto valor agregado que ha tenido la red P2P en la difusión de la cultura, ha enfrentado varios procesos judiciales por vulnerar los derechos de autor. Entre los casos más relevantes destacan: *Napster*, *Grokster Ltda. (Morpheus)*, *Audiogalaxy*, *Kazaa*, *PirateBay*, todos ellos encabezados por las industrias creativas como promotoras de la acción judicial.

El P2P propició el desarrollo de tecnologías de búsqueda y enlace de contenidos en internet, generando intermediarios de enlaces que se encargan de organizar sistemáticamente *megasites* de descargas P2P, obteniendo lucros de las publicidades que manejan por el alto número de usuarios que ingresan a sus dominios.

Entre las principales desventajas del P2P podemos apuntar: que es necesario subir al menos un archivo a la red para efectuar una descarga; la conexión de dos o más computadoras diferentes pueden provocar una respuesta inmediata o no recibir respuesta debido a que no es posible saber si son máquinas semejantes o iguales; los recursos pueden aparecer y desaparecer con la misma velocidad con que el usuario se conecta o se desconecta; muchos de los programas utilizados son resultados de violaciones de derecho de autor.

A modo de resumen, la disponibilidad de archivos en la red vía P2P y *BitTorrent*, poseen una facilidad tecnológica en función de abrir la puerta al acceso de la cultura en el ambiente virtual. Para la utilización de este sistema la obra tiene que estar ya divulgada por algún medio electrónico, es realizada por una persona física, su uso es privado, el acceso no siempre es legal, la copia adquirida no es para una utilización colectiva y no posee fines lucrativos.

### 3.2.5 *Streaming* y consumo cultural en línea

La palabra *streaming* proviene del inglés que en su traducción literal quiere decir corriente, flujo. Esta tecnología permite la transmisión de informaciones y datos, utilizando las redes de computadores de modo continuo, a través de un mecanismo que se caracteriza por el envío de paquetes de datos, sin la necesidad del usuario realizar descarga de los archivos que serán ejecutados o visualizados.

*Streaming é uma técnica que permite a transmissão de informação multimídia através de uma rede de computadores concomitantemente com o consumo desta informação multimídia por parte do usuário. Em outras palavras, enquanto o usuário assiste a um vídeo, as próximas cenas estão sendo transmitidas. Deste modo, o usuário começa a assistir a um vídeo sem antes ter que baixá-lo integralmente. Aplicações de streaming de vídeo possibilitam a transmissão de vídeo ao vivo e também de vídeos maiores sem que o usuário tenha que armazená-los ou esperar muito tempo para começar a assisti-los.*<sup>149</sup>(Clemente, 2015.p.12)

El *streaming* es un género que se subdivide en varias especies, dentro de las cuales encontramos el *simulcasting* y el *webcasting*. En la primera hay una transmisión simultánea de determinados contenidos por medio de canales de comunicación diferentes; mientras que en la segunda el contenido es ofrecido por el proveedor y transmitido por la internet, existiendo la posibilidad o no de intervención del usuario en la orden de ejecución.

Esta tecnología también provocó el desarrollo de *streaming digital*, en sitios como *Netflix*, *Spotify*, *Itune*, *Deezer*, *eMusic*, entre otro. Estos modelos buscan contornar el sistema legal del derecho de autor mediante esta tecnología, realizando acceso al consumo de obras protegidas a través de plataformas en línea. Estas nuevas ideas se proyectan como los verdugos del sistema de acceso ilegal.

Este servicio funciona como la mayoría de las plataformas en línea mediante de un contrato de adhesión entre el usuario y el proveedor de contenido, y cuyos deberes y derechos deben ser aceptados de manera unánime sin que puede mediar o existir una negociación contractual como sucedería en el espacio físico.

---

<sup>149</sup> (Traducción Libre) *Streaming* es una técnica que permite la transmisión de información multimedia a través de una red de computadores concomitantes con el consumo de esta información multimedia por parte del usuario. En otras palabras, en cuanto el usuario asiste un video, las próximas escenas están siendo transmitidas de esta manera el usuario comienza a asistir a un video sin antes tener que bajarlo integralmente. Las aplicaciones de *streaming* posibilitan la transmisión de video al vivo y también de videos mayores sin que el usuario tenga que almacenarlos o esperar mucho tiempo para comenzar a verlos.

Otro de los elementos que remiten a pensar si este servicio contribuye verdaderamente al acceso pago a programas o contenidos culturales es la diversidad que puede ser encontrada en los mismo. El servicio *Netflix* disponible para Brasil, por ejemplo, no posee una información clara a los futuros usuarios o a los usuarios sobre qué por ciento del contenido que existe en la plataforma pertenece a la producción nacional, lo que evidencia una penetración cultural solapada y que contribuye a la estandarización del consumo de cultura en internet.

*Netflix* establece la posibilidad que sean reclamados derechos de autor violados en su plataforma a través de un comunicado en su sistema realizado por parte de los usuarios. En cierta medida esta alternativa constituye un problema jurídico transnacional pues el derecho de autor actúa bajo el principio de *lex loci protectionis* y este servicio esta domiciliado en E.U.A, razón que provoca la ineficacia de una solución efectiva, pues la jurisprudencia americana por regla general en materia de derecho de autor y cuestiones de internet no reconoce a tribunales extranjeros como competentes para resolver este tipo de litigios.

Vale destacar que estas plataformas son soluciones a medias, pues ellas facilitan la vida del autor/artista conocido, una vez que las industrias que los representan lanzas sus obras en estas aplicaciones. Además, tienen como mayor prioridad afianzarse en el mercado digital y no proteger los intereses legítimos de los creadores y mucho menos los de los usuarios. Ni el usuario sabe que por cierto de la suma de sus pagos es por concepto de derechos de autor y que por cierto de ese es destinado al artista final.

En el contexto judicial brasilero es interesante destacar que la tecnología *streaming* está catalogada dentro de los requisitos de incidencia normativa de los artículos n°28-29 de la Ley de Derecho de Autor n°9.610/98, que otorgan exclusividad al autor de reproducir una determinada obra y depende de este la utilización de la misma. En razón de esto es exigido por Escritorio Central de Recaudación y Distribución (*Ecad*)<sup>150</sup> el pago por exhibición y utilización de estas tecnologías el pago por concepto de derecho de autor.

---

<sup>150</sup> Por sus siglas en portugués sería *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição*. Ecad es una institución privada sin fines lucrativos instituida por la Lei n°5.988/73 (Brasil, 14 de diciembre de 1973) y mantenida por las leyes posteriores Ley n°9.610/1998(Brasil, 19 de febrero de 1998) y Ley n°12.853/13. (Brasil, 14 de agosto de 2013). Su objetivo principal es centralizar las recaudaciones y distribuciones de los derechos de autor de excusión musical en Brasil.

En el Proceso (Recurso Especial N° 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7), 2017) el tribunal entendió que en la utilización de este tipo de tecnología se consagra dentro del reconocimiento del derecho de comunicación al público, abarcando la ejecución pública; lo que conlleva a una forma de transmisión inmaterial y por ende al cobro de derechos de autor por Ecad.

En análisis sobre el tema objeto de investigación y la decisión judicial entendemos que esta tecnología califica dentro del sistema actual de derecho de autor para conceptos como distribución, comunicación, ejecución al público reforzando el monopolio del derecho de autor en detrimento del libre acceso a la cultura para todos.

Otro caso interesante y relacionado a *Netflix*, fue la decisión sobre violación de derechos de autor, referente el doblaje del filme *Hanna Montana* en el personaje del Sr. *Bradley* cedidos por el doblador a la compañía *Walt Disney* y utilizada por *Netflix*. Donde no se hace referencia a los derechos morales de la obra que fue encomendada mediante contrato a la compañía *Disney* pero que acabó siendo utilizada por *Netflix* sin respetar los derechos morales del doblador al no referir su nombre, vulnerando así los derechos conexos que son reconocidos por la Ley n°9.610/98<sup>151</sup> (Brasil, 19 de febrero de 1998). Siendo establecido los derechos morales que sobre el autor recaen y el pago por indemnización correspondiente. Es importante resaltar que mediante una obra por encargo el autor transfiere sus derechos patrimoniales, pero no así sus derechos morales los que forman parte inherente a su personalidad<sup>152</sup>.

Otro elemento a destacar es que, mediante la cesión de derechos de las obras por encargo, en un contrato de obra por encargo la generalidad indica que sea determinada en el propio cuerpo del instrumento jurídico la legislación aplicable en caso de conflictos, lo que sería competencia del tribunal americano. Al ser utilizada una determinada obra por un tercero que no fue parte de la negociación contractual.

### **3.2.6 Cibercafifio**

Otro modelo emergente que escapa sutilmente, a las críticas sobre violaciones de derecho de autor y acceso a la cultura en línea es el llamado fenómeno cibercafifio<sup>153</sup>, asociado a los servicios de la *web* designados para alojamiento de ficheros. Acá los datos son almacenados en

---

<sup>151</sup> (Traducción Libre). Ley N°9610/98. Artículo n° 90.- Tienen los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de a título oneroso o gratuito, autorizar o prohibir. § ° 2.- La protección a los artistas intérpretes o ejecutantes se extiende a la reproducción de la voz e imagen, cuando estén asociadas a las actuaciones.

<sup>152</sup> Para mayores informaciones del processo. (Brasil, 19 de febrero de 1998) Disponible en: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=Netflix&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>  
Consultado 14 de junio de 2018.

<sup>153</sup> Este término tiene sus orígenes en inglés. Cyberlockers que a la traducción sería cibercafiferos, ciber estantes.



la nube de servidores que se encuentra por lo general en un territorio distinto al que se encuentra el usuario.

A primera vista, este tipo de sitio guarda semejanzas con empresas como: *Google Drive*, *Dropbox*; *Icloud*. Aquí los usuarios, pueden subir contenidos para que posteriormente estén disponibles en otros dispositivos ya sea de colegas, amigos o familiares. Entre los sitios más renombrados del modelo cibercacifo se destacan: *MegaUpload*, *Rapishare*, *Hotfile*, *YouSendIt* entre otros.

(Lobato, 2014) define el cibercacifo como un servicio comercial con una inversión puramente estratégica en la retórica de compartir. Ellos adoptan una visión instrumental del contenido alojando en sus sitios ficheros que son eliminados cuando existe una reducción sustancial en el tráfico o por presiones externas relativas a las violaciones del derecho de autor.

Entre las principales características que encontramos en el cibercacifo están: el usuario necesita apenas crear una cuenta, donde al final es generado un *url* que podrá ser divulgado a los interesados para su descarga. En la mayoría de los casos pueden ser utilizados para fines ilícitos ya que en el compartimiento de bienes no es posible localizar la dirección de IP como ocurren en el *BitTorrent*, pues se basa en un protocolo de *http*, donde cualquier persona puede descargar los archivos alojados, basta tener internet. Desde que el cliente acciona el *clip* es posible realizar la descarga de manera automática. Aquí predomina un mayor anonimato de quien descarga y de quien sube la información pues para quien accede no se encuentra disponible el IP, sino un protocolo de *http*, además son menos propenso a la propagación de virus en esta vía (Marx, 2013) de compartimiento de archivos.

Y como todo en internet el cibercacifo también tiene sus desventajas: primero es que los contenidos no son directamente abiertos en una búsqueda en línea, ya que no están integrados a sitios de indexación, así el usuario necesita recorrer varios *urls* para tener acceso. También incluye una infraestructura de blogueros y lanzamientos donde pueden ser rastreadas las conexiones de la información alojada.

Conjuntamente, requiere que sea realizado un pago para su obtención por lo que resulta un modelo parecido como *Spotify* o *Netflix*. No existe mecanismo que obliguen a la reciprocidad en el compartimiento de información como en el *BitTorrent*. Este sistema es visto como una degeneración de los ideales originales en el compartimiento de archivos pues envuelve una

mercantilización de la piratería digital, ya que es cobrado el acceso a obras protegidas por el derecho de autor de una manera u otra.

### 3.2.7 Copia privada

Por su parte la llamada copia privada ha existido siempre en el sistema de protección de propiedad intelectual. En el mundo físico esta no representa un grave perjuicio a los intereses legítimos del autor, o por lo menos no se trata de un peligro que necesite compensación por copia privada, lo que se apoya en la regla de los tres pasos vista en el capítulo anterior.

Sin embargo, en los litigios por descargas no autorizadas en internet, como *Napster* y *MP3.com*, ha sido frecuentemente invocada el *fair use* por ser de uso personal la descarga de contenidos. No obstante, en esos procesos estos argumentos no fueron suficientes y se condenó a todos los demandados, especialmente en E.U.A ya que la *Digital Millenium Act*<sup>154</sup> (Eua, 1998a) limita estrictamente la aplicación del *fair use* para casos como estos.

*The copyright industries' war on unauthorized P2P file sharing and their unwillingness — or inability — to unleash content for untethered online distribution thus come at a price. They threaten to quell the Internet's promise of disseminating cultural works at nominal cost. And they would stifle the Internet's potential for empowering users to select, share, compile, and remix those works using a broad array of network connected devices.*<sup>155</sup>(Netanel, 2003,p.38)

La copia privada implica una excepción a la autorización que debe realizar el titular de la obra sin perjuicio del derecho de remuneración. Muchos países hoy tienen dentro de su legislación de derecho de autor la compensación por copia privada y la gestión que de ella hace las asociaciones de gestión colectiva de derecho de autor.

*“Pourtant, ces modèles d'activités gratuites financées par fonds publiques se sont pas mis em place pour les biens culturels numériques et cela bien que les biens informationnels circulant sur internet, présentent des caractéristiques de biens collectifs.”*<sup>156</sup>(Joële Farchy, 2015,p.85).

---

<sup>154</sup>(Eua, 1998a) Disponible en: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Consultado 1 de noviembre de 2017.

<sup>155</sup>(Traducción Libre). La guerra de las industrias de derecho de autor sobre el intercambio de P2P no autorizado y su falta de voluntad, o incapacidad, para liberar contenido para la distribución en línea sin ataduras tiene un precio. Ellos amenazan con sofocar la promesa de Internet de difundir obras culturales a nivel nominal sin costo. Y sofocarían el potencial de Internet para empoderar usuarios para seleccionar, compartir, compilar y mezclar esos trabajos usando un amplio conjunto de dispositivos conectados a la red.

<sup>156</sup>(Traducción Libre) Sin embargo, estos modelos de actividades gratuitas financiadas con fondos públicos no se han dado a los bienes culturales digitales, y aunque los bienes de información que circulan em internet tienen características de bienes colectivos.

La solución ofrecida en casi todos los países europeos es basada en la indemnización compensatoria, denominada como limitación o excepción de copia privada, lo que significa una remuneración a la que tienen derecho los autores y otros titulares de derechos conexos como consecuencia de realizar una copia privada de esas características

Esta compensación ha recibido varias críticas a lo largo del tiempo, es considerado un sistema de justicia a la gruesa. Se basa en el recaudo por la posibilidad de copia y no sobre la copia efectiva; generando inquietudes en los sistemas de medición estadística. Esta imperfección provoca que no se pueda garantizar que quienes reciben la remuneración sea efectivamente quien ha sufrido el detrimento de la copia.

En el escenario jurídico mundial el tema de la copia privada no alcanza un consenso uniforme, pues tanto la jurisprudencia como la legislación es divergente respecto a que situaciones responden a uso de copia privada y cuales no; lo que dificulta y complejiza la llegada de soluciones definitivas.

Al respecto de esta problemática que es el punto medular entre usuarios y creadores, existen varios autores que han definidos modelos de compensación para equilibrar la protección de los derechos de autor con el acceso ante las nuevas tecnologías. Entre los principales autores destacan: *Fisher, Netanel, Liebowitz, Raymond*.

E.U.A y Canadá siguen el modelo de pasar los costos de copia privada a los equipos y dispositivos que facilitan la copia, esto es pagado a una oficina central y distribuida entre los titulares de derecho. Este sistema es llamado por *Fisher* “Modelo de Compensación Equitativa” y el de *Netanel* “Recaudo para uso no comercial en redes P2P”, todo a cambio de la imposición de recaudos sobre bienes y servicios ya pagados por el canon de copia privada.

El mundo virtual trajo consigo la necesidad de repensar conceptos como obra original y copia, pues la digitalización facilita que todas las copias generadas sean exactamente idénticas. Antes de la propagación y existencia de la *web*, los derechos de reproducción y distribución estaban en manos de las industrias creativas, ya fueran grandes editoriales, casas disqueras, compañías audiovisuales entre otros. Ellos controlaban el lanzamiento, reproducción, distribución y comercialización, hoy si la obra es subida al ambiente en línea, es posible vulnerar las medidas tecnológicas y colocarlas gratis a los usuarios.

Esto permitió el aumento de la reproducción, apoyado en la circulación telemática, lo que provocó una apertura a la ciberpiratería. Un ejemplo de ellos es el sitio <https://thepiratebay3.org/><sup>157</sup> que ha enfrentado ya varios procesos judiciales en los lugares más diversos del planeta y bajo diferentes legislaciones. Hoy la tecnología en manos de los usuarios posibilita que sin grandes recursos se puedan hacer un número ilimitado de copias de cualquier producto cultural que este en el medio digital, lo que resultaba imposible anteriormente.

### **3.3 El derecho de autor en internet y el papel de la cibercultura**

Desde la llegada de internet se ha experimentado una especie de evolución jurídica ficticia en relación al derecho de autor en el espacio virtual. La primera etapa calificaba la inaplicabilidad del derecho de autor en el entorno digital, debido a que en los orígenes su uso era limitado, ligado a la investigación y por ello se le vinculaba más con la posibilidad de acceder a la información que con la de reproducirla perfectamente, ello limitaba la presencia del derecho de autor debido a la prevalencia de la doctrina que suponía un vacío jurídico profundo. En la segunda etapa este derecho era perfectamente compatible con la red, debido a su vinculación con los derechos fundamentales en cuanto a comunicación pública y reproducción consagrada en las leyes de derechos de autor del mundo. En la tercera etapa se concluye que necesitaba algunas adaptaciones llegando en el plano internacional a través de los tratados sobre internet que emitiera la OMPI. (Lipszyc, 2005,p.11)

Este binomio de derecho de autor e internet, añade versatilidad a la utilización de una obra y complejiza el sistema internacional de la propiedad intelectual y su voluntad armonizadora. Un ejemplo de lo anterior encontramos en las políticas desarrolladas por *Youtube*. Los derechos se basan en una licencia universal a favor del sitio, en el que el usuario posee todos los derechos de propiedad sobre el contenido, al mismo tiempo que posibilita el uso universal por parte del sitio; pudiendo transferir, reproducir, utilizar, distribuir, adaptar los contenidos disponibles. Esta facultad conferida transforma el sitio en detentor de derechos de autor como si fuese el titular original de las obras licenciadas, lo que funciona en la práctica como una especie de cesión universal a favor de *YouTtube*.

Según (Pierre, 1999,p.41) existen tres principios básicos que orientaron el crecimiento inicial del ciberespacio: la interconexión, la creación de comunidades virtuales y la inteligencia colectiva.

---

<sup>157</sup>En este sitio podemos encontrar disponibles desde aplicaciones, libros, juegos, audiovisuales músicas. Contenidos todos protegidos por leyes del derecho de autor y accesibles al alcance de un clip.

La realidad en la red apunta hacia una ejecución efectiva del derecho de autor donde sean modificados conceptos como, piratería, copia ilícita y copia privada. Resulta contraproducente la falsa igualdad que ofrece el sistema en cuanto a la protección, haciendo que estén en el mismo nivel una industria como Disney y el poeta de un pueblo del interior del Amazonas.

“Tal proteccionismo no tiene como objetivo proteger los artistas. En verdad, ese proteccionismo busca proteger ciertas formas de negocios”(Lessig, 2004,p201).

La digitalización arremete con más fuerza contra el sistema imperante del derecho de autor. ¿Cómo podemos evitar la excesiva privatización del sistema de derecho de autor imperante en el mundo? ¿Cómo establecer un diálogo equilibrado entre artista, usuario e internet? ¿Cómo minimizar el poder de las industrias creativas frente al acceso a la cultura como derecho fundamental?

“El foco de la ley estaba en la creatividad comercial. Inicialmente de manera sutil, después de forma amplia, la ley daba incentivos a los creadores dándoles derechos exclusivos sobre su trabajo creativo, de forma que ellos puedan vender tales derechos exclusivos en un mercado comercial”(Lessig, 2004,p.211).

El mundo informacional ha modificado la relación entre producción y consumo de cultura. Cada vez es más frecuente el abandono del modelo de cultura de masas centralizada, estandarizada, unívoca y obsesionada por la atribución del autor e híper regulada por una dimensión productiva, que a nivel de desarrollo más alto presenta no pocas afinidades con la de la cultura popular horizontal, basada en el “plagio”, regulada por el menor número de leyes posibles. (Navarrete, 2010)

Internet vino a sustituir los límites territoriales y materiales por nuevas fronteras virtuales, creando una comunidad global capaz de imponer y establecer sus propias reglas. Todo ello, apoyado en la falta de legitimidad de las legislaciones locales para dirimir asuntos en línea y regular el flujo transfronterizo de la información.

En los inicios de la popularización de internet era considerado el ciberespacio como un mundo sin ley, más con el propio desarrollo de la red esta idea ha ido cambiando y cada vez es más frecuente que se apliquen leyes territoriales a situaciones o conflictos jurídicos resultantes de la inmaterialidad de la red.

(Asensio, 2015c) [...]considera que internet posee una estructura descentralizada y basada en direcciones lógicas y no físicas, así como las actividades que en las mismas se desarrollan

no deberían estar regidas por normas de base territorial, sino que se trata de un espacio diferenciado que debe tener su propia normativa. [...]

Las mayores dificultades de las legislaciones estatales para elaborar normas que regulen las cuestiones de internet, están determinadas por el alcance global en sus actividades y el alcance territorial de sus legislaciones. Las normas imperantes no emanan de los organismos estatales e internacionales, son emitidas por entidades jurídicas privadas que radican en E.U.A.

Esto trae consigo que no exista una autoridad internacional que regule esta materia, vinculando a todos los Estados. Al mismo tiempo las empresas que velan por el funcionamiento de internet no reconocen legislaciones extranjeras en materia de solución de conflictos y los Estados se ven subyugados a aceptar los foros americanos como únicos tribunales competentes en cuestiones litigiosas.

El hecho de que empresas privadas controlen el funcionamiento de la red obliga al DIPr a buscar soluciones internacionales ante los conflictos de jurisdicción resultantes del uso de internet. Conductas como pornografía, crímenes cibernéticos, seguridad nacional, odio racial, violación a los derechos de la personalidad, violaciones al derecho de autor y piratería; necesitan de una legislación internacional que inicie el camino de la armonización jurídica

(Larson, 2011,p.56)Define que: se hace necesario introducir normas internacionales que ofrezcan un mayor control de estos derechos en internet, pero al mismo tiempo, permitan el desarrollo de un nuevo modelo de negocio basado en este medio y las transmisiones digitales de bienes culturales.

Ante la falta de armonización jurídica internacional en el ámbito del derecho de autor en internet han sido pensadas las medidas tecnológicas como solución para las violaciones cometidas. Esta solución a medias contribuye a reforzar el desequilibrio entre acceso y protección.

Violaciones en materia de derecho de autor siempre son combatidas con el bloqueo de la difusión de ciertos contenidos o pagos millonarios por acceso o disponibilidad gratis de contenidos. Las medidas tecnológicas como vimos en el caso de *Elsevier v. Library Genesis*<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> (Elsevier Inc. et al v. Sci-Hub et al, No. 1:2015cv04282 - Document 53 (S.D.N.Y. 2015), 2015) Disponible en: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv04282/442951/53/0.pdf?ts=1446304631>. Consultado 10 de mayo de 2018.

no contribuyen a la protección ni a la remuneración de los autores en su gran mayoría, sino que ayudan al afianzamiento de las industrias culturales.

La (Ifdp, 2016) define que la piratería es: la infracción deliberada de la ley de *copyright* a escala comercial, refiriéndose a ella como la copia de una obra original con propósito comercial en relación con la piratería de productos musicales<sup>159</sup>.

La ciber-piratería se ha entendido como el conjunto diverso de infracciones al *copyright* que se puede dar en las redes digitales, transgrediendo el derecho de reproducción o distribución, pudiendo afectar el patrimonio de los titulares de derecho de autor.(Durán, 2013b,p.29)

(Carbajo, 2004) resalta: [...] la piratería profesional daña gravemente los intereses de la propiedad intelectual. Pero a esa piratería profesional se une ahora la reproducción y difusión masiva de creaciones y prestaciones protegidas entre particulares aprovechando las grandes posibilidades de copia y transmisión ofrecida por la tecnología digital y las comunicaciones, cuyo máximo exponente es el P2P [...]

Coincidiendo con Labián hoy en día es constante, y prácticamente inevitable la vulnerabilidad de los derechos de autor en el entorno digital. Existiendo tres factores fundamentales que posibilitan este proceso de manera casi incontrolable:

Factor subjetivo: la discutida y generalizada opinión de que Internet es un lugar de acceso a la “cultura libre” en donde gratuitamente al margen de los costos de acceso y conexión de las telecomunicaciones, es posible acceder a cualquier tipo de contenido.  
Elemento funcional: la despreocupación inicial por parte de las industrias en explotar los diferentes recursos que ofrecía la red como una alternativa y ampliación del mercado.  
Elemento tecnológico: la escasez de medidas tecnológicas eficientes que aseguren un control efectivo de dichas obras en el entorno digital y que resulta prácticamente imposible eludir.(Labián, 2010,p.87)<sup>160</sup>

Cuando se habla de violación de derecho de autor, plagio o piratería seguidamente es asociado el registro de la obra como la tabla de salvación. Si bien el registro constituye una facultad discrecional del autor para proteger su obra, este no garantiza por sí solo que en el contexto transnacional sea resarcido el derecho quebrantado, pues la circulación de la decisión judicial en favor del autor va a depender de otros factores que van más allá del registro y que serán abordados en el Capítulo IV.

---

<sup>159</sup>(Ifdp, 2016) Disponible en: [http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016\\_Spanish.pdf](http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016_Spanish.pdf) Consultado 1 de julio de 2017.

<sup>160</sup> La costumbre de esa “gratuidad” ha generado una política negativa en torno al pago por derecho de autor de obras disponibles en la red. y ha facilitado corrientes tan diversas como el *creative commons* o *copyleft*, que abogan por una cultura libre, una apertura del dominio público y mayor acceso para todos al progreso científico.

“El sistema de derecho de autor actual no tiene en cuenta al artista promedio, en especial a los que pertenecen a culturas no occidentales. El sistema solo otorga beneficios exagerados a un reducido grupo de artistas famosos y sobre todo a un puñado de grandes empresas”(Joost Smiers, 2009,47).

En la dinámica derecho de autor y acceso a la cultura existe otro concepto que viene problematizando la realidad que impera en el mundo virtual: la cibercultura. En un primer acercamiento la cultura de masas pasa a ser la génesis de la cibercultura o de una subcultura del mundo virtual.

La cibercultura es la expresión de la aspiración de construcción de un lazo social que no sería fundado ni sobre links territoriales, ni sobre relaciones institucionales, ni sobre relaciones de poder, más si sobre la reunión alrededor de centros de intereses comunes, sobre juegos, compartimiento de saber, sobre aprendizaje cooperativo o sobre procesos abiertos a colaboración (Pierre, 1999,p.56).

El impacto de las nuevas tecnologías en la manera en cómo es consumida y apreciada la cultura, hace posible que nazca una nueva cultura y nuevas formas de acceder a ella; repensando un conjunto de técnicas, tradiciones, prácticas, costumbres y valores que se desarrolla a la par del crecimiento y el acceso al ciberespacio como resultado de la interconexión global.

El excesivo proteccionismo que predomina en el ciberespacio, sobre cuestiones de derecho de autor provoca no solo una violación constante en el consumo cultural sino un detrimento en el disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de 1949.

Al respecto (Amorim, 2011,p.27) refiere: que el ciberespacio fue orientado a tres principios básicos fundamentales: la interconexión, la creación de comunidades virtuales y al inteligencia colectiva.

La inmaterialidad y dispersión prevaleciente en el ciberespacio, presupone y conlleva a una pérdida de identidad, lo que exige una reconstrucción de las relaciones sociales que deben ser reconstruidas desde una inteligencia global y colectiva. Los recursos presentes en internet se desdoblaron en una hiper-producción de contenidos y de consumos culturales.

Un ejemplo de ellos son los hipertextos, la producción a larga escala de bienes, servicios y productos culturales por los usuarios a través de plataformas como las redes sociales, *blogs*, *Twitter*.



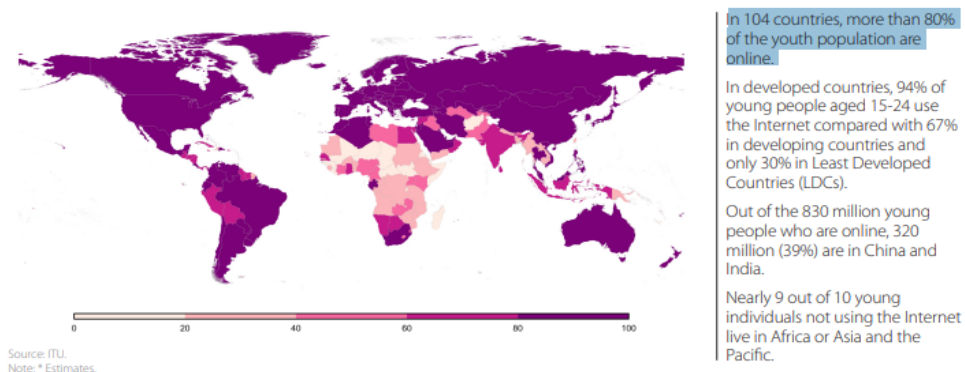
Un informe de las Naciones Unidas “*Creative Economy Report*” 2017, es un intento de la ONU para definir una metodología específica que permite valora el volumen de intercambios comerciales que envuelven productos culturales. Los principales problemas están en las diversas definiciones de industrias creativas pues estas no asumen los conceptos de industria tradicional. También es palpable un número reducido de empresas transnacionales que se contradicen con un alto nivel de microempresas locales y emprendedores individuales.

El impacto de las nuevas tecnologías de las comunicaciones y el consumo cultural apuntan datos que demuestran como el acceso cultural está condicionado a los niveles de desarrollo de los países y al progreso tecnológico. Datos divulgados por la Organización Internacional de Telecomunicaciones en 2017 destacan el nivel de acceso a internet a escala global, tal como muestra la ilustración n°2 sobre los continentes con mayor acceso a internet.

*Ilustración 2 Niveles de conexión a internet a escala global en el 2017*

## 70% OF THE WORLD'S YOUTH ARE ONLINE

Proportion of youth (15-24) using the Internet, 2017\*



*Fuente (Itu, 2017)*

El análisis de esta figura denota el desequilibrio que prevalece entre los diferentes continentes en cuanto al acceso al mundo en línea lo que refuerza la desigualdad entre acceso y protección del derecho de autor.

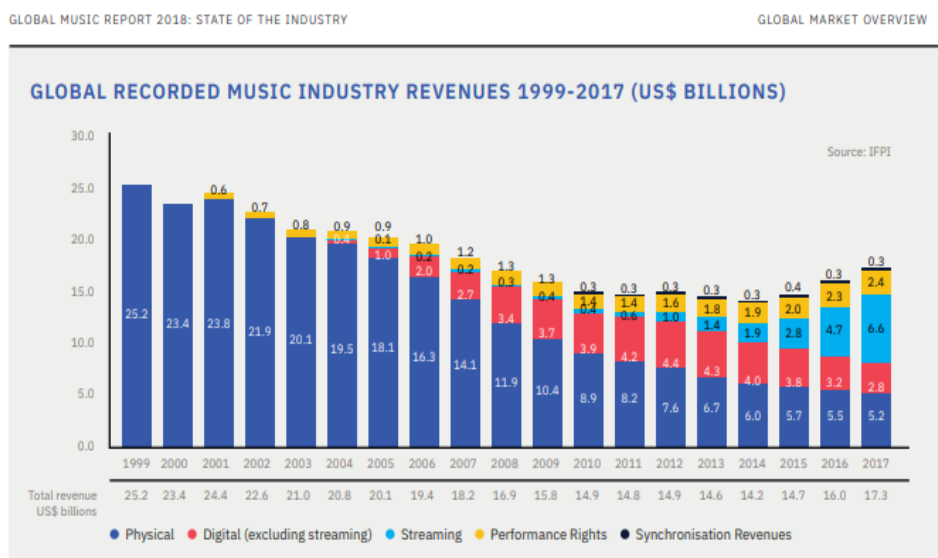
Esto provoca que los países con mayores niveles de desarrollo como son E.U.A y la UE por solo citar un ejemplo aboguen por políticas más favorables al derecho de autor y menos flexibles en cuanto al libre acceso en el medio digital.

Esta desigualdad en cuanto al disfrute de internet refuerza el olvido del acceso a la cultura como derecho fundamental. De ahí que la posibilidad de consumir la cultura para los países menos desarrollados sea por medios físicos y no por vía digital, como se contrasta en los territorios de mayor presencia del mundo digital.

La presencia de internet favorece a los autores que no están representados por las industrias creativas, brindando posibilidades sin necesidad de que medien estas; pero la desigualdad de conexión global beneficia mayoritariamente a los creadores que están alojados en territorios con mejores disponibilidades de conexión.

Respecto al consumo de productos culturales en internet, la Industria de la Música realizó un estudio que refleja el comportamiento de las ventas para el periodo 1999-2017, tal como muestra la Tabla n°2.

Tabla 2 Ventas de Música a nivel global



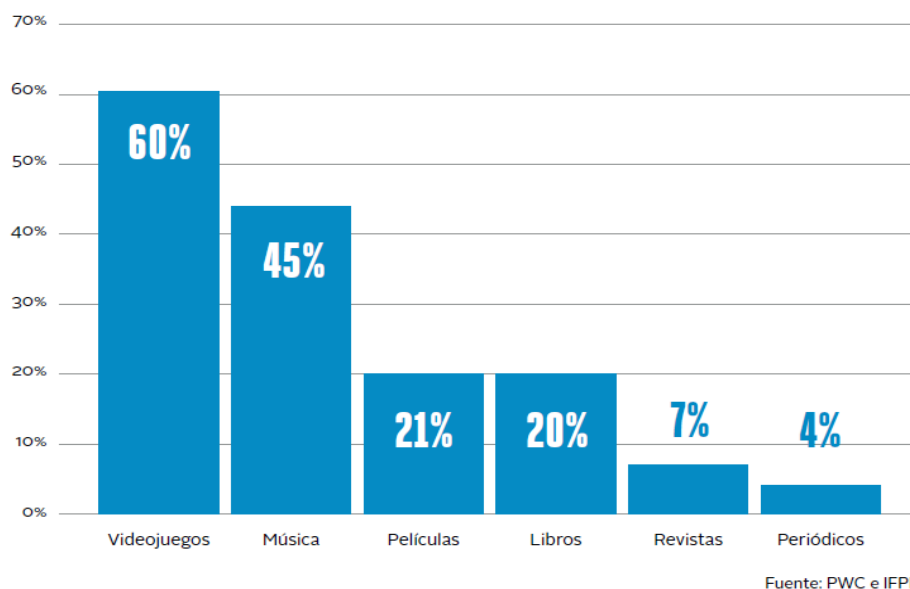
Fuente (Ifdp, 2017)

En una interpretación a priori de estos datos encontramos en la tabla n°2 existe un incremento del consumo de la música en línea desde 2013, a través del uso de la tecnología *streaming* como

nuevo modelo de negocios. Esto permite al usuario consumir el producto cultural a bajos precios desde cualquier dispositivo y basta tener acceso a internet como requisito técnico, como fue explicado con anterioridad.

También el Informe de la Música de 2016, refleja cómo ha sido el consumo cultural de esta manifestación respecto a otros sectores en el espacio de internet, según muestra la tabla n°3. Esto constata que existe un cambio en la manera en cómo está disponible la cultura y en cómo es consumida, de ahí que el mercado cultural sufre cambios consustanciales que se desplazan hacia el ambiente digital como parte del progreso tecnológico.

Tabla 3 Participación de la Música en el entorno digital y comparación con otros sectores 2017

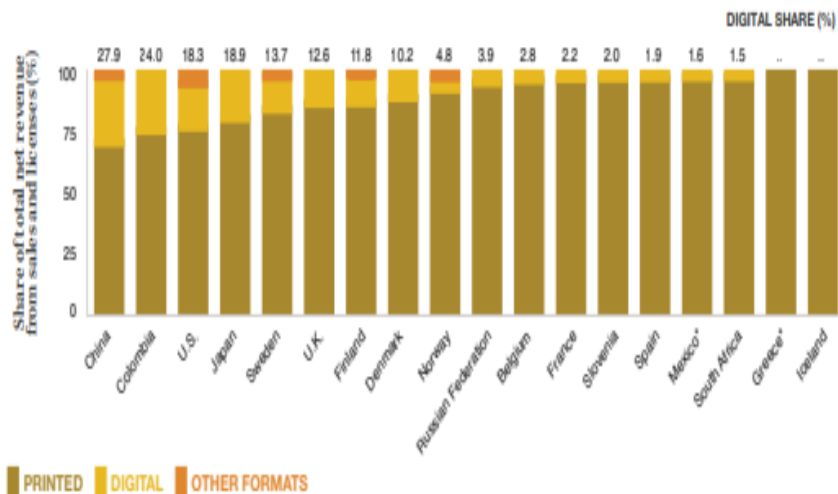


Fuente (Ifdp, 2016)

Por su parte el informe realizado por la OMPI sobre la industria editorial en 2016, refleja un panorama alarmante para las plataformas digitales, pues a diferencia de lo que sucede en la música el consumo de literatura es mayor en el medio físico o impreso que en el digital según refleja la tabla n°4.<sup>161</sup>

<sup>161</sup>Disponible en: [file:///C:/Users/Janny/Desktop/Escritorio%202018/Doctorado/Informes%20y%20Estadisticas%20de%20Derecho%20de%20Autor/wipo\\_ipa\\_pilotsurvey\\_2016.p](file:///C:/Users/Janny/Desktop/Escritorio%202018/Doctorado/Informes%20y%20Estadisticas%20de%20Derecho%20de%20Autor/wipo_ipa_pilotsurvey_2016.p) Consultado 20 de junio de 2018.

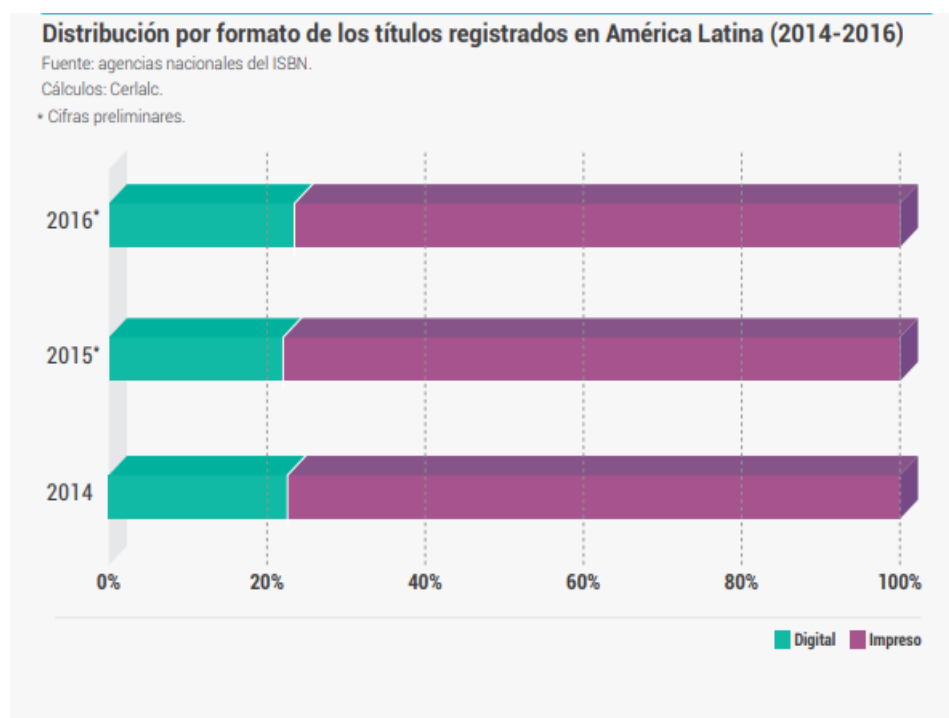
Tabla 4 Ventas de libros digital y físico



Fuente (Ompi, 2015)

Además de este estudio realizado por la OMPI, la UNESCO a través del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlac), también realizó una investigación sobre el impacto del mercado electrónico en el mundo editorial. Entre las principales cuestiones apuntadas se destaca la distribución de acuerdo al formato ya sea digital o físico donde continúa prevaleciendo el libro impreso sobre el digital según muestra la tabla n°5.

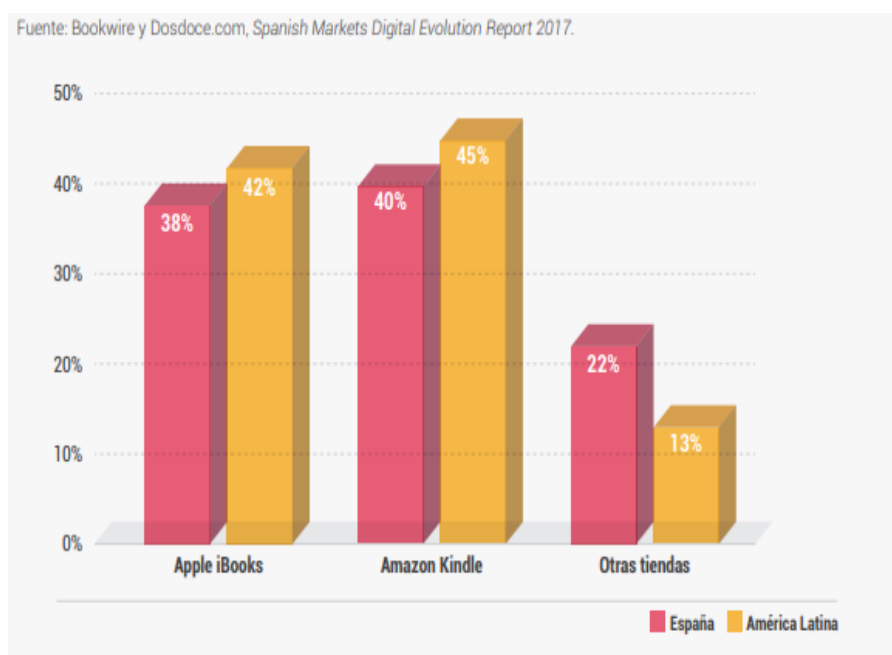
Tabla 5 Ventas física contra ventas digital en América Latina



Fuente(Cerlac, 2017)

Otro elemento en destaque es el papel de los Gigantes de Internet en el consumo digital de libros, donde las principales empresas son: *Apple iBooks*, y *Amazon Kindle*. América Latina es superior a España utilizando estas plataformas, lo que refuerza el control de estas entidades en el consumo de cultura. Contribuyendo a reforzar el desequilibrio imperante entre acceso y protección, que emana de la relación derechos culturales y derechos de autor en el contexto de internet; tal como muestra la tabla n°6.

Tabla 6 Plataformas más utilizadas para la venta en línea



Fuente(Cerlac, 2017)

Es importante destacar que en el acceso a la cultura en internet existe una relación entre comercio electrónico y servicios culturales, que necesita de una protección doble. La defensa del consumidor junto a la diversidad cultural, que si bien son distintas no están distantes de cualquier relación de consumo de cultura en la internet.

Cualquier Estado actúa para garantizar y proteger al consumidor en la contratación electrónica, pero cuando se trata de preservar valores culturales que son la base del desarrollo económico y de la identidad nacional no se tiene el mismo rigor jurídico.

A pesar de que internet se dice ser un mundo de aparentes libertades, los informes sobre el impacto de estas tecnologías en las industrias creativas demuestran que la presencia de la vida digital continúa reforzando el sistema internacional de la propiedad intelectual, y con ello el monopolio del derecho de autor. Este refuerzo del monopolio aumenta el desequilibrio entre acceso y protección que resulta un problema esencial ante la falta de armonización jurídica internacional en esta área del derecho.

Se puede concluir que desde los orígenes de internet poco se ha avanzado en la esfera internacional respecto al modelo de gestión privada del funcionamiento de la red. El control privado limita la armonización jurídica internacional y produce que los conflictos

transnacionales carezcan de soluciones que circulen a nivel global. Las alternativas emergentes son una muestra fehaciente que el sistema internacional del derecho de autor ha fracasado. Es necesario que las soluciones futuras sean desde la perspectiva del usuario o consumidor al que le son violados constantemente sus derechos de acceso a la cultura, pues de otra manera solo se continuaría reforzando las violaciones del derecho de autor bajo los argumentos evocados por las industrias creativas en pos de garantizar el monopolio autoral.

## CAPÍTULO IV

### DESAFIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO DE AUTOR

Referente al tema del derecho internacional privado y el derecho de autor en el presente capítulo serán abordados los principales desafíos que enfrentan estas dos ramas del derecho en el contexto de internet. En el ordenamiento internacional han existido varios intentos de armonización jurídica sobre este tema, ofreciendo por los doctrinadores diferentes soluciones ante la falta de armonización jurídica internacional. Entre las principales salidas que serán abordadas están: el tribunal internacional de internet, el diálogo de las fuentes, solución de litigios en líneas y las normas de *soft law*.

#### **4.1. Caminos y desafíos del Derecho Internacional Privado y el derecho de autor**

El derecho internacional privado clásico, casi como lo conocemos hoy surge bajo la influencia de un autor alemán, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). En su obra, Sistema de Derecho Romano Actual, dedicó especial atención al estudio de las relaciones jurídicas, las normas y su aplicación en el derecho foráneo. Para Savigny: el aumento de las relaciones entre los diversos pueblos impone la renuncia del principio de exclusividad territorialista por la adopción de un sistema que entienda la reciprocidad como el fin para establecer la igualdad reclamada por los intereses de los pueblos en dos individuos. (Savigny, 1849). Jayme afirma que:

*Le droit international privé classique, élaboré au XIX siècle, formula donc des objectifs ou moins formels: l'égalité du traitement des personnes, l'harmonie des décisions concernant le même rapport, la prévisibilité des solutions, les rapports juridiques universels. Il trouva son expression dans la technique de la règle bilatérale de conflicts* (Jayme, 2010b, p.214)<sup>162</sup>.

Hoy DIPr enfrenta varios desafíos en las soluciones de los conflictos jurídicos. Básicamente cualquier hecho en esta rama del derecho, necesita de tres elementos claves: localizar el daño, definir los elementos de conexión y establecer la relación entre la acción y la jurisdicción que debe resolver el litigio.

---

<sup>162</sup> (Traducción Libre). El derecho internacional privado clásico elaborado en el siglo XIX, formuló entre sus objetivos: la igualdad del trato de las personas, la armonía de las decisiones sobre una misma relación, la previsibilidad de las soluciones, las relaciones jurídicas universales. Encontrando solución en la regla bilateral del conflicto.



(Boggiano, 1983,p.167) define el DIPr como un sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivativistas multinacionales, desde el punto de vista de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales a coordinar o, raras veces, de la jurisdicción de un tribunal internacional.

Según (Kessedjian, 1998,p.38) el DIPR en el contexto del sistema *civil law*, es entendido como la rama del derecho que se ocupa de las cuestiones de ley aplicable, conflictos de jurisdicción y ejecución de sentencia extranjera. Para el sistema del *commow law* este término posee dos interpretaciones: por un lado, acoge las mismas cuestiones del *civil law* y por otro, abarca temas como: el derecho comparado, la elaboración de normas referentes a derecho privado y reglas sustantivas, cubriendo todas las cuestiones privadas en el ámbito internacional.

(Wang, 2010,p.147) define que el DIPR o como también se le conoce “conflicto de leyes” es el derecho que aspira a proporcionar soluciones legales internacionales o interestatales, que surgen como disputas entre personas o empresas de diferentes países o Estados. E.U.A, Canadá e Inglaterra se inclinan más por la utilización del término conflicto de leyes, mientras que los países del *civil law* abogan por la denominación de derecho internacional privado. Esta rama del derecho se ocupa de 3 cuestiones fundamentales: (1) jurisdicción; (2) elección de ley; (3) reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Para la solución de conflictos de jurisdicción, elección de ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, el DIPr moderno se apoya en una complejidad de fuentes y métodos, que han elevado los niveles de tecnicidad teórica de esta rama del derecho.

El aumento de las relaciones comerciales transnacionales a escala global facilitó una ampliación del contacto entre leyes domésticas, tratados internacionales y convenciones. Cada vez es más frecuente la interconexión normativa en las más diversas áreas del derecho. En una dimensión mundial las estructuras normativas del DIPr como tratados, leyes, decisiones de organismos internaciones, decisiones de tribunales, están cada vez más interrelacionadas, sin que podamos aislar una de otras.

La teoría clásica del DIPr distingue entre fuente material y formal. La primera, delimitada por los actos y hechos de cuya cooperación entre ambos emana el derecho. La segunda comprende cierto actos y hechos formales de los que emana el derecho en forma de normas de competencias y de comportamiento. (Bassos, 2009,p.59).

Cada ordenamiento jurídico va a definir las dimensiones y jerarquía de las fuentes del derecho como son: internas (leyes domésticas), internacionales (tratados y convenciones), institucionales (emanada de instituciones internas o regionales como el MercoSur, CAN, o UE).

Tal como destaca (Jayme, 2003,p.210) el DIPr es una materia destinada a tornarse una de las claves para la protección de la persona humana, una vez que la solución de los conflictos de leyes presupone un diálogo intercultural que debe buscar el respeto a la diversidad cultural de los individuos.

Bajo esta concepción el sistema internacional de la propiedad intelectual y específicamente el derecho de autor no puede olvidar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre de 1948. Según (Lafer, 1988,p.59) los derechos fundamentales no son algo dado sino algo construido, que está en constante proceso de elaboración y reconstrucción.

Analizando lo planteado por Lafer debemos destacar que en la interpretación y aplicación del derecho de autor no ha prevalecido un entendimiento sobre la base de los derechos fundamentales, pues la protección excesiva al monopolio del titular del derecho de autor evidencia el desequilibrio que viene marcando el progreso científico y tecnológico.

De esta manera, tanto el DIPr como la propiedad intelectual deben ser concebidos como sistemas que conservan la estructura tradicional y al mismo tiempo deben abrirse a la aplicación de nuevos valores. Para ello resulta necesario buscar nuevos mecanismo y alternativas que posibiliten soluciones de los conflictos de jurisdicción en temas como el acceso a la cultura y el derecho de autor en el contexto de internet. Teniendo una interpretación más acorde con la realidad tecnológica imperante.

En el mundo globalizado de hoy, aún persisten los regímenes nacionales de propiedad intelectual, lo que trae impactos significativos para la protección del derecho de autor en el contexto internacional, pues si un creador desea ganar protección sobre una determinada violación en internet tendrá que lidiar con los diferentes ordenamientos jurídicos donde decida reclamar. Exacerbando la competencia internacional hacia todos los lugares donde se tuvo acceso a la violación o uso no autorizado de la obra.

Esta realidad facto-jurídica nos permite destacar algunas lagunas, deficiencias, problemáticas, disyuntivas con las que convive el derecho de autor y el DIPr en el ámbito de internet. Tanto la jurisprudencia como la doctrina internacional no poseen un criterio acabado sobre las deficiencias de estas dos ramas del derecho en su interconexión.

La primera insuficiencia que podemos apuntar al sistema internacional imperante es que: tanto el sistema internacional del DIPr como el de la propiedad intelectual no cuentan con reglas específicas, ya sea convenciones, tratados y *soft law* que establezcan soluciones jurídicas a mediano o largo plazo para determinar la jurisdicción competente en casos de conflictos transnacionales sobre derecho de autor en internet.

Si bien la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), creada el 17 de diciembre de 1996, posee varios documentos sobre el comercio electrónico, ninguno de ellos ofrece una solución o salida cuando existe un conflicto de jurisdicción. Las principales legislaciones<sup>163</sup> de esta organización relacionadas a internet destacan la importancia del tema para viabilizar el comercio transnacional. Todas ofrecen reglas internacionales que pasaran por un proceso de adaptación o adecuación en el contexto doméstico.

Otro ejemplo por destacar es la Convención de Haya sobre elección de foro de 30 de junio 2005, donde quedan excluidos de esta los temas relacionados a propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos, tal como refleja el artículo n°2.1<sup>164</sup>.

La segunda disyuntiva está dada en la relación público privado. Cada constitución establece la jerarquía que le otorga a las normas de derecho internacional: supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal. Ante la colisión de una norma interna con una internacional debe prevalecer la segunda, según lo establece el Tratado de Viena de 1969 en su artículo n°27<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup>Las principales leyes de CNUDMI relacionadas a internet son: ley sobre comercio electrónico de 12 de junio de 1996; ley sobre firmas electrónicas de 5 de junio de 2001 y ley sobre transmisión de documentos electrónicos de 13 de julio de 2017.

<sup>164</sup>Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Artículo n°2.1.- El presente Convenio no se aplicará a las siguientes materias: n) la validez de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos; o) la infracción de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos, con excepción de los litigios iniciados por la violación de un contrato existente entre las partes con relación a tales derechos, o los que pudieran haberse iniciado por la infracción de dicho contrato. (Hcch, 2005) Disponible en:<https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf> Consultado: 20 de mayo de 2018.

<sup>165</sup>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Artículo N°27.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo n°46. (Onu, 23 de mayo de 1969) Disponible em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>. Consultado 20 de mayo de 2018.

Al respecto de esto la OEA, posee el entendimiento de que los instrumentos internacionales deben ser cumplidos bajo el principio de buena fe, siempre que no declaren invalidas las leyes internas<sup>166</sup>. Esto provoca que todos los Estados no posan una uniformidad sobre las jerarquías de los instrumentos internacionales, y su interpretación en el ámbito interno. Tal como fue abordado y ejemplificado en el Capítulo I.

La tercera problemática es que tanto el DIPr como el sistema internacional de la propiedad intelectual, poseen sistemas verticales de legislación. Emanando desde los organismos internacionales las reglas, instrumentos y entendimientos como única manera de legislar en el ámbito internacional. Un ejemplo de ellos son los Tratados de OMPI, donde predomina la verticalidad de arriba hacia abajo (*top-down*), estableciendo la obligación de los Estados parte a ajustar su legislación interna para cumplir con el compromiso asumido, tal es el caso del TDA de 20 de diciembre de 1996 artículo n°14<sup>167</sup>.

El cuarto dilema está relacionado a la diversidad legislativa, pluralidad de fuentes, pluralidad de estructuras, de normas que son incapaces de dialogar de manera armonizada en el ámbito de la globalización, a fin de establecer soluciones más acordes con la realidad del mundo interconectado. Una diversidad que no consigue encontrar los puntos comunes para avanzar hacia la armonización internacional.

Tal es el caso del sistema de *copyright* y derecho de autor, donde las interpretaciones y análisis no poseen una opinión uniforme, por ejemplo, la titularidad de derecho de autor en la obra audiovisual. Para el derecho de autor es el director o codirector del filme para el *copyright* es el productor de la obra. Esto puede ser corroborado en el caso del Tribunal de Justicia de la UE Case C-192/04 *Lagardère Active Broadcast* [2005] ECR I-7199 que profundizaremos más adelante.

---

<sup>166</sup>Opinión consultiva. OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Advisory Opinion*, OC-14/94, serie A, número 14 párrafo 35, 116, ILR, p320.) (Oea, 1994) Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf) Consultado 20 de mayo de 2018.

<sup>167</sup>Tratado sobre Derecho de autor en el contexto digital (TDA) de 20 de diciembre de 1996. Artículo 14.- Disposiciones sobre la observancia de los derechos 1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. (Ompi, 1996a) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file\\_id=295158](http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158) Consultado el 3 de junio de 2017

El quinto elemento es la manera en cómo es administrada la justicia en el ámbito de derecho de autor e internet. Existe una desconfianza jurídica en las decisiones de los tribunales extranjeros, que impiden una circulación global de los fallos, además no se establece una interpretación en forma de diálogo y sin jerarquización vertical, lo que provoca disparidad de decisiones y competencias sobre el mismo asunto en varios foros.

El sexto desafío está en el establecimiento práctico de elementos de conexión para determinar la jurisdicción competente y ley aplicable. Criterios como residencia habitual, nacionalidad, lugar del daño; no resulta de fácil aplicación e interpretación cuando el tema es acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto de internet.

Establecer residencia habitual en internet o nacionalidad no es una cuestión fácil en la red; así como el lugar del daño pues este puede estar en varias legislaciones al mismo tiempo. Además, en cuestiones de derecho de autor siempre se aplica el principio de ley de local donde se reclama la protección lo que evidencia la disparidad de una interpretación multidisciplinar sobre el tema.

Sin bien el progreso tecnológico va hacia la disminución del anonimato en internet, esto interconecta con otra área del derecho como son: el respeto a los derechos inherentes a la personalidad específicamente la intimidad, privacidad y protección de datos personales.

El séptimo desafío que enfrenta el DIPr y el derecho de autor es un conglomerado de todos los anteriores. Comenzando por la falta de armonización jurídica internacional en cuestiones de acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto de internet. Debido a la ausencia normativa, la interpretación vertical de las convenciones, tratados, instrumentos internacionales y la manera como estos se lleva al plano nacional y a la jurisprudencia genera una falta de diálogos armónicos entre las cortes.

#### **4.1.2 Como definir la competencia judicial en el contexto de internet**

Según (Arroyo, 2006,p.297) existen tres principios esenciales en la definición de competencia internacional: (i) la competencia de los foros como regla general (la exclusividad es una excepción); (ii) la necesidad de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez de competencia), y (iii) el respeto

de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes).<sup>168</sup>

Existe un elemento fundamental a ser definido en el desequilibrio entre acceso a la cultura y derecho de autor en el ámbito de internet. Para el DIPr es necesario definir el local del daño como elemento fundamental para determinar la jurisdicción competente, la elección del foro y la ley aplicable. Tanto para el *civil law* como para el *common law* determinar el local del daño en el ámbito de internet no es un ejercicio de rutina conceptual, pues implica aplicar derecho material y leyes territoriales para cuestiones inmateriales en un contexto extraterritorial.

Al respeito de competências refere que: as competências se exercem, sobre os territórios e as pessoas físicas o jurídicas. A competência territorial é aquela que permite exercer plenamente o direito soberano no interior do território nacional, com exclusão de qualquer outro Estado ou fonte de poder<sup>169</sup>.(Varella, 2005,p.36).

La realidad práctica internacional demuestra que los conflictos de internet envuelven tanto personas naturales como jurídicas y que resulta difícil ejercer el derecho soberano, de manera cómo es entendido en el DIPr tradicionalista. Lo anterior se evidencia en la poca eficacia transfronteriza de las decisiones en el ámbito de internet fuera de sus territorios.

Coincidiendo con (Asensio, 2015b,p.341) todo titular de derecho de autor quiere medidas de cesación de contenidos infractores. Para ella existen dos elementos que van a determinar el alcance territorial de la decisión: el primer el alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que conoce del asunto y segundo el ámbito territorial del derecho infringido.

Respecto al primer elemento es una práctica usual que la prohibición establecida por el fuero solo va a un reducido ámbito territorial del cual tiene competencia judicial internacional. Esto se aprecia en el sistema del *common law* donde el tribunal acoge la demanda basada en los contactos mínimos con el foro, fundado en criterios como el domicilio del demandado, como explicaremos más adelante. En la práctica jurídica un Estado que emita sentencias que traspasasen sus límites territoriales difícilmente encontrará una ejecución eficaz de estas en temas de derecho de autor.

---

<sup>168</sup> (Vercovi, 2000) Este autor refiere cinco principios esenciales en el derecho procesal civil internacional: jurisdicción razonable, acceso a la justicia, no discriminación del litigante, cooperación como principio y circulación internacional de fallos.

<sup>169</sup>(Traducción Libre) Al respecto de competencias se refiere que: las competencias se ejercen, sobre los territorios y las personas físicas o jurídicas. La competencia territorial es aquella que permiten ejercer plenamente el derecho soberano en el interior del territorio nacional, con exclusión de cualquier otro Estado o fuente de poder.

El segundo elemento está relacionado al carácter territorial de los derechos de autor. Acá la eficacia también se ve limitada al territorio donde se reclama la protección, sin que sea viable traspasar sus límites y tener un alcance global de la decisión. Cuestión que contradice el impacto global que tienen las violaciones en internet.

#### **4.1.3 Jurisdicción y ley aplicable**

A menudo las violaciones de derecho de autor en el sistema del *civil law* abogan por la aplicación de conceptos como residencia habitual, lugar del daño, domicilio del demandado y ciudadanía como elementos de conexión. Generalmente solo las cuestiones relacionadas a tierra locales o bienes inmuebles poseen una conexión clara y definida en norma sustantiva, favoreciendo en la mayoría de los casos la ley local. Para este sistema la norma define cual será el foro competente y la ley aplicable, de ahí que sea considerado por los doctrinadores como un sistema rígido.

Dentro de internet en la mayoría de los países de *civil law* prima la aplicación de leyes del mundo físico al contexto virtual, readecuando y ajustando la legislación existente al respecto. En ausencia de estas, la jurisprudencia viene a sustituir las lagunas legislativas al respecto. Por su parte, las diferentes interpretaciones de CBe artículo nº5.2 establecen como elección de foro dos variantes: la primera *lex fori* y la segunda *lex loci delicti*, constituyendo una de las causas de la falta de armonización en el ámbito del derecho de autor.

El Reglamento nº1215 que entró en vigor el 10 de enero de 2015, conocido como “Bruselas I” de la UE, hace referencia a la aplicación y extensión de la competencia internacional cuando los demandados no están domiciliados en un Estado miembro. Al respecto de esto, persiste en la UE una disparidad de interpretaciones y competencias entre la justicia unitaria y la nacional de los Estados miembros.

En el contexto transnacional en el que se desarrollan las actividades de internet muchas veces suele ser complejo localizar el domicilio del demandado. Esto presupone un obstáculo a la hora de determinar la ley aplicable. En relación a ello el tribunal europeo entiende que el artículo nº6bis y 7.2 bis de “Bruselas I”<sup>170</sup>, procede aplicar las normas nacionales de competencias cuando se desconoce el domicilio del demandado.

---

<sup>170</sup>(Ue, 12 de diciembre de 2012) Artículo nº6.- Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos nº24 y nº25.

Artículo nº 7.- Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandado en otro Estado miembro: .2) en materia delictual o cuasi delictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda

La aplicación del foro del demandado es útil en casos de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, pues es generalmente donde este reside donde posee la mayor parte de su patrimonio. Esto permite en cuestiones de propiedad intelectual concentrar varias violaciones de esta materia cometida en varios Estados en un solo foro.

La economía procesal apunta hacia el establecimiento de la demanda en un único Estado, aunque el impacto sea transnacional. Esto aplica en el contexto de la UE, pero saliendo del bloque económico si el impacto se produjo en varios Estados de diversas regiones no existe un consenso jurisprudencial de hacia dónde deben ser dirigidas las reclamaciones.

Un ejemplo para ilustrar el contexto europeo es el caso *eDate Advertising y Martinez*<sup>171</sup>. Relativo a la competencia judicial el tribunal entendió que: en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de internet, la persona que se considere lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ya sea ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos, o bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentra su centro de interés<sup>172</sup>.

Esto evidencia una adecuación del artículo nº72. Del Reglamento de Bruselas I, por parte de la jurisprudencia europea<sup>173</sup>. Además de entender que internet no facilita definir un único lugar donde se produce el daño, esto podría ser extensivo a otras violaciones en internet como por ejemplo los derechos de autor.

Ya en el caso *Pinckney*<sup>174</sup> la interpretación judicial sobre el alcance de la jurisdicción del tribunal en materia de derechos patrimoniales no fue la misma que en el anterior. Acá el fuero únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro

---

producirse el hecho dañoso; Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT> Consultado 28 de mayo de 2018.

<sup>171</sup> (C-161/2010 *eDate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited*, 2011) Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2011%3A370%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2011.370.01.0009.02.SPA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2011%3A370%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.370.01.0009.02.SPA) Consultado 20 de mayo de 2018.

<sup>173</sup> Como veremos posteriormente esta interpretación presenta cierto grado de conexión con los diferentes testes adoptados en el *common law* para determinar los contactos del demandado o demandante con el foro que resolverá el asunto. (Ue, 12 de diciembre de 2012)

<sup>174</sup>En este caso se reclaman los derechos patrimoniales del autor que fueron vulnerados en el ámbito de internet De un autor domiciliado en Francia frente a una sociedad domiciliada en Austria, alegando que su música había sido reproducida en CD y comercializada en varios sitios de internet sin su consentimiento. (C-170/12 *Peter Pinckney y KDG Mediatech AG*, 2013) Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142613&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1361> Consultado 20 de mayo de 2018.



al que pertenece. Esto evidencia la preponderancia del principio de *lex loci protectionis* para los asuntos de derecho de autor, limitando el alcance territorial de la decisión lo que demuestra la complejidad del tema en el marco de la UE, aun cuando en esta existe cierto grado de armonización jurídica.

Establecer el local del daño en violaciones de derecho de autor en internet puede resultar una práctica jurídica compleja. Este elemento de conexión no debe ser entendido de manera rígida y sí analizado caso a caso para otorgar el derecho más justo y conceder los beneficios que correspondan.

Fuera del contexto europeo, podemos citar el ejemplo de Brasil, donde la legislación nacional no define el local del daño como elemento de conexión. La Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño LINDB (Brasil, 4 de septiembre de 1942), establece en su artículo nº12 que: la autoridad judicial brasilera es competente para conocer del asunto cuando el demandado esta domiciliado en Brasil o cuando la obligación tenga que ser cumplida en Brasil<sup>175</sup>. Para el caso de Brasil no resulta claro si prevalece el lugar del daño o la residencia habitual como elementos de conexión ante cuestiones de internet relacionadas al derecho de autor.

Un caso brasilero que destaca sobre la cuestión del local del daño es el entendimiento del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en el Recurso Especial nº1.685.558-SP<sup>176</sup>. Ministra Relatora Nancy Andrichi, en el caso *XP Educação Assessoria Empresarial e Participações v. Comercio de Livros e Cursos Especializados LTDA*. Originalmente la empresa *Educação Assessoria Empresarial e Participações* utilizó materiales didácticos a través de internet sin la autorización del titular de derecho de autor *Comercio de Livros e Cursos Especializados LTDA*, de ahí que el titular de derecho de autor domiciliado en Londrina Estado de Paraná Brasil interpusiera la demanda ante el Tribunal de Sao Paulo, para cohibir la utilización no autorizada de la obra. Ante lo que el demandado alegó la incompetencia del foro por no ser el domicilio legal del titular de derecho de autor.

---

<sup>175</sup>(Traducción Libre). Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño nº4.657 de 4 de septiembre de 1942. Artículo nº12.- Art. 12. Es competente la autoridad judicial brasileña, cuando sea el reo domiciliado en Brasil o aquí haya de cumplirse la obligación. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) Consultado 28 de mayo de 2018.

<sup>176</sup>(Recurso Especial Nº 1.685.558 - SP (2016/0221981-0), 2017)En resumen Disponible en: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1685558\\_4086f.pdf?Signature=iI0WQTa0eUvvmBmLV5wszLwkAVE%3D&Expires=1528228176&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=10a533847d084101afe3d87d733dbc43](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1685558_4086f.pdf?Signature=iI0WQTa0eUvvmBmLV5wszLwkAVE%3D&Expires=1528228176&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=10a533847d084101afe3d87d733dbc43)

Ante este conflicto de competencia el STJ entendió: que la violación de derecho de autor tuvo un alcance nacional ya que la misma fue realizada a través de internet, por lo que no se aplica lo dispuesto en el artículo nº100/1973 del CPC (Brasil, 11 de enero de 1973)<sup>177</sup>, que establece que las pretensiones deducidas de personas jurídicas deben ser juzgadas en el foro de su domicilio o sea en el local de su sede.

De acuerdo con el artículo nº100 del CPC establece que será competente el foro del domicilio del autor o del local del hecho jurídico. A tales efectos por ser hechos que sucedieron en el ámbito de internet y tener un alcance nacional, el tribunal entendió que el titular de derecho de autor víctima del ilícito posee la facultad de escoger el foro que mejor facilite el ejercicio de sus derechos bajo el principio del debido proceso legal y de amplia defensa. Siendo negado así el Recurso Especial establecido.

Resulta interesante analizar que en el caso concreto no es establecido un diálogo entre las diferentes normas jurídicas que convergen en la solución de la litis, habiendo una preponderancia del (Brasil, 11 de enero de 1973)<sup>178</sup> sobre la Ley de Derecho de Autor (Brasil, 19 de febrero de 1998)<sup>179</sup>, donde es claro la aplicación del principio de *lex loci protectons* (ley del local donde se reclama la protección) como fundamento más que suficiente sobre denegar el proceso y cuestión que no es enunciada en el cuerpo del Recurso.

Por su parte, el *common law* utiliza diferentes enfoques que varían caso a caso y dependen en gran medida de las interpretaciones jurisprudenciales del foro. Este va desde el test de los contactos mínimos, el aprovechamiento del propósito, el estatus de largo alcance y hasta el *fórum non conveniens*<sup>180</sup>. Para un mejor análisis de estos preceptos, los ubicaremos en la jurisdicción americana.

---

<sup>177</sup>Ley nº5869 de 11 de enero de 1973. Artículo nº 100- es competente el fuero

IV. Del lugar a) donde esta la sede para la acción en que es demandada la persona jurídica.

<sup>178</sup>Ley nº5869 de 11 de enero de 1973. Artículo nº 100- es competente el fuero IV. Del lugar a) donde est ala sede para la acción en que es demandada la persona jurídica. (Brasil, 11 de enero de 1973)

<sup>179</sup>Ley nº9.610 de 1998. (Brasil, 19 de febrero de 1998) Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) Consultado 10 de marzo de 2017.

<sup>180</sup>Varios autores como: Spencer Weber Waller. A unified theory of transnacional p´rocedure” Cornell International Law, invierno 1993. Vol.26 nº1 Ithaca, New York, p.112; BornB y Westing David, sostienen que el fórum non conveniens es una institución que le otorga al tribunal un poder discrecional para rechazar el poder o competencia que ya posee; el rechazo se apoya en le conveniencia y los vínculos en el foro. International civil litigation in United State Courts: Comentary and Materials Kluwer Law And taxation Publishers, Devenster,1996, pp.208 y ss. (Silva, 2014)

En el ámbito de los conflictos de jurisdicción el derecho norteamericano aplica el llamado test de los “contactos mínimos”, que es un principio aplicado a la jurisdicción personal<sup>181</sup> en el *common law*. Este hizo su aparición en 1945 en el caso Internacional *Shoes Co. v. Stat Washington* de la Corte Suprema<sup>182</sup>. Una vez realizada la notificación la corte sostuvo que el acusado sería capaz de ejercer su defensa en otro Estado porque la comunicación moderna y el transporte estarían disponibles para ejercerla. En este entendimiento basta un contacto mínimo con el foro ya sea vía telefónica, correo o fax, para que el tribunal sea competente de conocer sobre el asunto. A partir de este caso el test de los contactos mínimos se amplió de manera más flexible, siendo aplicado a cuestiones de internet<sup>183</sup>(Mcfarland, 2003,p.801).

Otro enfoque que destaca en la jurisprudencia americana es el “*purposely avails*” (aprovechar el propósito). Tiene sus orígenes en la jurisprudencia de 1958 en el caso *Hanson v. Denckla*. Aquí el Tribunal Supremo estableció límites para aplicar la jurisdicción personal, alegando que un tribunal no puede ejercer jurisdicción personal si el demandado sólo tiene contactos esporádicos y accidentales con el foro ya que no reside en este<sup>184</sup>.

Y por último algunos tribunales establecen el “*long-arm statutes*” (estatutos de largo alcance) para obtener jurisdicción sobre cualquier persona que no está presente en el Estado, pero que posee contactos que lo vinculan a este ya sea por efectuar negocios, cometer acto ilícito, realizar agravio fuera de Estado, pero con impactos dentro de este. Sin embargo, en este tema los tribunales americanos utilizan también la figura del *forum non conveniens*. Esta permite a los jueces ejercer su facultad discrecional de decidir si aceptan o no la presentación de un caso para su decisión. Esto evidencia que en el derecho americano existen interpretaciones diversas sobre los conflictos de jurisdicción.

---

<sup>181</sup>La jurisdicción personal en Estados Unidos, está determinada por la cláusula del debido proceso establecido en la Constitución Federal y la Regla del procedimiento civil (FRCP), siguiendo un sistema de frenos y contrapesos. Estas normas exigen que el acusado sea notificado con una copia, confirmando jurisdicción personal al tribunal de tratar el caso. (International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945), 1945) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html> Consultado: 3 de mayo de 2017.

<sup>182</sup>(International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945), 1945) Disponible en: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Personal+Jurisdiction> Consultado en: 20 de abril de 2018. Este proceso fue iniciado en una Corte em Washington sobre una disputa relacionada a recuperación de impuestos, donde la Corte asumió la jurisdicción personal de una corporación domiciliada en otro estado. Suprema Corte de Estados Unidos. Caso 326 U.S 310.311 (1945).

<sup>183</sup> Para un mejor entendimiento de este caso (Mcfarland, 2003) Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1955287](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1955287). Consultado 3 de mayo de 2017.

<sup>184</sup>Suprema Corte de Estados Unidos. Caso 357 U.S 235,78 S. Ct.1228,2 L. Ed. 2d1283 (1958). (Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958), 1958) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/235/> Consultado en: 3 de mayo de 2017.

Para la jurisdicción aplicable a internet la corte suprema americana ha venido utilizando básicamente lo que ellos denominan dos testes fundamentalmente: el teste *Zippo* y el teste *Calder*:

El teste *Zippo* es conocido también como el teste de escala móvil (*sliding scale test*). En esencia esto basa la jurisdicción con el nivel de interactividad del sitio web y el Estado donde está situado el tribunal, que debe conocer del asunto. Acá se determina la jurisdicción personal de acuerdo con la proporcionalidad y la calidad de las actividades comerciales en internet en el Estado en cuestión. Para ello es definido que la jurisdicción es competente cuando el demandado interactúa con los clientes del Estado, estableciendo un intercambio continuo de contenido, pagos, transacciones, entre otros. Ahora bien, si el acusado simplemente ha publicado en un sitio en internet y este es accesible desde el territorio del foro, pero no son realizados contactos entonces la justicia entenderá no tener competencia sobre el asunto objeto de la litis.

The Zippo court classified Internet web sites based on a sliding scale of "interactivity," consisting of primarily three groups: commercial, interactive, and passive. The court used this scale to determine whether there was valid personal jurisdiction, and whether such jurisdiction was general or specific. Commercial Internet web sites are those where contracts and agreements are formed between web site providers and consumers wishing to buy products or services from the provider via the website. The Zippo court held that, in circumstances where web page providers entered into contracts with customers over the Internet, such providers would be subject to personal jurisdiction in forum states where the customers reside.<sup>185</sup>

Autores como (Geist, 2013,p.47) afirman que cuando la interactividad es baja no resulta muy claro la competencia del foro. Lo que denota una cierta inseguridad jurídica al establecer jurisdicción personal basada en criterios como los contactos con el foro, debido a que transacciones transnacionales suceden a cada minuto en internet. Cuando una empresa americana está relacionada difícilmente la jurisdicción americana establece como foro competente a cuestiones de internet un tribunal que no radica en E.U.A.

---

<sup>185</sup>(Traducción Libre). En *Zippo* la corte clasificó los sitios web basado en una escala móvil de interactividad que consta principalmente de tres grupos: comercial, interactivo o pasivo. La corte usa esa escala para determinar si es válida la jurisdicción personal y si tal jurisdicción es general o específica. Los sitios web comerciales son aquellos donde se forman contratos y acuerdos entre los proveedores del sitio web y los consumidores que desean comprar productos o servicios del proveedor vía sitio web. En *Zippo* la corte sostuvo que en circunstancias en que los proveedores de la página web celebraron contratos a través de internet, dichos proveedores estarían sometidos a la jurisdicción de los Estados del foro donde residen sus clientes. *Pennsylvania District Court, Zippo Manufacturing Co v. Zippo Dot Com, Inc*, 952. Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1173&context=btlj> Consultado 1 de junio de 2017.

Por su parte, el teste *Calder* o como es conocido teste de los efectos tiene sus fundamentos en los efectos causados intencionalmente dentro del lugar donde ejerce su jurisdicción el tribunal, debido a los actos del demandado fuera de este. Esta interpretación viene de un caso del mundo físico (*Caso Calder v. Jones de 1983*)<sup>186</sup>. A diferencia del anterior este ofrece mayor seguridad jurídica para disputas relacionadas a aspectos comerciales, daño, agravios, lesiones generados a través de internet.

Entre las principales deficiencias de este teste se destaca su subjetividad pues los efectos son analizados por cuestiones como el lenguaje del sitio, la moneda utilizada en la transacción comercial, el uso del dominio del país, la nacionalidad, lenguaje específico, lo que en el ámbito internacional puede resultar complejo para determinar el foro competente.

Un ejemplo de lo anterior es el emblemático caso *Yahoo! Inc* de 2006<sup>187</sup>, fue interpuesta una demanda contra Yahoo! por subastar a través de internet artículo nazistas, estando disponibles para los usuarios franceses. Al respecto de esto la corte francesa ordenó el bloqueo inmediato de *Yahoo!* a los usuarios franceses ya que en este país es prohibido la comercialización de artículos de este tipo, sobre pena de establecer una multa diaria después de que fuera ejecutada la sentencia.

Luego *Yahoo!* se trasladó al Distrito de California presentando una demanda contra las cortes francesas para que la sentencia no tuviera alcance en E.U.A. Primeramente el tribunal americano entendió tener jurisdicción personal sobre el caso, por lo que fue admitido y procesado. Seguidamente fue determinado que la sentencia dictada por la justicia francesa estaba excluida en E.U.A debido a la Enmienda n°1 de la Constitución Federal<sup>188</sup>, relativa a la libertad de expresión, aplicando el teste de los efectos o teste *Calder* como fue explicado anteriormente. Esta decisión fue apelada por la parte francesa a lo que el Tribunal Superior emitió el mismo fallo. En resumen, la corte francesa emitió el fallo con base en elementos usados en casos del mundo físico definidos en el Código de Procedimiento Civil francés<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> En este caso el Tribunal Superior sostuvo que un tribunal dentro de un Estado podía imponer jurisdicción personal sobre el autor y editor de una revista nacional que publicaba un artículo supuestamente difamatorio sobre un residente de ese Estado, y donde la revista tenía amplia circulación en ese Estado. (*Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984), 1984) Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/case.htm>. Consultado 11 de junio de 2017.

<sup>187</sup> Para mayor ampliación del caso. Marc H. Greenberg. "A Return to Lilliput: The *LICRA v. Yahoo-Case* and the Regulation of Online Content in the World Market". (Greenberg, 2003) Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=btlj> Consultado: 11 de junio de 2017.

<sup>188</sup> Ídem

<sup>189</sup> Ídem.

Es importante destacar que, si bien el caso *Yahoo!* no es propiamente un caso relacionado a propiedad intelectual y menos de derecho de autor, el deja claro la desconfianza de los tribunales en reconocer y ejecutar decisiones en cuestiones de internet emitidas por otros foros. A pesar de la decisión tener más de diez años, poco a cambiando en el ámbito de derecho privado e internet, prevaleciendo la misma incertidumbre jurídica cuando existen litigios transnacionales.

Ya en el contexto de derecho de autor e internet la corte suprema tiene un entendimiento más favorable a preceptos definidos por el *fair use* que fueron abordadas en el Capítulo II. Las condiciones que motivan la decisión son más enfocadas al carácter comercial y el propósito del uso de la obra, el mercado potencial y la originalidad de la obra. Razón que demuestra la falta de un diálogo entre las fuentes internas y la jurisprudencia respecto a las violaciones de derecho de autor en internet, lo que agudiza el desequilibrio entre acceso y protección.

Tanto en el *civil law* como en el *common law* no existe una garantía absoluta que, en materia de acceso a la cultura y derecho de autor en el ámbito de internet, puedan circular de manera tranquila las decisiones judiciales al respecto. El predominio de la desconfianza jurídica en el tribunal extranjero es universal. Esto provoca que en la práctica varios Estados pueden declararse competentes para conocer de un litigio generado en la red, pero el cese de la actividad infractora solo podrá ser ejecutado por la jurisdicción donde se encuentra localizada la actividad transgresora. Otro elemento a destacar es que no existe un consenso universal de cuales elementos de conexión son más viables y adecuados en conflictos de jurisdicción que vinculen el derecho de autor y el acceso a la cultura en internet.

Este análisis entre el *civil law* y el *common law* trae consigo el cuestionamiento sobre la eficacia de aplicación del principio de territorialidad en cuestiones vinculadas a internet, como elemento esencial para determinar la competencia de un tribunal. El otro cuestionamiento va alrededor de un supuesto donde un determinado contenido protegido por el derecho de autor subido a internet tipifica como una violación internacional.

El eje central en el debate propiedad intelectual y DIPr lo ocupa sin dudas el principio de territorialidad. En relación a este epicentro del debate existen dos posiciones que gana destaque dentro de la interpretación sobre la aplicación de este principio: la corriente unitarista y la dualista.

La postura unitaria según (Kunda, 2013,p.459) entiende que la naturaleza territorial de los derechos de propiedad intelectual impide que el lugar del hecho causal y el lugar de la consecuencia sean diferentes cuando existe una sola infracción de tales derechos. Este autor explica que para que sean diferentes el lugar del daño y el lugar de la infracción deben existir dos infracciones distintas, una en cada país.

De acuerdo con esta teoría en un determinado supuesto jurídico donde una obra literaria protegida es reproducida en un país X y vendida en un país Z, técnicamente existen dos violaciones: la del derecho de reproducción en el país X y la de distribución en el país Z. Como la reproducción y la distribución son derechos exclusivos y suceden en locales diferentes para estos teóricos sería posible reclamar la protección ante las dos violaciones en los dos lugares. El daño que es reclamado en el derecho de autor es el daño directo que surge como consecuencia de infracciones a la exclusividad del titular generando pérdidas económicas.

Para los dualistas el principio de territorialidad no se deriva necesariamente de una interpretación unitaria. Según ellos esta teoría confunde los efectos del principio de territorialidad en relación a los conflictos de leyes y competencia judicial internacional. La interpretación del principio de territorialidad rige independientemente del tribunal competente para resolver el litigio ya sea nacional o extranjero.

Los derechos de propiedad intelectual generan una intromisión en las exclusividades otorgadas a los titulares de derecho de autor, las que están definidas en el Cbe. Según este tratado la titularidad del derecho de autor abarca cuatro facultades exclusivas como son: el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de comunicación al público, y el más reciente el derecho de puesta a disposición del público como ocurre en el ámbito de internet.

La Convención de Berna de 1886 (CBe) viene a traer una protección sustantiva mínima a los autores, siendo el embrión del sistema internacional de la propiedad intelectual. En ella se establece el principio de tratamiento nacional como punto de partida para determinar el régimen normativo aplicable<sup>190</sup>, garantizando al autor la protección más allá de las leyes del país de origen, y estableciendo un equilibrio uniforme a la protección ya que los autores nacionales o

---

<sup>190</sup> Convención de Berna de 19 de septiembre de 1886, enmendada en 28 de septiembre de 1979. Artículo nº5- Convención de Berna 1886. (Ompi, 1886)

extranjeros gozan de igualdad de garantías independientemente del territorio donde se reclama la protección.

“A ideia do direito uniforme no campo da propriedade intelectual está na adoção de tratados e convenções que não afetam apenas a aplicação das normas de direito material interno, como também resultam em mudanças mais abrangentes nos direitos domésticos”<sup>191</sup> (Bertini, 2013, p.176.)

La protección del derecho de autor históricamente ha estado basada en la aplicación del principio de territorialidad o en el concepto de autor nacional, teniendo efectos estrictamente dentro del Estado que lo reconoce. Esta solución presenta excesivos problemas en el contexto actual con la presencia de Internet en la vida social del individuo.

La distribución, utilización o ejecución de obras protegidas por el derecho de autor o derechos conexos, ocurría dentro de un territorio identificable. Sin embargo, la red de redes modificó de forma abrupta puesto que el acceso es instantáneo, simultáneo y transfronterizo. El principio básico del derecho de autor *lex loci protectionis* resulta inoperable en el entorno digital siendo necesaria su adaptación.

Puede decirse que muchos de los argumentos esbozados anteriormente han sido muy criticados en el ámbito académico, ya sea de manera implícita o explícita, pues la razón que permitió al extranjero reivindicar sus derechos de autor en un país, puede ser solo la aplicación de la ley de aquel país, lo que limita la situación de equilibrio entre el usuario y el autor.

Territorialidad e independencia son rasgos básicos de los derechos de propiedad intelectual compartidos a escala internacional, que resultan determinantes para que el criterio *lex loci protectionis* sea común prácticamente a todos los Estados para determinar la ley aplicable a la protección de estos derechos.(Asensio, 2015c,p.298)

La situación actual de los elementos territorialidad e independencia, características del derecho de autor, facilitan que, en muchos países, en particular en el sistema del *common law*, se consolidara un criterio según el cual la tutela de estos derechos correspondería en todo caso a los tribunales del país para cuyo territorio se pretende la protección. (Asensio, 2015c,p.312).

---

<sup>191</sup>(Traducción libre) La idea de derecho uniforme en el campo de la propiedad intelectual está en la adopción de tratados y convenciones que no afectan a penas la aplicación de las normas de derecho material interno, como también resulta em cambios más abarcadores en el derecho doméstico.



Esto conlleva a una fragmentación de los litigios jurídicos internacionales que resultan ineficaces en relación con que solo se limita a la aplicación de su legislación doméstica, y resulta desconfiada en los procesos que se tramitan en el extranjero. Además, coloca una excesiva vinculación de estos derechos a políticas públicas con especial vinculación del poder público estatal, lo que contrasta con la naturaleza de estos bienes jurídico-privados.(Asensio, 2015c,p.317)

La realidad jurídica internacional del derecho de autor y las nuevas tecnologías, dejan claro la necesidad de flexibilizar el principio de *lex loci protectionis*, debido a la pérdida del elemento territorialidad en el ambiente virtual. Lo que facilitaría en igualdad jerárquica en la utilización de una comunión entre las fuentes del derecho de autor para dar una solución más efectiva ante los litigios transfronterizos y transnacionales que el uso de la red provoca.

Autores como (Moura, 2010,p.193): afirman que bajo estas condiciones no existe una la eficacia universal para los derechos de propiedad intelectual. La competencia internacional de los tribunales de cada país está sujeta a restricciones dictadas por la idea de territorialidad, criterio con el que concordamos.

La tramitación de un proceso en un determinado país hoy no garantiza que la decisión tomada tenga plena satisfacción en el foro, pues ello va a depender de asegurar la plena efectividad de la decisión emitida.

Reconocer y ejecutar decisiones extranjeras relativas a actividades transgresoras en internet, adquiere hoy una importancia extraordinaria y una complejidad extrema en materia de DIPr. La ausencia de un instrumento jurídico internacional que regule este asunto, provoca que las soluciones estén subordinadas a la normativa convencional de fuentes internas y ley aplicable.

Criterios como el de *lex loci protectionis* también contribuyen a limitar el alcance de decisiones en el ámbito internacional, circunscribiendo a condiciones físicas que poco se adaptan al espacio virtual que domina hoy la vida del individuo. Cada Estado es soberano para aplicar sus propias reglas de derecho de autor, por lo que aquello que gana protección en un lugar puede no tenerlo en otro.

Sin embargo, este marcado carácter territorial ha contribuido a la búsqueda de soluciones para intentar armonizar los aspectos del sistema de propiedad intelectual que resultan diferentes en su aplicación. En el contexto normativo han existidos varios intentos por establecer una

armonización jurídica que logre contornar el desarrollo tecnológico y la legislación sobre derecho de autor.

#### **4.2 Intentos de armonización jurídica internacional del derecho de autor**

Al respecto de la armonización jurídica internacional (Kessedjian, 1998,p.85) destaca que en el ámbito internacional actualmente los conceptos unificación y armonización son utilizados de manera vaga. La expresión armonización sirve para disfrazar el proceso de unificación. La autora sugiere que la armonización es un eufemismo ya que significa uniformización, según apuntas estudios sobre los Principios de UNIDROIT en el DIPr.

Para un tratado internacional ser efectivo en el área del DIPr, necesita abordar al menos uno de los cuatro tópicos esenciales de la materia: ley aplicable, jurisdicción competente, foro competente, ejecución de sentencia extranjera, lo que se hace mucho más complejo en el ámbito del derecho de autor. En el espacio de la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional privado, la temática no alcanza un papel prioritario.

La jurisdicción en el ámbito de la Haya en materia de propiedad intelectual es establecida a través de cuatro criterios básicamente: a) foro de las partes (autonomía de la voluntad de las partes, con criterios límites para los contratos estándares); b) foro general, (tribunal del domicilio o residencial habitual del demandado); c) foro de la materia de litigio (tribunal del país donde ocurrió la infracción, criterio de responsabilidad extracontractual); d) foro del contrato (tribunal competente en virtud del contrato, a falta de elección expresa o implícita vinculante según ley del foro)(Boretto, 2013,p.23).

La residencia habitual como concepto jurídico, evoca hacia la situación de múltiples ciudadanías y domicilios del hombre que vive inmerso en la globalización, siendo que pueda tener más de un domicilio, pero solo una residencia habitual. Está amparada además en la aplicación del principio del juez natural.

En cuanto a la jurisdicción en razón de la materia, como práctica permite la aplicación del derecho extranjero, un tribunal no será considerado incompetente por tener que aplicar el derecho extranjero, así como el reconocimiento y ejecución de la sentencia en territorio extranjero. El tribunal debe tener autoridad para coordinar y consolidar el litigio, existiendo la tendencia general hacia la consolidación, pues esta invoca la pericia del tribunal en materia de propiedad intelectual, así como la aplicación de un único derecho a todos los aspectos objetos de la litis, siendo este un beneficio jurídico en favor de la lucha contra la piratería.

En el espacio de la Haya se observa, en relación a la Convención sobre “elección de foro competente”(Hcch, 2005), que resulta excluido la aplicación de elección de foro a los asuntos de propiedad intelectual y derecho de autor, lo que imposibilita en el mundo globalizado y dominado por Internet, soluciones más ajustadas a la realidad cosmopolita imperante, anulando así la decisión del autor sobre aquel tribunal que resolverá de forma más eficiente la violación cometida.<sup>192</sup>

Fundamentalmente la determinación o localización de un infractor en internet, presupone la violación de datos personales que deben ser suministrados por el proveedor de acceso o de contenido, a fin de localizarlo. Lo que constituye en la mayoría de los países una violación a los derechos fundamentales como es el caso de la protección de datos personales.

En países como Argentina, Canadá, España, Paraguay, Perú, Brasil la protección de datos personales o *habeas data* es protegida la información personal de los usuarios, consagrándose el principio de confidencialidad y privacidad en los servicios en línea. Obligando a las personas naturales o jurídicas que manejan datos personales a proteger y velar por la seguridad de las informaciones obtenidos en razón de su trabajo.

Cuando se habla de armonización jurídica internacional sobre derecho de autor, el primer paso fue dado en el contexto de la OMPI mediante la convergencia de los tratados internacionales, forzando a los Estados signatarios a asumir patrones mínimos de protección dentro de sus legislaciones domésticas, como vimos en el Capítulo II, ya sea a través de las llamadas medidas tecnológicas de los Acuerdos Trips, las limitaciones y excepciones enunciadas en CBe o la vinculación existente entre los propios tratados de OMPI como son TDA y TIEF, para reforzar la protección en el contexto internacional.

En el caso de CBe de 1886, la armonización internacional se da sobre la aparición de una figura totalmente novedosa para la época que es el llamado tratamiento nacional. Aquí se les concede a los extranjeros artista, autores e inventores de los países miembros del tratado los mismos derechos que le son otorgado a sus nacionales, ofreciendo un grado mínimo de protección que permanecerá hasta la actual.

---

<sup>192</sup> Convención de Haya Elección de Foro de Fecha 20 de junio de 2005. Artículo n°2 Exclusiones del ámbito de aplicación. n) la validez de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos; o) la infracción de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos, con excepción de los litigios iniciados por la violación de un contrato existente entre las partes con relación a tales derechos, o los que pudieran haberse iniciado por la infracción de dicho contrato. (Hcch, 2005)

Autores como (Bertini, 2013) y (Bassos, 2000c) coinciden en que este grado de armonización sustantiva alcanzado en CBe, no fue obtenido en Convenciones posteriores en el ámbito del DIPr. Este principio de soberanía como diversidad legislativa consolida el desarrollo gradual de armonización de la propiedad intelectual, introduciendo derechos mínimos en los ordenamientos domésticos como: derecho de autor, exclusividad de los titulares de derechos de autor, plazos de protección, excepciones y limitaciones.

Por su parte (Drahos, 1999,p.324) afirman que el contexto de la OMPI y en materia de propiedad intelectual, los Estados eran soberanos para pactar principios básicos, teniendo al tratamiento nacional como el principal dentro del sistema de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo el autor refiere que de manera alguna puede pensarse que existía una armonización de normas técnicas. Un ejemplo de ellos es que países del *civil law* reconocían los derechos morales de los autores en cuanto países del *common law* no.

Esta armonización sustantiva adoptada si bien no resolvió los problemas de conflictos de leyes, existente contribuyó a minimizar sus efectos por un tiempo, propiciando una apertura comercial de las obras de artes en los diferentes países y bajo las más diversas jurisdicciones, amparados en el principio de territorialidad (*lex loci protectionis*) para reclamar las violaciones de derecho de autor, principio que prevalece hasta hoy.

En la era posterior a la OMC, el proceso de armonización jurídica internacional fue concebido bajo el paradigma de estándares globales, basados en modelos del mercado neoliberal. A partir de aquí gana auge la creación de “sistemas globales” de protección a la propiedad intelectual, un ejemplo de ellos es el sistema internacional de patentes mediante el Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 1 de junio de 2001(Ompi, 2001) y su Reglamento de 1 julio de 2017(Ompi, 2017)<sup>193</sup>, y el sistema internacional de marcas mediante el Tratado sobre el Derecho de Marcas de 27 de octubre de 1994 (Ompi, 1994b)y el Reglamento sobre el Derecho de Marcas de 27 de octubre de 1994(Ompi, 1994a)<sup>194</sup>.

Ambos instrumentos tienen como objetivos armonizar y agilizar los procedimientos nacionales y regionales tanto del registro de patentes como de marcas; unificándolos y simplificándolos para tornarlos viables en varias jurisdicciones al mismo tiempo.

---

<sup>193</sup>(Ompi, 2017) Disponibles en: Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=126881](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126881)  
Consultado el 26 de abril de 2018.

<sup>194</sup>(Ompi, 1994a) Disponibles en: Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=126881](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126881)  
Consultado el 26 de abril de 2018.

Si bien el tema de patentes no es objetivo de esta investigación es importante aclarar que la normativa internacional ha provocado una excesiva protección a favor de las actividades creativas e innovadoras, bajo la premisa de que los inventores necesitan una mayor protección pues esto incrementa la producción intelectual e incentiva la creación, estableciendo patrones de exclusividad en favor de los titulares de patentes al mismo tiempo que reduce la esfera del dominio público que a todos pertenece.

Sin embargo el derecho de autor no tuvo la misma suerte prevaleciendo aún un sistema marcado por la territorialidad, el tratamiento nacional y unionista que fue definido en CBe en 1886 y sus posteriores modificaciones, donde prevalece el principio de *lex loci protectionis* como elementos esenciales para reclamar protección<sup>195</sup>.

#### **4.2.1 Armonización regional de la propiedad intelectual**

La armonización del derecho de autor en los diferentes escenarios regionales camina por iguales desafíos que la realidad internacional; partiendo de una protección mínima hacia una máxima. Un ejemplo de ellos son la Comunidad Andina de Naciones, el Mercosur y la Unión Europea, todos con realidades jurídicas diferentes.

##### **A) Comunidad Andina de Naciones**

Según (Alvarez, 2006,p.40) el sistema jurídico andino se encuentra compuesto por dos clases de normas: “primarias u originarias” y secundarias o derivadas”. Las primeras hacen referencia al conjunto de tratados y protocolos que dan existencia a la CAN y a sus organismos. La segunda se refiere al conjunto de normas promulgadas por los organismos andinos dentro del ámbito de su competencia en forma de decisiones y resoluciones.

El principio fundamental que gobierna las normas andinas es la supranacionalidad, amparada en los principios de autonomía, aplicación directa y efecto directo. Estos principios le otorgan al funcionamiento de la CAN características peculiares en la aplicación del derecho internacional en el plano doméstico.

---

<sup>195</sup> Esto puede ser corroborado en el contexto regional a través de diversos instrumentos. La protección sólo ha caminado hacia excepciones y limitaciones, como alternativas para resolver el desequilibrio entre acceso y protección como manera que pretende minimizar el descontrol sobre los usos que propicia la tecnología. Tal es el caso de la Directiva sobre derecho de autor de la UE de 2001, el *Anti Counterfiting Trade Agreement* de 2 de octubre de 2010 firmado por Australia, Canadá, UE, Japón, México, Marruecos, Nueva Zelanda, República de Corea, Singapur, Suiza y E.U.A., por solo mencionar algunos ejemplos

Comenzando por la armonización regional mínima se destaca la Comunidad Andina de Naciones respecto al derecho de autor en el Acuerdo n° 351 de 17 de diciembre de 1993(Can, 1993), fue establecido el régimen común de los derechos de autor y derechos conexos. Este instrumento viene a reforzar una serie de principios y características ya definidas en CBe, sin realizar grandes modificaciones a lo que estaba establecido en la época. El trato nacional, la regla de los tres pasos, los derechos conexos, la titularidad de derecho tanto a personas naturales como jurídicas, son los elementos que más destacan en el cuerpo del acuerdo. Es importante resaltar que este constituye un avance en el plano regional pues hasta la fecha no había sido pactado nada sobre derecho de autor.

El objetivo de este régimen armonizador en la CAN era establecer un estándar común a los Estados miembros el que se encontraba bastante disperso, garantizando un nivel de protección equilibrado, para facilitar el comercio en la región. Esto propició el nivel de inversión y flujo de capitales hacia el interior del bloque en cuestiones de propiedad intelectual.

La Decisión n°351 de 1993(Can, 1993), fue bien vanguardista para su época, en su momento fue considerada una norma ambiciosa en materia de derechos de autor, pues fijaba niveles de protección equiparados al ADPIC, que aún no había entrado en vigor.

Sin embargo, hoy este instrumento regional no conserva la misma posición atrevida, pues aspectos como derechos de autor, derechos conexos y diversidad cultural en el ambiente digital se han quedado retrasados. Además, esta decisión dispone que entre conflictos de derecho de autor y derechos conexos prevalecen los derechos de autor.

A partir de 2004 la CAN promulgó la Decisión n°598 que permitió las negociaciones individuales entre los Estados miembros, cuando no fuera posible una negociación colectiva. Desde aquí comenzó una oleada de acuerdos bilaterales entre los miembros y con ello los (Tratados de Libre Comercio) TLC celebrados con E.U.A. Los TLC se caracterizan por pactar estándares de protección más altos que los dispuestos para ADPIC y en el caso del derecho de autor las negociaciones son “o lo tomas o lo dejas”.<sup>196</sup>

Para los Estados miembros de la CAN que firman TLC aparecen diferentes fuentes en el ámbito del derecho de autor. En primer lugar, se tienen las normas andinas, las que deben prevalecer frente a cualquier norma interna o compromiso internacional. Segundo aparecen las

---

<sup>196</sup> Para un mejor esclarecimiento de la manera en que son firmados los TLC en América Latina consultar: *Bryan Mercurio, Trips-Plus provisions in facts: Recent trends*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=947767> donde se describe la política internacional de E.U.A em matéria de propiedad intelectual.

normas internas que se derivan de los TLC, las que no pueden ser alteradas ni incumplir el compromiso internacional. Tercero las normas complementares que emanan como complemento de la norma andina.

Al converger todas estas fuentes se produce una fricción jurídica ya que el TLC otorga mayores derechos a los autores que son traducidos en privilegios y a favor de mayor protección que los concedidos por la Decisión n°351, prevaleciendo el modelo americano de protección de derechos de autor que poco se ajusta a países con un sistema de derecho de autor basado en modelo del *civil law*. Esto evidencia que la CAN necesita un proceso de armonización jurídica internacional a nivel regional más acorde con el contexto tecnológico imperante.

Por último, se resalta que la CAN a pesar de tener una instancia para la solución de controversias jurídicas y ofrecer interpretaciones prejudiciales a determinados asuntos, no cuenta con procesos que pueda servir de referente en materia de derecho de autor en la región, lo que evidencia que la armonización está a un nivel mínimo limitándose a la firma de un Acuerdo, sin mayores pretensiones jurídicas.

#### B) Mercosur

En el caso del Mercosur tampoco existen avances significativos en materia de derecho de autor y armonización jurídica internacional. El Protocolo de Armonización de las Normas de Propiedad Intelectual, destinado a cuestiones de marca, indicaciones geográficas, denominaciones de origen en la Resolución n°8/95 de 5 de agosto de 1995 (Mercosur, 5 de agosto de 1995),<sup>197</sup> obliga a observar las normas y principios de la Convención de Paris, no siendo así en el ámbito del derecho de autor.

Esto denota un divorcio jurídico en el ámbito internacional entre derechos fundamentales referente a acceso a la cultura y propiedad intelectual, pues como observamos en el Capítulo I existen en el espacio regional varios tratados que defienden la protección del acceso a la cultura, pero el derecho de autor no ha ocupado el mismo nivel en estos ámbitos.

#### C) Unión Europea

---

<sup>197</sup>(Mercosur, 5 de agosto de 1995) Disponible en: [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/Dec\\_008\\_095\\_Prot%20Harm%20Norm%20Intelect%20Proc%20Denom%20Origem\\_At%201\\_95.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_008_095_Prot%20Harm%20Norm%20Intelect%20Proc%20Denom%20Origem_At%201_95.PDF) Consultado 20 de mayo de 2018

En el contexto regional los mayores avances en cuestiones de armonización los tiene la UE, quien desde 1991 trabaja en la búsqueda de un consenso regional sobre protección de propiedad intelectual. Este bloque económico ha pasado por varias etapas de armonización: la primera (1991-2001) conocida como la década de las Directivas; la segunda (2001-2009) el periodo de la consolidación de la armonización; y el tercero (2009 hasta la actualidad) conocido como la etapa del activismo judicial.

Conocido como la década de las Directivas sobre derecho de autor (1991-2001), fue caracterizado en la UE como una etapa fructífera para avanzar en la protección. El primer momento aparece en el llamado Libro Verde sobre *copyright* y derechos relacionados a la sociedad de la información, partiendo de esta base el sistema legislativo europeo definió seis temas: (1) piratería y cumplimiento de la ley, (2) copia privada y audiovisual; (3) derechos de distribución y alquiler; (4) programas de ordenador; (5) bases de datos; (6) relaciones externas multilaterales y bilaterales.

La primera fue la Directiva nº 91/250/CE de 14 de mayo de 1991 (Ue, 14 de mayo de 1991) sobre Programas de Ordenador, reforzando lo establecido en CBe referente al tema, como obras susceptibles de derecho de autor. Reconociendo su titularidad tanto a personas físicas como jurídicas, según las especificidades de cada Estado miembro<sup>198</sup>. La consideración en el marco europeo de los programas de ordenador como obras literarias y artísticas, refuerza la concesión de limitaciones y excepciones y solución de controversia, que le son aplicables.

Ya en 1992, fue promulgada la Directiva nº92/100/CE de 19 de noviembre de 1992 (Ue, 19 de noviembre de 1992), sobre derechos de distribución y alquiler. Esto propició una armonización horizontal, ya que los estados miembros comenzaron a definir un marco de referencia en el sistema de armonización relativo a derechos conexos (derechos vecinos, productores de fonogramas, artistas intérpretes ejecutantes, productores de filmes), alcanzando niveles que superaron con creces la protección concedida por la Convención de Roma de 1967.

Como vimos en el Capítulo II, en la Convención de Roma de 1967 en su artículo nº8 es exclusividad de los titulares de derecho de autor la puesta a disposición al público, en la supra citada Directiva europea nº92/100/CE de 19 de noviembre de 1992 (Ue, de 19 de noviembre de 1992), se desacata en el artículo nº5 que los Estados miembros pueden establecer excepciones

---

<sup>198</sup> (Ompi, 1886) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=126881](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126881) Consultado el 26 de abril de 2018.



al derecho exclusivo de alquiler, reproducción y préstamo público de originales, pudiendo determinar libremente una remuneración de acuerdo con sus objetivos culturales.

En 1993, la UE fue más allá, promulgando 2 Directivas de vital importancia dentro del proceso de armonización regional. La Directiva nº 93/83/CE de 27 de septiembre de 1993 (Ue, 27 de septiembre de 1993), relacionada a los derechos de autor y derechos conexos en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y distribución por cable, buscaba aproximar el mercado interno para estos servicios. Aquí se aplica la norma de país de origen a los actos de radiodifusión por satélite. Este instrumento facilitó enormemente la difusión, estableciendo un esquema de derecho colectivo obligatorio con respecto a los actos de retransmisión a través de las fronteras nacionales. La otra Directiva nº 93/98/CE de 29 de octubre de 1993 (Ue, 29 de octubre de 1993), por su parte, instauró el plazo de protección para los derechos de autor y derechos conexos en el contexto regional quedando como sigue: los derechos de autor un plazo de 70 años posteriores a la muerte del autor y los derechos conexos 50 años después de la muerte del autor.

Por un lado, la otra Directiva nº 93/98/CE de 29 de octubre de 1993 (Ue, 29 de octubre de 1993), relacionada a la armonización de los derechos de autor y conexos deja claro que la postura es favorable al sistema romano-germano, al considerar al director de la obra audiovisual como autor de esta y no al productor como en el sistema *copyright*. Esto también se evidencia en la jurisprudencia como es el caso *Lukas v. Pertus*, que abordaremos más adelante<sup>199</sup>. En realidad, en la UE prevalece este modelo jurídico en la mayoría de los países, pero eso no determina que sea esta postura la única seguida en el ámbito regional.

En 1996 la UE continuó trabajando en aquellas cuestiones pendientes de soluciones y relatadas en el Libro Verde en 1988. La Directiva nº96/9/CE de 11 de marzo de 1996 (Ue, 11 de marzo de 1996), sobre bases de datos. Las bases de datos acá son definidas como un derecho *sui generis* que se enmarca dentro del derecho de autor independientemente de la forma que adopten. Lo que refuerza los preceptos de Cbe sobre el asunto.

El 2001 vió la consolidación de la agenda digital en la región y del proceso de armonización iniciado en los finales de los 80. La Directiva nº2001/84/CE de 27 de septiembre de 2001 (Ue, 27 de septiembre de 2001), en relación al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Este instrumento introduce excepciones y limitaciones a fin de

---

<sup>199</sup> Directiva nº93/98/CEE de 29 de octubre de 1993. Artículo nº2.1.- Se considerará autor o coautor al director de una obra cinematográfica o audiovisual. Los Estados miembros podrán designar otros coautores. (Ue, 29 de octubre de 1993) Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=126898](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126898) . Consultado 10 de mayo de 2017.

equilibrar el monopolio de los titulares de derecho de autor e incentivar el acceso a la cultura, cuestión de especial relevancia ya que esto no había sido abordado en el Libro Verde.

Por su parte la Directiva nº2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 (Ue, 22 de mayo de 2001a) establece la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información. Siendo una novedad para la época en que fue publicado este instrumento, logrando armonizar cuestiones polémicas en el ámbito de la sociedad de la información como son: el derecho de reproducción, excepciones y limitaciones, derecho de comunicación al público, derecho de distribución, protección de medidas de carácter tecnológico, así como las sanciones y puciones a ser establecidas en el contexto regional.

Tras la implementación de esta Directiva surgieron muchas interpretaciones sobre cuestiones polémicas vinculadas a internet, como es el caso de “comunicación al público” de una obra sin la autorización del autor a través de un sitio. Al respecto de este asunto el Tribunal de Justicia de la UE dio un esclarecimiento en el caso C-160/15 *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV*(C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV*, *Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, , 2016)<sup>200</sup> de la Segunda Sala del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2016, se estableció un procedimiento prejudicial a fin de que el Tribunal de Justicia determinase la interpretación del artículo nº3 de supra citada Directiva.(Ue, 22 de mayo de 2001b)<sup>201</sup>

En este caso la corte entendió que para que se perpetúe la “comunicación al público” deben existir dos requisitos de manera simultánea: un acto de comunicación de una obra y la

---

<sup>200</sup> Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre *GS Media BV*, por una parte, y *Sanoma Media Netherlands v. Playboy Enterprises International Inc.* y la Sra. *Britt Geertruida Dekker* por otra parte, relativo, en particular, a la colocación en el sitio de Internet *GeenStijl*, explotado por *GS Media*, de hipervínculos que remiten a otros sitios que permiten consultar fotos que representan a *la Sra. Dekker*, realizadas para la revista *Playboy*. En este caso fue autorizado la publicación de las fotos y cedidos los derechos de autor para la Revista *Playboy* no para que un tercero las colocara a disposición de un sitio en internet. (C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV*, *Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, , 2016)

<sup>201</sup> Directiva nº2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 Artículo nº3 1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. 2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija: a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite. 3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2. (Ue, 22 de mayo de 2001b) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT> Consultado 1 de marzo de 2018.

comunicación de esta a un público. Ahora bien, para que exista una “comunicación al público” que viole los derechos de propiedad intelectual y en especial los derechos de autor, es necesario que se configure que el sujeto que realiza el acto de comunicación al público esté con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a los usuarios o clientes acceso a una obra protegida y todas las implicaciones jurídicas que ello conlleva.

Además, la sentencia plantea: “para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio, hipervínculos que remiten a obras protegidas disponibles libremente, sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición. Es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras, en internet o sí, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento” (*C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, , 2016).<sup>202</sup> Cabe resaltar que tanto el derecho a la comunicación al público como el acceso a la cultura en el ámbito de la sociedad de la información necesitan de interpretaciones caso a caso que permitan establecer un equilibrio entre acceso y protección.

Esta necesidad de entender los conflictos de propiedad intelectual en el ámbito de internet trajo consigo que a partir de 2001 y hasta 2009 la UE entra en una etapa de consolidación de la armonización de los derechos de autor. Esto generó una oleada de revisiones y documentos políticos, retardando considerablemente lo logrado en el período anterior. Este declive tuvo varias causas entre ellas: la entrada de nuevos miembros, los nuevos Estados provenían de Europa del Este y no estaban dispuestos a modificar sus leyes internas tan fácilmente, complejizando la elaboración de nuevos tratados. El empleo de instrumentos de geolocalización en ocasiones constituye un elemento que limita el acceso y somete a los usuarios a la legislación de un único territorio o Estado.

A excepción de la Directiva nº2004/48 CE de 29 de abril de 2004 (Ue, 29 de abril de 2004) sobre la aplicación de los derechos de propiedad intelectual de mono general no fueron adoptadas nuevas normas al respecto, por lo que se deduce que existió una paralización del proceso de armonización que hasta entonces era realizado. Existieron varios informes y

---

<sup>202</sup>(C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker, , 2016) Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_sp.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_sp.pdf). Consultado 10 de mayo de 2017.

recomendaciones que a través de normas de *soft law* indicaban a los Estados el camino a seguir en el proceso de armonización, tal es el caso de las Recomendaciones de 2005 sobre la Directiva n°96/9/CE de 11 de marzo de 1996(Ue, 1996), sobre la protección de bases de datos<sup>203</sup>.

La era del activismo judicial fue iniciada en 2009 con el famoso caso *Infopaq vs. Danske Dagblades Forening* (DDF). El litigio principal estaba dado en que *Infopaq* realizaba resúmenes de artículos procedentes de diarios y otras publicaciones periódicas danesas, mediante un procedimiento de recopilación de datos y eran enviados a sus clientes por correo electrónico. DDF es una asociación empresarial danesa que representa editores de diarios, velando por los derechos de autor de sus miembros. (C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 2009)

A los efectos *Infopaq* alegó no necesitar autorización de los titulares de derecho de autor. Al respecto el Tribunal de Justicia entendió que un procedimiento de recopilación de datos que almacena en memoria e imprime un extracto, constituye una reproducción según el artículo n°2 de la Directiva Europea n°2001/29/CE (Ue, 2009)<sup>204</sup>. Este caso fue novedoso ya que no existían trabajos anteriores que contemplasen violaciones de derecho de autor armonizados, lo que llevó a fuertes críticas en el contexto británico. Esta práctica es muy similar a la realizada por *Google* al recopilar noticias de las cuales no posee derechos de autor y coloca en sus *GoogleNew*.

Otra decisión importante fue relacionada a los contratos de producción de filmes, una de las áreas no armonizadas en el contexto regional. El caso *Lukas v. Petrus* de 2012(C-277/10 *Martin Luksan y Petrus van der Let*, 2012)<sup>205</sup>. Fue entendido que los derechos de explotación de la obra de acuerdo con la normativa europea se debían al director principal de la obra cinematográfica, considerando que la concesión de estos derechos a los productores resultaba incompatible con la normativa europea vigente al respecto; razón que obligó a Austria a readecuar su normativa e interpretación sobre el tema.

El derecho de la UE debe ser interpretado en el sentido de que cualquier remuneración compensatoria (copia privada) debe ser favorable al director principal de esta disfrutando de pleno derecho sobre la misma. El papel de la corte ha sido decisivo en el proceso de

---

<sup>203</sup>(Ue, 1996) Disponible en:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_sp.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_sp.pdf).

Consultado 10 de mayo de 2017.

<sup>204</sup>(Ue, 2009) Disponible en: [https://europa.eu/european-union/law/find-legislation\\_es](https://europa.eu/european-union/law/find-legislation_es)

<sup>205</sup>(C-277/10 *Martin Luksan y Petrus van der Let*, 2012) Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119322&doclang=ES>. Consultado 10 de mayo de 2017.

armonización, pues la ausencia o ambigüedad normativa puede ser resuelta en el proceso judicial, representando un impulso en la armonización europea.

Un poco más reciente y dentro de la propia etapa del activismo judicial fueron emitidas tres Directivas importantes. La Directiva nº2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006 (Ue, 12 de diciembre de 2006), estableciendo el plazo de protección del derecho de autor para obras colectivas<sup>206</sup>, obras anónimas<sup>207</sup>, obras musicales entre otras. El plazo de mayor protección es de 70 años después de la muerte del autor. Esta directiva va a cuestiones más específicas dentro del derecho de autor, lo que posibilita una armonización jurídica hacia dentro del bloque.

La Directiva nº2012/28/UE de 25 de noviembre de 2012 (Ue, 25 de octubre de 2012) viene a regular un tema hasta entonces poco protegido por el derecho de autor: las obras huérfanas. Este instrumento establece protección sobre estas obras para el uso por parte de bibliotecas, centros de enseñanzas, museos y archivos; permitiendo la conservación del patrimonio cinematográfico sonoro, literario por parte de los organismos de radiodifusión. Garantizar protección a este tipo de obras constituye un verdadero progreso en el ámbito del derecho de autor pues las obras huérfanas son utilizadas de manera indiscriminada y sin mayores garantías en pos del acceso a la cultura para todos.

Al igual que las obras huérfanas fue emitida la Directiva nº2014/26/UE de fecha 26 de febrero de 2014 (Ue, 26 de febrero de 2014) sobre protección de derecho de autor, derechos conexos y sociedades de gestión colectiva. Este instrumento establece un entendimiento común sobre la concesión de licencias multiterritoriales de derechos, sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. El 25 enero de 2018 la Comisión Europea decide llevar a Polonia ante el Tribunal de Justicia de la UE por no haber notificado la incorporación en su ordenamiento legal de la referida Directiva, pidiendo al Tribunal de Justicia de la UE establecer una multa de 87612,00 euros por día. Esto evidencia la importancia que el referido bloque económico concede a las cuestiones de armonización jurídica en materia de derecho de autor

---

<sup>206</sup>(Ue, 12 de diciembre de 2006) La Directiva nº2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006. Artículo nº1.2.- En el caso de una obra común a varios autores, el plazo previsto en el apartado 1 se calculará a partir de la muerte del último autor superviviente.

<sup>207</sup>Ídem. La Directiva nº2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006. Artículo nº1.3.- En el caso de obras anónimas o seudónimas, el plazo de protección expirará setenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público. Sin embargo, cuando el seudónimo adoptado por el autor no deje dudas sobre su identidad, o si el autor revela su identidad durante el período mencionado en la primera frase, el plazo de protección aplicable será el previsto en el apartado 1.

hacia dentro de los Estados miembros, así como el control que ejerce sobre el cumplimiento e implementación de las normas.

Y por último el más reciente Reglamento de la UE nº2018/302 (Ue, 2 de marzo de 2018) sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación. Esta norma busca prohibir bloqueos debido a discriminación por criterios como: nacionalidad, lugar de residencia y lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior europeo. Con ella se busca fortalecer y unificar el mercado único digital en el ámbito de la UE, garantizando más protección a los consumidores de servicios en línea. Vale destacar que en materia de derecho de autor el presente Reglamento no pretende afectar las normas previstas en el Directiva nº2001/29/CE de 22 de mayo de 2001.(Ue, 22 de mayo de 2001b)

El proceso de armonización jurídica en temas de derecho de autor en la UE no es una cuestión sencilla. Puede fácilmente tardar más de diez años desde la primera propuesta legislativa hasta la ejecución final del instrumento de armonización. Y cuando una directiva es derogada, esto no conlleva a que se anule automáticamente la legislación nacional que se produjo en razón de un determinado instrumento supranacional, a menos que el legislador nacional haya estipulado una cláusula de caducidad en su norma interna. Por tanto, la armonización vertical de la UE es una calle de sentido único donde no hay vuelta atrás.

Ha casi 20 años del proceso de armonización, el derecho de autor en el ámbito europeo permanece sujeto a las leyes nacionales. La exclusividad que este otorga a sus titulares, refuerza el principio de territorialidad que le es concedido. La corte europea reafirma el principio de territorialidad presente en el derecho de autor, tal es el Case C-192/04 *Lagardère Active Broadcast* [2005] ECR I-7199 (C-192/04 - Lagardère Active Broadcast, 2005)<sup>208</sup>. Esta decisión refuerza la exclusividad de los titulares de derecho de autor en otorgar o no la autorización o prohibir la emisión de su obra al público reforzando la Directiva nº92/100 de 19 de noviembre de 1992 (Ue, 1992) sobre los Derechos de Alquiler, Préstamos y otros Derechos Afines a los Derechos de Autor. Esto ratifica el desequilibrio existente entre protección y acceso que aún no encuentra una solución, reforzando lo establecido en CBe sobre *lex loci protectionis* y protección de titularidad de derecho de autor.

---

<sup>208</sup>(C-192/04 - Lagardère Active Broadcast, 2005) Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60584&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=508586> Consultado el 10 de mayo de 2017.

Las consecuencias de la territorialidad están de acuerdo con las reglas de DIPr que rigen en la UE, ley del local donde se reclama la protección como principio rector. Esto implica que en internet una obra disponible en línea afecta a tantas legislaciones de derecho de autor como países donde se pueda acceder la obra publicada, lo que evidencia que el derecho de autor puede dividirse en tantas leyes territoriales como lugares en línea donde sean accedida la obra no autorizada.

El derecho de autor en la UE no escapa a la crisis constante en la que vive esta área de la propiedad intelectual. La región a pesar de tener ciertos progresos en la materia aún no se encuentra preparada para emitir un código unitario de derecho de autor, a pesar de que fue redactado un proyecto de código de derecho de autor por el *Group Witten* en 2010 (Code, 2010)<sup>209</sup>. Este fue constituido por varios académicos y estudiosos del tema tanto en el ámbito del *civil law* como del *common law*.

La intención del Código de Derecho de Autor Europeo es regular los principales temas de esta área: el objeto de protección, el sujeto, la obra, derechos morales y patrimoniales, limitaciones y excepciones. Entre los principales objetivos de esta norma está establecer un equilibrio entre la protección garantizada al autor y los intereses públicos de los usuarios o consumidores de las obras de arte.

Internet provoca una transformación en los paradigmas del derecho de autor, pues los usuarios son transformados en autores, facilitando la obra en creación colectiva, incluso entre personas situadas en lugares geográficamente diferentes en el mundo.

Sin embargo, autores como (Rifkin, 2014,p.214) aseveran que el argumento de música del mundo no convence del todo, pues subraya que “ el verdadero impacto de la música del mundo está en que debilita las culturas locales mediante la transformación de un canal primordial para la expresión de significados compartidos en una especie de entretenimiento masivo empaquetado”

Hoy la digitalización de una obra puede envolver más de un área de propiedad intelectual o simplemente limitar el acceso a esta, como es el caso de las Redes Sociales donde el usuario determina quienes tendrán o no acceso al contenido publicado y que es susceptible de protección por propiedad intelectual como puede ser el caso de la fotografía o los videos.

---

<sup>209</sup>(Code, 2010) Disponibles en: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/witem-group-european-copyright-code.pdf> Consultado 10 de mayo de 2017.

### **4.3 Propuestas existentes ante la ausencia de armonización jurídicos del derecho de autor en internet.**

Desde la masificación de la internet a escala mundial las organizaciones internacionales, como los Estados y los diferentes actores involucrados en el funcionamiento de la red mundial, han intentado solucionar de alguna manera los conflictos jurídicos transnacionales que provocan un desequilibrio entre acceso a la cultura y derecho de autor en el ciberespacio.

Hoy es evidente que el derecho de autor en el contexto de internet es una disciplina en crisis, pues las normas internacionales existentes no consiguen contornar los conflictos jurídicos transnacionales que emanan de la actividad de los usuarios en la red.

La armonización internacional en materia de propiedad intelectual es desequilibrada a nivel global ya que observamos que áreas como patentes y marcas, consiguen una mayor uniformidad a escala global lo que no sucede con el derecho de autor.

La poca eficacia jurídica del DIPr actual frente a cuestiones de derecho de autor conlleva a pensar en alternativas que posibiliten minimizar esta ausencia de armonización jurídica internacional. Entre las principales soluciones se destacan la existencia de un tribunal para las cuestiones de internet y la emisión de un tratado internacional sobre cuestiones de propiedad intelectual en el ámbito de la HCCH.

#### **4.3.1 Tribunal Internacional para cuestiones de Internet**

Las relaciones jurídicas internacionales en el siglo XXI, son marcadas por la circulación de productos, servicios y consumo a través de internet. De esta manera las actividades multiconectadas, son consecuencia del fenómeno de la mundialización<sup>210</sup>. En ese escenario jurídico internacional cada vez son más frecuentes la proliferación de conflictos transnacionales sin soluciones jurídicas adecuadas.

Autores como Almeida (2013): abogan por la existencia de un tribunal internacional para los conflictos jurídicos relacionados a internet entre los que se encuentran el derecho de autor.

El acceso a la cultura y el derecho de autor en el contexto de internet provoca que muchos casos esperen juicios, atrasos o incumplimiento de obligaciones; creando un círculo vicioso que

---

<sup>210</sup> (Aranha, 2006)



los tribunales territoriales tienen dificultad en resolver, induciendo a una baja efectividad jurídica de las decisiones sobre este tema en el contexto transnacional.

Para (Rundle, 2005,p.6) los países procuran mantener la soberanía sobre algunas áreas de internet, mas deben admitir la necesidad de cooperar y compartir el poder con otras naciones. Pues ello contribuirá a un empleo más eficaz entre los usuarios y los Estados.

Al respecto vale acotar que el derecho internacional no puede asumir una posición ineficaz, debe incorporar los verdaderos problemas y establecer una justicia global más eficaz, pues el derecho internacional se tornó más aplicable con el desarrollo tecnológico y la llegada de internet.

Varios son los foros mundiales en donde se discuten las cuestiones relacionadas a internet, ya sea en el espacio de la ONU, OMPI, UNESCO, ITU, pero poco se discute en relación a la manera en cómo deben ser resueltos los conflictos jurídicos transnacionales que emanan de las relaciones en la red. El único punto en destaque sobre los litigios transnacionales es a favor de los nombres de dominio ya que tanto la ICANN como la OMPI poseen soluciones por la vía arbitral para estas cuestiones.

De ahí que (Almeida, 2015<sup>a</sup>,p.241) establezca como punto de partida la creación de un Tribunal Internacional para la internet, cuya creación inicia con la convocatoria de una Conferencia Internacional convocada por la ONU y dividida en grupos de trabajos lo que sería la génesis de este tribunal.

Esta idea corrobora lo que ya advirtió (Wald, 2001,p.29) cuando dice que la rapidez de los negocios jurídicos exige menos formalidades y adaptación de las reglas jurídicas a los nuevos medios de comunicación. Este es constatado ante la falta de armonización internacional en materia de derecho de autor, reforzando el desequilibrio entre acceso a la cultura y protección en el contexto de internet.

De hecho, el derecho de autor está bien regulado en el ámbito del mundo físico para las diferentes manifestaciones del arte como son tipografía, fonografía, videografía, pero sin embargo la informática y sobre todo internet, reforzaron los problemas del mundo físico y provocaron otros.

Existen dos elementos que caracterizan el ejercicio del poder judicial en internet y estos son: la internacionalidad, pues la naturaleza del medio es internacional pues como vimos en el Capítulo III constituye un entramado de redes y computadores interconectados internacionalmente, comunicando la mayoría de los países; el otro elemento es la

extraterritorialidad, donde el poder no está limitado exclusivamente a los límites territoriales de un Estado, pues se producen a cada segundo contactos intangibles sin contactos tangibles con un determinado país.

Según (Almeida, 2015a, p.167) para la conformación de un Tribunal Internacional es preciso definir una serie de condiciones como régimen, sede, jurisdicción, ley aplicable.

Al respecto del régimen y la sede el autor refiere que este debe ser conformado de acuerdo a los modelos de una organización internacional, dotado de personalidad jurídica propia y amparado en leyes internacionales, siendo necesario la existencia de una sede física para su conformación y sin subordinación a ningún Estado o territorio.

En cuanto a la jurisdicción él propone que su alcance sea mundial, englobando personas singulares, sociedades, Estados, y organizaciones internacionales, por lo que no sería necesario un procedimiento en tribunales nacionales como requisito previo para demandar ante el Tribunal Internacional para Internet, posibilitando condiciones de amplio acceso para todos. Además, los países que se adhieran a este tribunal ganarán jurisdicción automática al respecto de las decisiones emitidas y los países no miembros involucrados en casos decididos serán llamados a aceptar la decisión.

Respecto de la ley aplicable, se pretende asumir la aplicación escalonada para saltar de una fuente a otra sin impedimentos, hasta encontrar la normas más adecuada para el caso concreto, definiendo una serie de tópicos aplicables como: tratado que instituye el tribunal, tratados internacionales relacionados a internet como comercio electrónico y sociedad de la información; directivas y Tratados de la UE relacionados a la sociedad de la información y ante la ausencia de normas será aplicado contratos internacionales y principios generales del derecho.

Podemos apuntar varias desventajas al asumir la existencia de un Tribunal Internacional para internet. Primero que esto necesita de un trabajo internacional muy fuerte en favor de que el mayor número de países asuman esta idea, lo que a criterio nuestro tardaría décadas en ser llevado a cabo, pues los países poseen muchas divergencias que no son de fácil conciliación en la arena internacional. Segundo que este es asumido desde un modelo eurocéntrico donde tanto la sede como la legislación, jurisdicción van han poseer marcas de los países con mayor voz en el contexto internacional. Tercero la aplicación y circulación de sus decisiones dependería en gran medida del número de países y de la disposición de aquellos Estados no miembros que

estén involucrados en decisiones. Cuarto que no está garantizado el establecimiento de un equilibrio entre los diferentes sistemas jurídicos con los que hará contacto el Tribunal a fin de respetar la diversidad cultural y legislativa de los involucrados. Quinto las decisiones emitidas no tendrían un enfoque que garantice el equilibrio entre acceso y protección como es el caso del derecho de autor, ya que si se parte de los tratados internacionales existentes estos presenten una mayor protección hacia el monopolio del creador o titular del derecho de autor.

#### **4.3.2 Soluciones en Línea**

Internet llegó para cambiar de manera definitiva la manera en cómo debe ser entendido, aplicado e interpretado el derecho y específicamente el derecho de autor. El desarrollo de tecnologías o plataformas en ambientes en línea para la transmisión de datos e informaciones modificó el acceso a la cultura de las personas y el disfrute de los derechos culturales. La instauración de las relaciones jurídicas en el ciberespacio exige una revisión de principios clásicos como el *lex loci protectionis* afín de que sean reinterpretados y adecuado a las nuevas condiciones jurídicas.

En el siglo XXI el arbitraje viene ganando fuerza para solucionar litigios transnacionales en la esfera de la propiedad intelectual, facilitando a las partes la conciliación y mediación en los conflictos jurídicos. Un ejemplo de ello es la Corte Arbitral sobre nombres de dominios bajo en Sistema Internacional de la OMPI.

El crecimiento de soluciones como esta ha popularizado un movimiento en dirección a las soluciones en línea para las relaciones jurídicas firmadas en internet. El movimiento de ODR (Resolución *Online* de Litigios) como se le conoce, no es del todo acertado para cuestiones relacionadas a violaciones de derecho de autor en el ámbito de internet, debido a que el sistema de derecho de autor imperante contrapone con la facilidad de solución de litigios en línea, pues es necesario establecer un local donde se reclame la protección como principio rector para la solución de conflictos en este tema.

Conflictos transnacionales en esta rama del derecho, se deparan con problemas del medio en línea como la desterritorialización, la ubicuidad y el elemento transfronterizo como hemos ido apreciando en los diferentes casos citados. Esta realidad fáctica hizo con que los Medios de Resolución Alternativa (ADR) trajeran una nueva manera de resolverlos.

Los orígenes del ODR está estrechamente vinculada al desarrollo de los (ADR), ciertamente en sus inicios estos no tenían la popularidad de los medios tradicionales que caracterizaban el

cara a cara. *Ethan Katsh* uno de los percusores de los medios en línea de resolución de litigios junto a *Janet Rifkin* efectuaron lo que se conoce como la división histórica de ODR.

Un primer período que va desde la creación de APARNET hasta 1995, donde no era frecuente un número grande de disputas ni la aplicación de estos métodos a contextos específicos. La segunda etapa va desde 1995 hasta 1998, aquí fue establecida la concepción de que internet necesitaba de medios digitales para la solución de controversias jurídicas que surgían en la red, surgiendo varias experiencias en esta etapa como resultados de investigaciones del mundo académico. La tercera etapa inició en 1998, emergiendo la industria ODR como manera de solución de litigios, alcanzando no solo el ámbito en línea sino también físico.

Con la popularización de internet fueron desarrollado varios sistemas de solución de conflictos jurídicos por vía digital, como una manera eficaz de resolver litigios en un ambiente marcado por la ubicuidad, la desterritorialización y la transnacionalidad. Entre los principales modelos que surgieron en los inicios de internet se destacan: Programa de Magistrado Virtual (PMV), Oficina en Línea de Ombus (OLO), el Cibertribunal, el Sistema de Controversias de nombres de Dominio de la ICANN.

Creado en 1996, el Programa de Magistrado Virtual (PMV) fue la primera experiencia más próxima de lo que conocemos hoy como ODR. En un encuentro en Washington efectuado por *el National Center for Automated Information Research (NCAIR)* y por *el Cyberspace Law Institute (CLI)*, fueron definidos una serie de principios o beneficios para la solución de litigios virtuales, afín de facilitar en tiempo real las relaciones que emanaban de la utilización de internet para los diferentes procesos entre usuarios y operadores.

Teniendo como responsables a *George Friedman* y *Kim Mclaughlin*, entre las principales directrices trazadas podemos destacar: i) establecer la viabilidad de las disputas en línea para los conflictos originados en la red.; ii) proporcionar a los operadores del sistema juicios informados y neutrales sobre las respuestas más adecuadas a las quejas publicadas; iii) brindar al usuario recursos rápidos, de bajo costo y de fácil acceso para quejas sobre publicaciones en línea; iv) instituir las bases de la resolución de litigios en línea; v) explorar las facilidades de esta nueva manera de resolver conflictos.(Gellman, 1996,p.38)

En esta fase inicial las soluciones eran a través del intercambio de correo electrónico y abordaban los asuntos más diversos desde: violación de la privacidad, apropiación indebida, secretos comerciales, difamación, contenidos obscenos y competencia desleal, entre otros. Para

garantizar que no fueran efectuadas reclamaciones sin fundamentos era cobrada un valor de diez dólares.

Ya la segunda experiencia vino de la mano del Oficina en Línea de *Ombus* que tuvo sus inicios en 1996. Este proyecto fue ejecutado por el Centro de Información y Tecnología de Universidad de *Massachusetts* en E.U.A. Acá ya la resolución de litigios gana un carácter más técnico o del funcionamiento propio de la red, pues sus intenciones eran resolver problemas sobre nombres de dominios, proveedores de acceso y propiedad intelectual. La novedad de esta nueva vertiente fue la implementación de gráficos, imágenes y textos, así como la comunicación asincrónica en el proceso permitiendo al mediador establecer una comunicación simultánea con ambas partes.(Sen, 2015,p.48)

Otra experiencia que merece destaque es el Cibertribunal del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad de Montreal en Canadá. Al igual que los anteriores su principal objetivo era resolver litigios y conflictos que ocurrían en la internet utilizando elementos del arbitraje y la mediación de manera conjunta. La gran diferencia era que este no sólo conocía de disputas en internet sino también en el mundo físico. Este tribunal era compuesto por juristas y no juristas con especialización en arbitraje y mediación de conflictos., sus decisiones no asumían una postura jurisdiccional y estaba compuesto por cuatro módulos: recepción, mediación, arbitraje y secretaría.

El sistema de controversia de la ICANN fue creado en 1999, ubicada dentro de la cuarta experiencia en el sistema ODR, cuyo objetivo era más específico, dirimir conflictos resultantes de los nombres de dominio en internet. En los inicios este estuvo asociado a marcas de reconocido prestigio, por lo que las empresas dueñas de marcas mundiales se vieron obligadas a desembolsar cuantiosas sumas para retener para sí los nombres de dominios asociados a sus marcas. Innumerables disputas surgieron, pues las grandes corporaciones necesitaban pagar sumas millonarias para obtener o utilizar el dominio de marca que se encontraban en posesión de otra entidad o persona.

La importancia que posee el sistema de la ICANN es que sus resoluciones conllevan a la alteración en sus registros de la posesión del dominio, traspasando este a su legítimo detentor, lo que incita a pensar que existe una eficacia transnacional de las decisiones que emite.

La proliferación de los ODR ha sido gracias al progreso científico y tecnológico alcanzado en la red. Estos sistemas se han ido perfeccionando con el objetivo de mejorar la convivencia en

internet de los diferentes actores, por lo que pensar que los litigios de derechos de autor podrían ser resueltos en estas plataformas no es una idea totalmente desacertada.

Un ejemplo de ello es el sitio de la UE, donde son resuelto conflictos que emanan de la actividad de internet y que abarcan las más diversas y complejas materias. Si bien el modelo ODR no sustituye el conocimiento de magistrados, abogados, fiscales u otros operadores del derecho el contribuye de manera significativa a mejorar el acceso a la justicia de autores o usuarios que en otras condiciones desistirían de reclamar sus derechos violados.

La UE desde 2013 viene trabajando en la solución de problemas en línea. El Reglamento n°524/CEE de 21 de mayo de 2013 (Ue, 20 de marzo de 2013), establece la solución de conflictos para casos relacionados al consumidor. ¿Será que esta nueva manera de resolver las violaciones ocurridas en internet es aplicable al derecho de autor?

Los procesos judiciales relacionados al derecho de autor son por naturaleza eminentemente territoriales, potencialmente son procesos largos, costosos, sometidos a varias jurisdicciones y con el riesgo de tener diferentes entendimientos sobre un determinado litigio.

Aunque como hemos venido observando no existe en materia de propiedad intelectual una armonización completa ni en el plano internacional ni en el regional, estas alternativas podrían minimizar los costos jurídicos de las disputas de propiedad intelectual. El sistema ODR puede ser una solución eficaz ya que posee cuatro características que no enfrentan de manera directa al sistema imperante del derecho de autor y que puede contribuir a una solución equilibrada entre usuarios y creadores ante las violaciones en la red.

1. Mediación: la utilización de un agente mediador, neutral y negociador es capaz de establecer un consenso entre las partes y llegar a un acuerdo ante una determinada disputa, a fin de identificar el conflicto y llegar a una solución del problema mediante un espectro de soluciones alternativas propuestas a las partes.
2. Arbitraje: en esta salida las partes voluntariamente se someten a la solución de la disputa a través del cumplimiento de la decisión de los árbitros, la que por norma general no posee apelación.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> Según lo establece la Convención de New York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 20 de mayo de 1958. (Unicitral, 1958) Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> Cosnulado el 20 de mayo de 2018.

3. Experticia: La determinación de expertos sobre un asunto determinado o específico como es el caso del derecho de autor posee una aplicación más ajusta a las características de la violación o de la manifestación artística objeto de la litis.

Los ODR poseen una especie de mezcla entre estas tres características enunciadas lo que los hace, una solución viable ante la falta de armonización jurídica internacional en el establecimiento del equilibrio entre acceso y protección del derecho de autor en el contexto de internet, pues poseen una facilidad tecnológica y un bajo procesal.

En este sistema también encontramos los desafíos propios del DIPr conflictos de jurisdicción, ley aplicable, ejecución de decisión judicial o extrajudicial extranjera. Autores como Ronald Brand ofrecen como solución el principio de la autonomía de la voluntad para resolver las cuestiones de conflictos de jurisdicción y ley aplicable al sistema en línea.

*Qualquier sistema global de ODR que pretenda ser bem sucedido debe evitar as defíceis questões sobre aplicação das normas imperativas nacionais, deve ser concebido para fornecer procedimentos justos com resultados efectivos para os consumidores e os resultados obtivos devem ser reconhecidos atraves das fronteiras. Isso só acontecerá se o sistema respeitar a capacidade individual das partes (independentemente da categoria) para firmar acordos vinculativos de ODR no momento em que celebram o contrato para uma transação online.<sup>212</sup> (Apud Amorin, 2017)*

Así la solución en línea tampoco logra establecer un equilibrio entre acceso y protección pues en materia de derecho de autor. La perspectiva del sistema internacional del derecho de autor imperante, se apega al principio de ley del local donde se reclama la protección, limitando con ello que las soluciones estén amarradas al o los ordenamientos domésticos. Para una efectividad de este sistema, las leyes nacionales sobre derecho de autor deben tener un enfoque más equilibrado con el acceso a la cultura, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, o el contrato como camino que inicia la salida no judicial de litigios transnacionales.

---

<sup>212</sup>(Traducción libre) Cualquier sistema global que pretenda ser bien sucedido debe evitar las diferentes cuestiones sobre aplicación de las normas imperativas nacionales, debe ser concedido para ofrecer procedimientos juntos con resultados efectivos para los consumidores y los resultados obtenidos deben ser reconocidos a través de las fronteras. Eso solo sucederá si el sistema respeta la capacidad individual de las partes (independientemente de la categoría) para firmas acuerdos vinculantes de ODR en el momento en que se celebra el contrato para una transacción en línea

#### **4.4 Soluciones para contornar el desequilibrio entre acceso y protección**

Para resolver la realidad jurídica que rodea el acceso a la cultura y el derecho de autor en internet es necesario la conjugación de varios métodos y sistemas jurídicos que permitan minimizar la falta de armonización internacional.

En un primer momento las jurisdicciones nacionales pueden establecer un diálogo armónico, equilibrado y coherente entre los diferentes instrumentos jurídicos que van a contribuir a resolver el litigio que emana del acceso a la cultura y el derecho de autor en el ámbito de internet. De manera que sean analizadas tanto los tratados internacionales y las normas internas desde el equilibrio y el entendimiento transversal.

Una segunda alternativa es combinar la utilización de normas de *soft law* para establecer principios generales que logren criterios armónicos entre temas tan divergentes como ley aplicable, jurisdicción competente, elementos de conexión en el ámbito de internet y que una vez establecidos estos sean empleados en función de facilitar vías como ODR, para minimizar los costos procesales y amplíe el acceso tanto para usuarios como para creadores de bajos ingresos que no consiguen pagar los altos costos de procesos judiciales fuera de su lugar de residencia.

##### **4.4.1 Dialogo de las Fuentes. Ventajas y Desventajas: Soluciones en el ámbito doméstico**

¿Será oportuno considerar que los derechos de propiedad intelectual componen categorías diversas o representan derechos fundamentales iguales con manifestaciones diversas? Tanto el artista como el creador están envueltos en un mundo diverso de creatividad originalidad y genialidad, fruto de la evolución del intelecto humano, las formas que alcanzan sus manifestaciones son tan disímiles como el propio imaginario del individuo.

La definición de tales derechos es resultado de muchos años de fundamentación histórica basada en las teorías jurídicas conocidas hasta el momento, y que constituyen un puente para el futuro.

Para el derecho de autor, urge un consenso internacional que permita un diálogo más objetivo entre los derechos internos y el derecho internacional entre el *copyright* y el *droit d'auteur*. Las soluciones ofrecidas por el legislador hasta ahora son insuficientes ante la vulnerabilidad en la que se encuentran tales derechos. Según Erik James

El diálogo de las fuentes, como teoría del derecho internacional privado, coloca una solución intermedia entre los conflictos contemporáneos que enfrenta el derecho. Esta propuesta es por la necesidad de una aplicación de las normas jurídicas, al mismo tiempo en el mismo



caso y propiciando una solución flexible y abierta. Como teoría busca establecer una comunión entre leyes especiales y leyes generales, mediante una aplicación coherente de la norma a fin de evitar las antinomias jurídicas, a la vez que gestiona una eficacia jurídica y no jerárquica de la norma.(Jayme, 2010c, p.257)

Según Erik James el diálogo de las fuentes puede ser establecido con fuentes de derecho plurales, y surge de la necesidad de una coordinación más efectiva entre las leyes y tratados que forman parte de un determinado ordenamiento jurídico. Lo que permitiría establecer una interpretación transversal de las normas en conflictos en materia de derecho de autor, minimizando la falta de armonización internacional.

Cada vez es más frecuente una pluralidad legislativa y de sistemas jurídicos que buscan solucionar conflictos transnacionales como es el acceso a la cultura y el derecho de autor en internet. Esta diversidad legislativa es el primer desafío al que se enfrentan los juristas en el tema cuando intentan resolver un litigio transnacional.

La expansión de la propiedad intelectual en el contexto transnacional exige la adopción de normas similares para facilitar las relaciones jurídicas. Esto exigen la existencia de una comunidad internacional de valores, principios y paradigmas que ultrapasen las barreras físicas de las fronteras nacionales y que contribuyan a reconocer la existencia de una sociedad mundial basada en el equilibrio y respeto a las diferencias.

Adoptar normas semejantes, facilita que las relaciones jurídicas transnacionales adquieran una dimensión global, partiendo del respeto entre los Estados en el libre ejercicio de la jurisdicción. En este sentido se destaca también el llamado “diálogo entre jueces”. Los principales autores que defienden esta idea son: Marcelo Neves en el ámbito constitucional y Mirelle Delmas Marty en estudios sobre el derecho penal, no siendo así en la propiedad intelectual donde predomina el excesivo territorialismo ante la solución de conflictos.

(Neves, 2009) refiere que el transconstitucionalismo es la solución de un caso constitucional que puede ser de derechos fundamentales, donde las diferentes órdenes jurídicas se entrecruzan de manera transversal para lograr decisiones más coherentes con la realidad de la globalización jurídica mundial.

Por su parte (Delmas-Marty, 2004,p.58).advierte la necesidad de construir una comunidad mundial de jueces que se preocupen por aplicar de manera uniforme el derecho material, con el objetivo de crear un derecho común. Este intercambio o diálogo entre jueces permite que se

instaure un orden jurídico ni puramente nacional ni puramente mundial, a lo que ella define como pluralismo ordenado.

*Ao respeito é preciso observar que o rompimento das fronteiras territoriais leva necessariamente à derrubada em escala das fronteiras culturais, linguísticas e sociais. Esse processo exige abertura para o diálogo em sua mais ampla possibilidade multidimensional. No entanto, como visto, os julgados no âmbito da jurisprudência brasileira nem de longe acompanham esse projeto(Lopes, 2016,p.30) <sup>213</sup>.*

Vale resaltar que en caso de Brasil una vez que los instrumentos internacionales son llevados al ordenamiento interno en la forma de leyes, es competencia del STJ su interpretación y entendimiento, siendo necesario un diálogo de las fuentes internas e internacionales que deben resolver los litigios jurídicos en materia de propiedad intelectual.

Concretamente en el caso brasilero observamos una divergencia de pluralidad de fuentes en materia de derecho de autor, existiendo una colisión jurídica cuando se trata de resolver un asunto, una ley anterior como es el caso de la Ley de derecho de autor (*Lei nº9.610 de 19 de febrero de 1998*) y el Código de Proceso Civil (*Lei nº13. 105 de 16 de marzo de 2015*). En una primera aproximación estas leyes estarían en conflictos jurídicos, de ahí la necesidad de una solución de controversias a través de la prevalencia de una ley sobre otra y las consecuencias de exclusión.

Concordando con Limas Marques en este análisis tendrías una visión perfecta y moderna ley antigua y la antítesis ley nueva, y con ello la consecuente revocación para traer claridad y seguridad al sistema jurídico. Desde la teoría jurídica existen tres criterios que son definidos para resolver los conflictos de leyes en el tiempo: anterioridad, especialidad y jerarquía, siendo la prioridad según Bobbio la jerarquía.(Bobbio, 1990,p.57). Hoy la doctrina jurídica aboga más por la coordinación y armonía entre las normas de un mismo ordenamiento jurídico que entre criterios de jerarquía, alejando así criterios de exclusión de normas.

La teoría del diálogo de las fuentes y la interpretación de esta al interior del ordenamiento jurídico brasileño que hace Claudia Lima Márquez (Marques, 2003,p.18) (en relación al derecho del consumidor), propone la aplicación de dos normas que se complementan en la solución de un determinado litigio jurídico, siendo esta que las leyes surgen para ser aplicadas y no para que prevalezca un microsistema jurídico, tal es el caso del derecho de autor totalmente

---

<sup>213</sup> (Traducción Libre) Es preciso observar que el rompimiento de las fronteras territoriales, lleva necesariamente a derrumbar en escala las fronteras culturales, lingüísticas y sociales. Ese proceso exige la abertura para el diálogo en su más amplia posibilidad multidimensional. Por tanto, como es visto los juzgados en el ámbito de la jurisprudencia brasilera ni de lejos acompañan ese proyecto.

asilado del código civil. Su utilización es necesaria siempre que estén presentes derechos fundamentales como es el caso del acceso a la cultura y el derecho de autor.

Erik James advierte que en el mundo posmoderno de hoy prevalece una pluralidad, complejidad y distinción de los derechos fundamentales, donde el ser humano tiene el derecho supremo a ser tratado diferentemente, sin necesidad de ser igual al otro; viendo que las soluciones a esta realidad no sean un simple análisis normativo o de jerarquías establecidas.

La solución normativa en el contexto del tema que nos ocupa, acceso a la cultura y derecho de autor en el ámbito de internet debe ser fluida, flexible e instaurando una confluencia de los sistemas jurídicos y paradigmas existentes, pues ello contribuiría a disminuir los efectos que provoca la falta de armonización jurídica internacional en materia de derecho de autor y acceso a la cultura.

Erik Jame recalca que se hace necesario un diálogo porque este permite una aplicación simultanea coherente y coordinada de las fuentes que confluyen en un determinado asunto o conflicto, de manera que se apliquen dos o más normas conjuntamente para resolver un determinado litigio.

*Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement: elles parlent l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.*<sup>214</sup>(Jayme, 2010b,p.234)

En el caso de Brasil a priori y hacia dentro del ordenamiento interno existen tres diálogos posibles en materia de acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto de internet. La (*Lei* n°9.610 de 19 de febrero de 1998); con el Código Civil (*Lei* n° 10.406/2002); y con el Marco Civil de Internet de 2014(*Lei* n°12.965 de 23 de abril de 2014), Reglamento del Marco Civil de Internet (Decreto n°8.771 de 11 de mayo de 2016).

---

<sup>214</sup> (Traducción libre) Dado que se evoca el tema de la comunicación en el derecho internacional privado, el fenómeno más importante es que la solución del conflicto de leyes surge como resultado de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Derechos Humanos, constituciones, convenciones internacionales, sistemas nacionales: todas estas fuentes no se separan entre sí: se hablan entre sí. Los jueces deben coordinar estas fuentes escuchando lo que dicen

El primer análisis posible en el derecho doméstico brasilero se verifica en la aplicación simultánea de dos leyes en un asunto sobre derecho de autor. Donde el diálogo sistémico coherente, facilita que una ley central<sup>215</sup> y una de un determinado microsistema<sup>216</sup> sean aplicadas con base en el complemento material de una sobre la otra para resolver un litigio jurídico.

El segundo diálogo viene dado por la complementación y subsidiaridad de las normas del sistema general y del microsistema de manera que puedan ser resueltas de un análisis transversal las antinomias reales o aparentes que se presenten en la solución de un determinado litigio de derecho de autor. Tal es el caso del Marco Civil de Internet y las cuestiones de derecho de autor como refiere el artículo n°19 (Brasil, 23 de abril de 2014)<sup>217</sup>.

Por ejemplo, cuestiones como: persona jurídica, residencia habitual, obligaciones, responsabilidad civil y nulidad no está definidas en el microsistema jurídico y por otro lado elementos como: obra protegida, autoría, derechos morales del autor, limitaciones del derecho de autor pertenecen al microsistema jurídico.

El dialogo de las fuentes permite realizar una interpretación complementaria y subsidiaria ante cuestiones de antinomia, de ahí que en su aplicación hacia dentro del ordenamiento interno sea un elemento que posibilite decisiones más ajustadas a derecho desde una perspectiva transversal.

El tercer diálogo es de influencia recíproca donde la aplicación e interpretación de las normas que convergen en un caso dado sobre derecho de autor necesita de un entendimiento más contemporáneo, debido al desfase entre las normas que confluyen para la solución como son: Ley n°9610/1998 (Ley del Derecho de Autor), Ley n° 12.965/2014(Marco Civil de Internet) y *Lei* n° 10.406/2002 (Código Civil); pues se interponen diferentes normas con una temporalidad dispersa.

---

<sup>215</sup> Un ejemplo de ley central es la Ley n° 10.406/2002(Código Civil Brasileiro) y la ley n°13.105/2015 (Código de Proceso Civil).

<sup>216</sup> Un ejemplo de ley que determina un microsistema jurídico es la Ley n°9610/1998 (Ley del Derecho de Autor).

<sup>217</sup>(Traducción Libre). Ley n° 12.965 de 23 abril de 2014. Artículo n° 19. Con la intención de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de internet solamente será responsabilizado civilmente por daños resultantes del contenido generado por tercero sí, después de una orden judicial específica, no toma las medidas necesarias para en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo señalado, no vuelve indisponible el contenido señalado como infractor, salvando las disposiciones legales en contrario. §2.- la aplicación de lo dispuesto en este artículo para infracciones a derechos de autor o a derechos conexos depende de legislación legal específica, que deberá respetar la libertad de expresión y demás garantías previstas en el artículo n°5.- de la Constitución Federal de 1988.

Además, de ello en materia de propiedad intelectual Brasil solo forma parte de: El Tratado de Berna de 1886, el Tratado de Roma de 1961; el Tratado de Creación de la OMPI de 1979; la Convención de Diversidad Cultural de la UNESCO de 2005 y el Tratado de Marrakech de 2016.

Tanto en la aplicación del diálogo de las fuentes como en la del diálogo de los jueces se observa que el STJ no ejerce una construcción a favor del proceso internacional de una comunidad mundial de jueces, que buscan aplicar de manera uniforme las reglas de derecho material, construyendo un derecho común en favor de resolver litigios transnacionales en materia de derecho de autor y como salida ante la falta de armonización jurídica internacional.

En un estudio realizado de la jurisprudencia en materia de derecho de autor entre 1997-2017, se percibe que no se realiza por parte de la corte una interpretación/aplicación de las normas de derecho internacional en diálogo con el derecho interno, de ahí que tampoco sean utilizadas interpretaciones que emanan de jurisprudencias foráneas para resolver temas de propiedad intelectual.

En la aplicación simultánea o conjunta de más de un instrumento jurídico, una de ellas puede asumir el papel de base conceptual para que la otra u otras asuman un diálogo sistemático de coherencia, dado que generalmente en todo conflicto jurídico es aplicable en su generalidad una ley general y una específica para solucionar el litigio.

Siendo que una constituye el elemento jurídico central y la otra el complemento específico. El Código de Proceso Civil iría a definir cuestiones como nulidad, prueba, lugar del daño, elementos de conexión, ley aplicable y tribunal competente, mientras que la ley de derecho de autor iría a precisar cuestiones más enfocadas al microsistema como derecho de autor, obra, originalidad, plagio y uso no autorizado.

En esta lógica una ley complementa la aplicación de la otra, variando de la contextualización en el caso concreto objeto de la litis. Existiendo un diálogo de complementariedad y subsidiaridad en antinomias o lagunas jurídicas. Aplicando indistintamente una u otra de manera que se equilibren. Siendo que las cláusulas generales de un instrumento jurídico pueden estar de manera más específica en otro. Por un lado, el CPC va a definir las cuestiones de responsabilidad civil, mientras que la Ley de Derecho de Autor trae al análisis aspectos concretos sobre este tema.

A diferencia del sistema clásico, donde predomina la revocación de la norma anterior por la posterior, el diálogo de las fuentes busca una solución jurídica, complementar sin referir una contraposición entre los instrumentos jurídicos a ser aplicados.

En el caso de Brasil, el acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto de internet convergen varios instrumentos que poseen entendimientos diferentes sobre períodos diversos. Comenzando por la CBe de 1886 y sus posteriores modificaciones en 1979, la Ley del Derecho de Autor *Lei* n°9.610 de 19 de febrero de 1998; el Código Civil de 2002 y el Código de Proceso Civil de 2015 poseen una disparidad temporal que necesita ser resuelta desde la perspectiva del diálogo de las fuentes.

En un mapeo realizado en la jurisprudencia brasilera, es fácil observar que no existe una uniformidad jurídica cuando son utilizadas estas normas. Por ejemplo, la CBe no es invocada ante ciertas lagunas jurídicas que presenta la *Lei* n°9.610 de 1998 de Derecho de Autor, cuestión que denota que la aplicación de estos instrumentos no se da siempre de manera en que sea efectuado un diálogo de las fuentes jurídicas.

Para demostrar que la jurisprudencia brasilera no utiliza el diálogo de las fuentes como alternativa para suplir la ausencia de normas internacionales relacionada al acceso a la cultura y el derecho de autor en el contexto de internet, fue realizada una investigación de carácter empírico a fin de corroborar los criterios establecidos por la doctrina de DIPr.

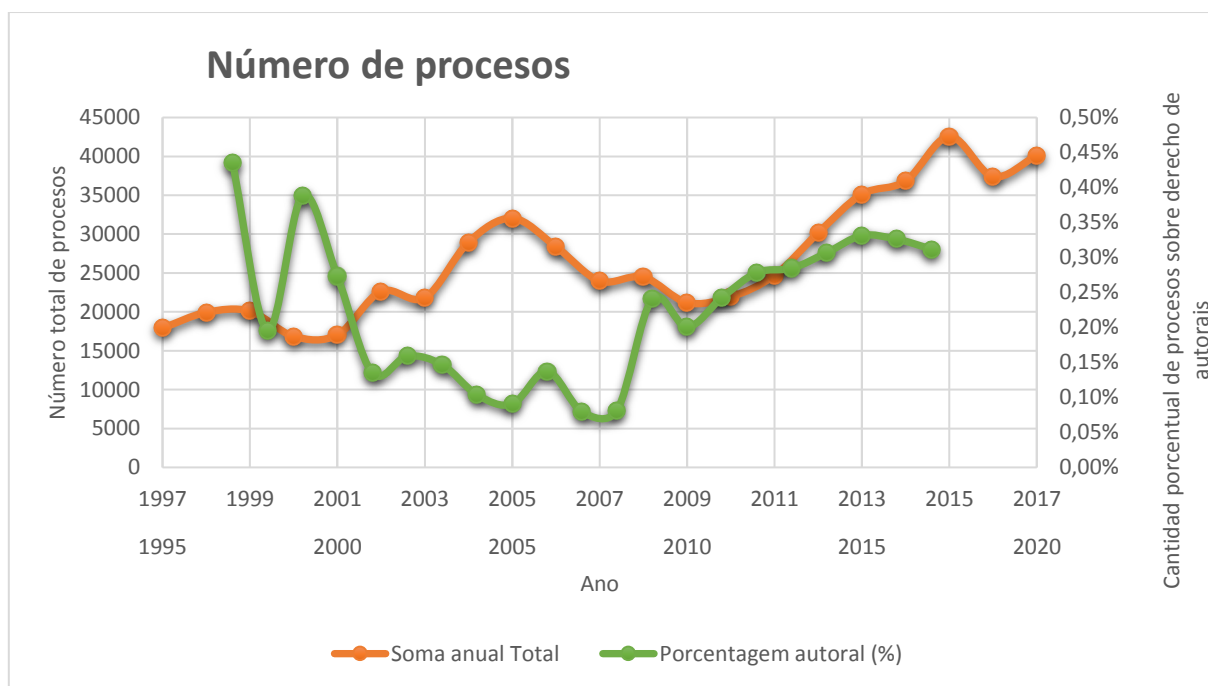
Para analizar la interpretación de la legislación de derecho de autor en Brasil, en el ámbito jurisprudencial será utilizada la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ), por ser este el responsable de velar por los conflictos de jurisdicción, de competencia, y por la evaluación de materias infraconstitucionales en la que se ubica la Ley del Derecho de Autor.

A fin de localizar y mapear las principales decisiones relacionadas al tema fueron establecidos criterios de búsqueda para el sitio oficial del STJ como: “*direito autoral*”, *violação de direito autoral*, *direito autoral e internet*, *violações de direitos autorais na internet*, *dano e direito autoral*, *dialogo das fontes e direito autoral*. También fue definido el período de 01/01/1997-31/12/2017, para tener un universo más exacto de las decisiones emitidas en una etapa de veinte años sobre un asunto. En una primera aproximación la idea corrobora las principales posiciones

de la doctrina, el derecho de autor ha quedado al margen del progreso científico y tecnológico imperante en la sociedad de la información<sup>218</sup>.

Realizando un análisis de los principales datos obtenidos, según muestra la tabla n°7, encontramos que existe una disminución de las decisiones judiciales relacionadas con el derecho de autor en la etapa objeto de estudio. Otro elemento a destacar es que a pesar de existir modificaciones legislativas a nivel infraconstitucional y que tienen impacto directo en la materia; esto no conllevó a un incremento de los procesos judiciales en el tribunal superior<sup>219</sup>. Vale destacar que la materia de derecho de autor a pesar de tener un debilitamiento en el contexto judicial, acompaña la curva de crecimiento que sigue el STJ.

Tabla 7 Números de procesos de Derecho de Autor en relación total del STJ

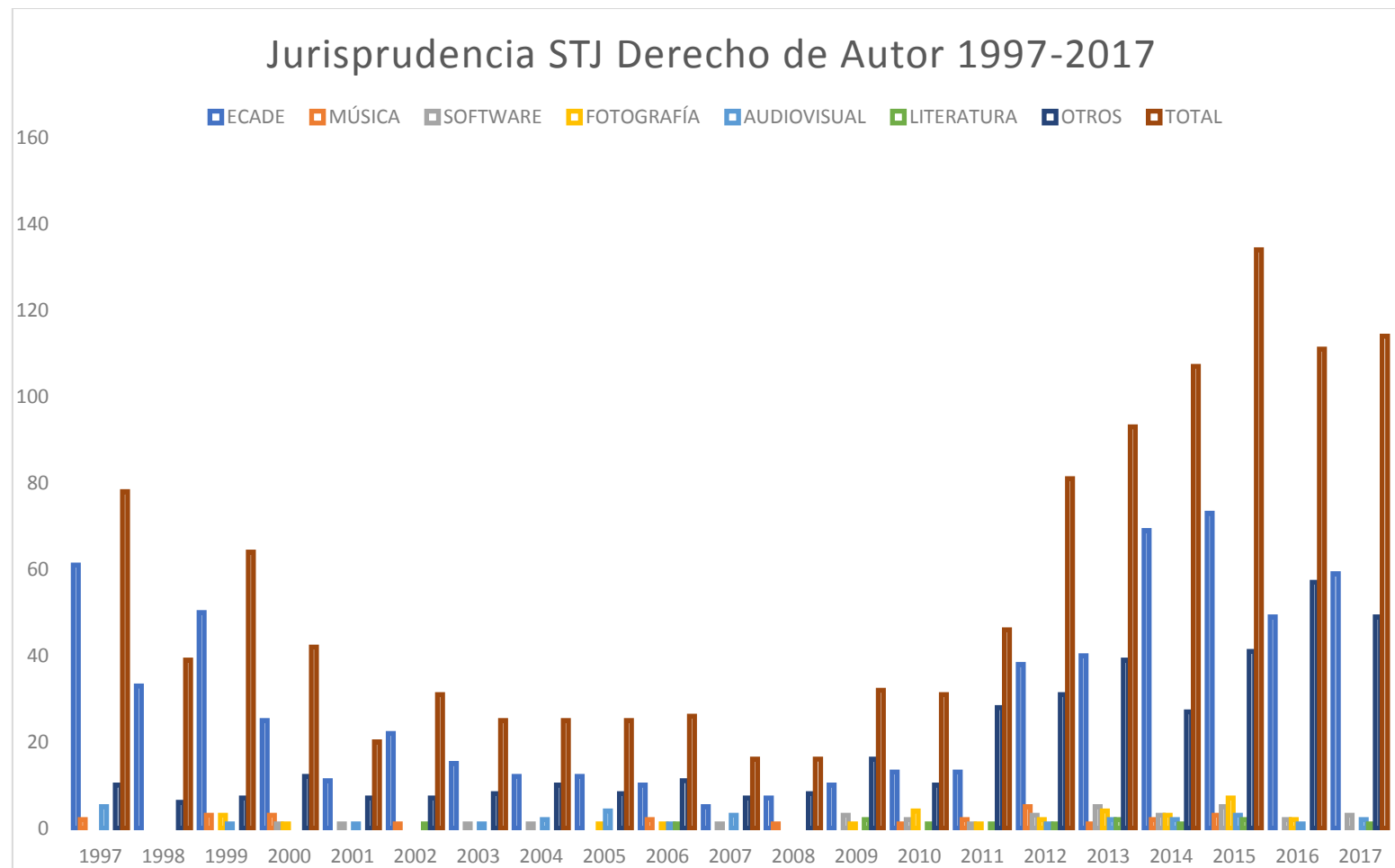


<sup>218</sup> Estos criterios fueron establecidos una vez que se realizó la solicitud al STJ por el Sistema de la Ley de Acceso a la Información y se obtuvo la siguiente respuesta: Agregamos que todas las investigaciones referentes a la jurisprudencia del STJ solamente pueden ser realizada por medio de la página web de Pesquisa de Jurisprudencia(www.stj.jus.br), pues la secretaria no dispone más de un equipo para atender al público externo, conforme lo dispuesto al Manual de Organización de la secretaria del Tribunal. Recibida en fecha 30 de noviembre de 2016.

<sup>219</sup>En este período fueron promulgadas las siguientes legislaciones: Ley de Derecho de Autor de 1998; Código Civil de 2002; Marco Civil de Internet de 2014; Código de Proceso Civil de 2015.

Otro mapeo realizado a las decisiones judiciales del STJ en los últimos veinte años apunta que las principales manifestaciones artísticas que provocan litigios jurídicos son: música, *software*, fotografía, audiovisuales y literatura tal como refleja la tabla n°8. El principal elemento en destaque es que el mayor número de procesos judiciales lo encabeza Ecad (*Escritório Central de Arrecadação e Distribuição*), siendo el principal motivo de la litis el pago de derechos musicales por uso de música en espacios públicos o privados tales como: fiestas, carnavales, fiestas juninas, hoteles, restaurantes, bares, entre otros.





*Tabla 8 Jurisprudencia STJ –Derecho de Autor en Brasil durante 1997-2017*

Como fue enunciado con anterioridad las principales manifestaciones artísticas que produjeron litigios jurídicos fueron: fotografía, *software*, música y audiovisuales. Siendo casi todas ellas compatibles con el mundo virtual. Esto evidencia que no es internet quien provoca la falta de armonización jurídica en materia de derecho de autor y muchos menos quien limita el acceso a la justicia, sino el alto costo de los procesos por la aplicación del principio de territorialidad para alcanzar protección.

Además, vale destacar el papel de la sociedad de gestión colectiva en la preservación de los derechos de autor y en el emprendimiento de litigios judiciales en Brasil, donde la jurisdicción en materia de derecho de autor se encuentra un tanto desactualizada y no armonizada a nivel regional, lo que enfatiza aún más la falta de armonización internacional en materia de derecho de autor y acceso a la cultura en internet.

Durante el período analizado se constata poca presencia de procesos transnacionales sobre derecho de autor existiendo solamente uno <sup>220</sup>. En este caso; cuyo fundamento jurídico es contractual, fue cuestionado la firma por el demandado, pues el documento firmando impugna la existencia de un anexo que detallaba la cláusula arbitral. Esto evidencia que en materia contractual las soluciones de derecho de autor pueden ser ajustadas a la legislación civil vigente, lo que no representa problemas ya que prevalece el criterio de pacto en contrato o el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes para la solución de conflictos jurídicos. El título arbitral emitido posee los requisitos que exige el código de proceso civil en Brasil, lo que permitió la homologación de la decisión.

Entre las principales legislaciones domésticas en Brasil, involucradas durante el período objeto de estudio encontramos: Ley de Derecho de Autor (Ley nº9.610/1998); Código Civil (Ley nº 10.406/2002), Marco Civil de Internet de 2014 (Ley nº12.965 de 23 de abril de 2014), Reglamento del Marco Civil de Internet (Decreto nº8.771 de 11 de mayo de 2016), Código de Proceso Civil de 2015. En todos los instrumentos prevalece el principio de territorialidad como elemento de conexión para resolver los conflictos relacionados al derecho de autor, por lo que se percibe que la legislación promulgada con posterioridad a la ley de derecho de autor en Brasil

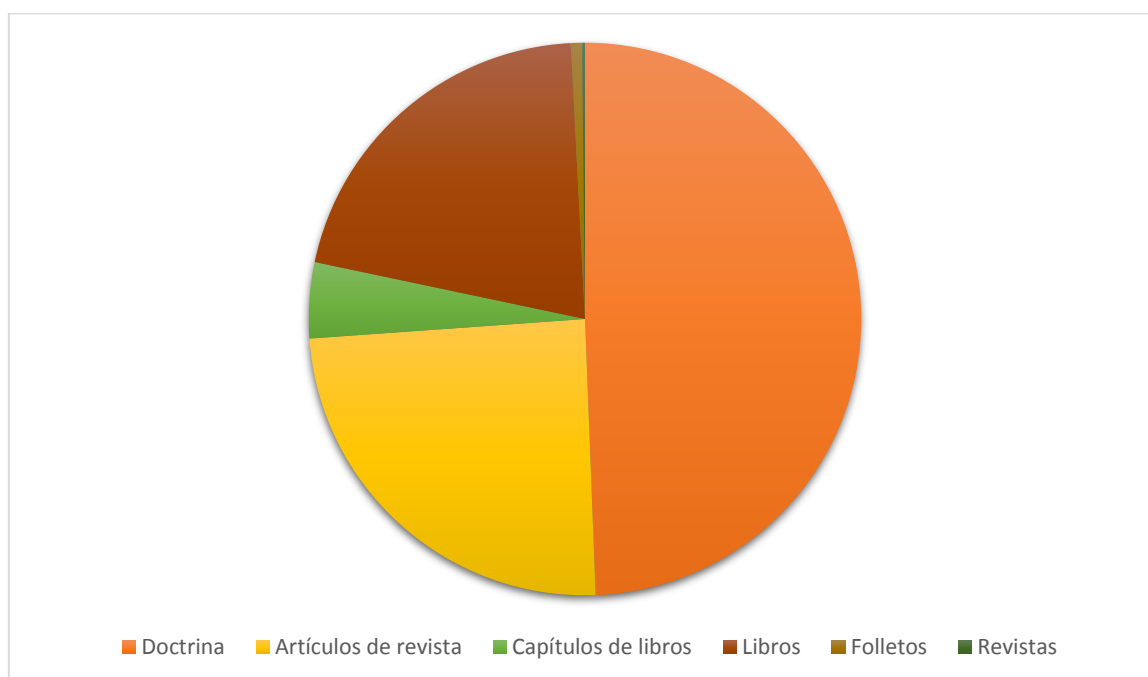
---

<sup>220</sup> Sentencia Extranjera. SEC 3687 / EX-SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA 2008/0267733-7(Sentença Estrangeira Contestada SEC 3687 EX 2008/0267733-7, 2017) En esta decisión fue homologada, reconociendo el fallo arbitral emitido en razón de un asunto en materia contractual. Esto evidencia que, en materia de derecho de autor, las relaciones vinculadas a contratos jurídicos aun poseen garantías procesales que son aplicadas de acuerdo a las leyes domésticas. Vale destacar en el ámbito del derecho de autor las relaciones contractuales no son pactadas con una perspectiva que busque el equilibrio entre acceso y protección del derecho de autor en internet.

mantiene un apego a posturas jurídicas internacionales que necesitan ser reformuladas como es el caso del *lex loci protectionis*.

Para complementar el estudio empírico sobre la jurisprudencia brasilera, fue investigado la producción doctrinal en Brasil en igual período (1997-2017). Esta investigación se hizo a través de la página web [www.lexml.gov.br](http://www.lexml.gov.br), estableciendo como criterio de búsqueda “*direito autoral*”. Los datos obtenidos corroboran que es abundante la producción científica nacional sobre el tema tal como muestra la tabla nº9. Esto contribuyó al fortalecimiento de las decisiones judiciales ante la ausencia de armonización jurídica internacional, pero en pocos casos de derecho de autor la jurisprudencia evoca la doctrina nacional como referente.

Tabla 9 Publicaciones sobre Derecho de Autor en Brasil 1997-2017



Empleando el *software Nvivo*, como herramienta de estudio cualitativo constatamos que las principales palabras utilizadas por la doctrina consultada para esta tesis<sup>221</sup> son las que se muestra la figura nº10. Para ello fueron establecidos los siguientes criterios: cincuenta palabras que aparecen con mayor frecuencia y el descarte de artículos, preposiciones, conjunciones, etc.

<sup>221</sup> Es importante aclarar que para estas tesis fueron consultados textos en diversos idiomas tales como: español, inglés, portugués y francés. De manera que las palabras obtenidas están en diversas lenguas, con el objetivo de buscar una mayor pluralidad de fuentes doctrinales.



#### 4.4.2 El *soft law* ante la ausencia de armonización internacional

El *soft law* o el derecho blando o la ley suave, como suele ser traducida puede ser interpretada como un rompecabezas para el derecho internacional. La ambigüedad que carga esta categoría del derecho es entendida para definir aquellas exhortatorias en lugar de obligaciones de carácter legalmente vinculantes. Un ejemplo que puede comenzar a esclarecer las ambigüedades de la ley blanda es una promesa entre Estados sobre un determinado asunto.

¿Cómo desentrañar la línea divisoria entre derecho blando y derecho duro? Para muchos doctrinadores del derecho no está claro sí, por ejemplo, cuando un político realiza un discurso en el que promete un determinado acto, estamos en presencia de una actuación política o de una promesa jurídica que deviene en derecho blando. De ahí que nos deparemos con el primer desafío del derecho suave el límite entre compromiso y cumplimiento.

La segunda ambigüedad está dada porque en el derecho blando no existe un límite o definición de qué asuntos pueden ser delimitados o no, como normas de ley suave. El amplio espectro de temas a ser considerados es enunciado en cartas de intenciones entre Estados, intercambios informales, promesas de diplomáticos, votos en organizaciones internacionales y decisiones de tribunales internacionales.

(Prosper, 1983,p.423) destaca de una manera polémica aspectos como la normatividad relativa en el derecho internacional, la distinción entre delitos y crímenes internacionales. Apuntando que una excesiva variación de la normativa internacional llevaría al desconocimiento del propio ordenamiento internacional. Considerando que el *soft law* no constituye una fuente formal del derecho internacional, pues, la distinción entre *soft law* y *hard law* atribuye algunos beneficios, pero al mismo tiempo puede ser un proceso patológico donde se vea amenazado la existencia del derecho internacional.

Por su parte (Klabbers, 1998,p.384) apunta que en el derecho internacional la dicotomía obligatoria/no obligatorio, derecho/no derecho absorben perfectamente la idea del *soft law*, pues en cualquier ordenamiento jurídico existe una preponderación de normas donde unas ganas mayor relevancia que otras. Por lo que para este autor es un término ambiguo, difuso y redundante que poco aporta al ámbito internacional.

Para (Barberis, 1994,p.27) *soft law* es la manera de denominar aquellas normas que se encuentran en proceso de consolidación, de modo que la doctrina logre distinguirlas entre *lex lata* y *lex feranda*. Siendo que el *hard* y el *soft* no estará determinados por el mayor o menor

grado de cumplimiento de obligaciones; sino por la complejidad y dificultad de comprobar el cumplimiento, generando una inseguridad y ambigüedad jurídica.

¿Por qué los Estados están tornando popular el uso del *soft law*? Estos los utilizan para resolver problemas puntuales, con el objetivo de generar conformidades y puntos comunes para mitigar litigios jurídicos; evitando con ello un desgaste en los sistemas legales, que de otra manera entrarían en conflictos sin fin, yendo de una ley suave o blanda hacia una ley dura. Esta solución es utilizada cuando el futuro jurídico es incierto, pues aquella decisión de hoy no sabremos si será eficaz mañana.

El derecho flexible es un instrumento que se mueve entre los tratados vinculantes y las posturas políticas de los Estados. Cualquier asunto no llevado a norma puede ser convertido en derecho blando, tal es el caso de los votos de organismos internacionales, decisiones de los tribunales internacionales, compromisos políticos de los países.

*But to say that soft law rules are quasi-legal is simply to beg the question of what separates the quasi-legal from the nonlegal, on the one hand, and the legal, on the other hand. The discomfort of legal commentators with soft law stems in significant part from this ambiguity. Soft law is a residual category, defined in opposition to clearer categories rather than on its own terms. Thus, soft law is most commonly defined to include hortatory, rather than legally binding, obligations*<sup>222</sup>(Andrew T. Guzman, 2010,p.174).

Por su parte, el derecho rígido o derecho duro está definido en una norma donde quedan pactadas las obligaciones a que están sometidas sus signatarios, así como las puniciones que deberán ser impuesta en casos de incumplimientos jurídicas. Aquí se destaca el efecto inmediato en el derecho duro, la punición que surge como consecuencia de un incumplimiento, imponiendo un alto costo para los Estado involucrados.

Según (Huerta, 2017,p.68) los instrumentos internacionales de *soft law* reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional por una mayor interrelación, interdependencia, interconexión y globalización.

(Chinkin, 1989,p.521) define los elementos que identifican una norma de *soft law*: i) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo a los procesos tradicionales de creación de derecho; ii) contengan términos vagos e imprecisos; iii) procedan de órganos carentes de

---

<sup>222</sup> (Traducción Libre). Pero decir que las reglas de *soft law* son casi legales es simplemente cuestionar la cuestión que separa lo cuasi-legal de lo no legal, por un lado y lo legal por otro lado. La incomodidad de los comentaristas legales con la ley blanda proviene en gran parte de esta ambigüedad. La ley suave es una categoría residual, definida en oposición a categorías más claras y no en sus propios términos. Por lo tanto, el derecho blando se define comúnmente para incluir obligaciones exhortatorias, en lugar de obligatorias.

autoridad para crear normas internacionales; iv) estén dirigidos a actores no estatales, cuya práctica no puede configurar una costumbre internacional; v) sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional; vi) se basen en la adhesión voluntaria y no exista un mecanismo jurídico para su exigencia.

Una crítica interesante a estos elementos es que el *soft law* está siendo definido en el ámbito internacional a partir de los preceptos del *hard law*, lo que conlleva la elaboración de un concepto y una interpretación limitada a los canones del *hard law*.

Según (Boretto, 2013.p17) los rasgos característicos del *soft law* son: a) el carácter jurídicamente no vinculante, b) cierta relevancia jurídica, c) buena fe, elemento presente y dominante en las relaciones estatales, así como en los acuerdos que se derivan de las misma, d) no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento.

Desde una perspectiva analítica posee una naturaleza híbrida, constituida por reglas y principios, en la que los principios son mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente, pero indeterminado en su consecuente.

Ahora bien, el *soft law* viene desde hace varios años ganando espacio en el ámbito internacional ante las fallas legislativas de los diferentes organismos internacionales, de ahí que pueda ser un camino, alternativa o solución a corto plazo ante la ausencia normativa de la falta de armonización jurídica internacional del derecho de autor en internet.

Otra de las ventajas es que el *soft law* evitaría la falta de aprobación parlamentaria hacia el derecho interno, estableciendo un código de buenas prácticas jurídicas en materia de derecho de autor e internet, sin tener un enfrentamiento directo entre *civil law* y *common law*, entre derecho de autor y *copyright*, facilitando así el equilibrio ausente en el contexto internacional en esta materia.

El *soft law* permite iniciar el camino, encontrando puntos comunes para trabajar en aras de conquistar una futura solución jurídica definitiva. Delimitar principios comunes, que puedan ser utilizados ante situación de crisis en los conflictos jurídicos transnacionales vinculados al derecho de autor en internet, sería el primer paso para incluir soluciones del derecho de autor y el acceso a la cultura en internet.

Cuestiones tan polémicas hoy como: lugar del daño, titularidad del daño, alcance del daño, pueden ser llevadas a normas de *soft law* para unificar las interpretaciones divergentes partiendo de puntos comunes.

Para iniciar cualquier proceso de armonización jurídica internacional es preciso realizar un estudio comparado donde sean determinados las cuestiones más vulnerables que acarrear conflictos transnacionales. Una vez determinadas las asimetrías, puede ser trazada una línea de trabajo para comenzar a establecer la aproximación de los instrumentos internacionales.

De ahí que en la situación actual del derecho de autor donde predomina un desequilibrio entre acceso y protección en el ámbito de internet, la solución más viable a corto plazo sea el establecimiento de normas de *soft law*, para contribuir a minimizar el desequilibrio existente entre acceso y protección.

Se concluye que el panorama jurídico internacional que envuelve el derecho de autor y el derecho internacional privado no posee soluciones a corto plazo que tengan como base establecer un equilibrio entre acceso y protección, a fin de respetar el acceso a la cultura como derecho humano fundamental. La falta de un trabajo interdisciplinar entre la OMPI y la HCCH en materia de propiedad intelectual, hace que los conflictos de jurisdicción en esta materia se limiten a la aplicación de leyes domésticas, incrementando la desconfianza en relación a la circulación de decisiones judiciales.



## CONCLUSIONES

Anterior a la creación de la ONU, ya existían normas internacionales encaminadas a regular los derechos de autor en el ámbito internacional, pero sólo con la llegada de la Declaración Universal de Derechos Fundamentales de 1948, se produjo una exaltación y reconocimiento a nivel internacional del acceso a la cultura como derecho fundamental. En el plano regional se puede hablar de intentos de protección de estos derechos desde épocas tempranas, a través de los textos constitucionales e instrumentos territoriales.

El acceso a la cultura es un derecho fundamental, que su materialización recae indistintamente sobre bienes jurídicos susceptibles de protección por parte de la propiedad intelectual, lo que condiciona indiscutiblemente su existencia. Estos son derechos de un rango superior que deben ser preponderados respecto a la protección del derecho de autor. Su manifestación específica hacia dentro de las normas domésticas y consagrados en normas internacionales necesita ser preservada en el contexto de internet.

Con el acceso a la cultura se protege también la creación artística y el disfrute de esta, existiendo una relación estrecha entre este y el derecho de autor en el contexto de internet, que está amenazada por un desequilibrio que persiste a favor de garantizar y reforzar el monopolio del titular del derecho de autor. El acceso a la cultura garantiza a su titular el desarrollo de su vida y su conducta dentro del ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones.

El acceso a la cultura ha sido protegido con mayor énfasis hacia el lado del autor, garantizando el derecho de propiedad lo que ha provocado un desequilibrio histórico que ha perjudicado el acceso a la cultural e pos del derecho de propiedad.

No existe en el plano doméstico un control efectivo del lugar de supremacía que debe ocupar el acceso a la cultura, como derecho fundamental en cuanto a la promulgación de normas que garantizan protección al derecho de autor en el contexto de internet. Al emitir leyes y tratados en materia de derecho de autor, estos no son realizados desde un equilibrio entre ambos derechos, lo que conduce a un aumento de litigios transnacionales en esta rama.

La legislación internacional en materia de derecho de autor, está desactualizada con respecto al progreso tecnológico que trajo internet. La tutela jurídica de estos derechos refuerza el monopolio del titular y se debate entre soluciones a medias como: compensación por copia privada, limitaciones y excepciones y medidas de carácter tecnológico para mitigar el desequilibrio que predomina en relación al acceso a la cultura. La aplicación de esta regulación,

sólo contribuye a reforzar el régimen asimétrico y desproporcionado que tiende a proteger de manera excesiva los bienes resultantes del conocimiento y la creación intelectual, sin que se logre una contrapartida para establecer un equilibrio sistémico.

La desarmonización jurídica internacional en materia de derecho de autor en internet es mucho más amplia, próspera y productiva que el establecimiento de patrones mínimos de protección de manera equilibrada con el acceso a la cultura como derecho fundamental. El esfuerzo mundial por consolidar el sistema internacional de la propiedad intelectual ocurre en áreas diferentes al derecho de autor, lo que reafirma que este es antisistémico y desproporcionado, favoreciendo determinadas áreas más que otras.

El establecimiento de futuras normas internacionales relativas al derecho de autor en internet, deberán preferentemente conciliar intereses públicos en cuanto al acceso de productos culturales a través de la tecnología de la información y las comunicaciones y privados en cuanto a los intereses los titulares de derecho de autor. No resultan eficaces políticas que criminalicen el consumo cultural en el medio digital, pues ello reforzaría la desproporción existente en la actualidad.

Es necesario y urgente abrazar políticas equilibradas, inclusivas y que contribuyan a reforzar el enfoque multidisciplinar y diverso que rodea el derecho de autor y el acceso a la cultura en internet. El dominio público es un elemento esencial para recobrar el equilibrio ausente entre estos derechos, pues contribuye a preservar y minimizar el excesivo proteccionismo que envuelve el derecho de autor. La llegada de internet no es la causa de la falta de armonización jurídica internacional entre el acceso a la cultura y el derecho de autor, ello solo contribuyó a que fuera más evidente el favoritismo al autor.

Las alternativas emergentes en el contexto de internet evidencian la necesidad de garantizar el acceso a la cultura como derecho fundamental ante el papel de la industria que se ve favorecido por el monopolio imperante en el derecho de autor. Internet no puede continuar siendo un mercado que solo favorece las ventas y lucros de las grandes industrias creativas, es necesario conceder mayores posibilidades al individuo.

La realidad del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil corrobora que fuera del entorno europeo no existe circulación de sentencias extranjeras sobre derecho de autor amplia, dinámica y fluida como en otras ramas del derecho internacional privado. Además, las pocas circulaciones muchas veces están dadas por la relación de una interconexión entre el derecho de autor y el derecho de contratos. Esto refuerza el divorcio entre doctrina y jurisprudencia en

materia de derecho de autor, lo que refuerza el favoritismo de los titulares y minimiza el libre acceso a la cultura.

La aplicación del diálogo de las fuentes a casos sobre derecho de autor en internet, permiten un análisis, coherente, armónico, simétrico, equilibrado. Esta teoría del derecho internacional privado permite que sean respetados y se tengan en cuenta en la emisión de un fallo elementos como la diversidad cultural jurídica que converge en estos casos y la interpretación de los derechos fundamentales como génesis de todo derecho.

La falta de armonización jurídica internacional en el derecho de autor puede ser mitigada a través de normas de *soft law*. Ello contribuye a que puedan ser pactados elementos de conexión aplicados a otras ramas del derecho para las soluciones de conflictos, sin que la única salida adoptada sea el principio de ley del local donde se reclama la protección. Además, permite comenzar desde una norma flexible el diálogo entre los Estados en un tema de altísima complejidad jurídica internacional.

Ciertamente la ausencia de una armonización jurídica en el sistema internacional del derecho de autor contribuye a la permanencia y proliferación del desequilibrio entre acceso a la cultura y derecho de autor en el contexto de internet que es reforzada en el plano doméstico a través de las medias tecnológicas, reglas de los tres pasos entre otros como vías de solución que con contemplan los derechos fundamentales como la solución definitiva.

No existe una incidencia del ordenamiento jurídico internacional privado para la protección del derecho de autor y el acceso a la cultura en el contexto de internet. La ausencia de tratados internacionales en este sentido refuerza el desequilibrio de estos derechos y contribuye a reforzar el monopolio del titular del derecho de autor.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y Artículos

**AKINSANMI, T. The Context: Governing the internet. In: KLEINWÄCHTER, W. (Ed.). The power of ideas: Internet Governance in a Global Multi-Stakeholder Environment. Berlin: Wagner Translations,Ltd, v.1, 2007. cap. 2, p.296.**

ALMEIDA, D. F. E. **Um Tribunal Internacional para a Internet.** Sao Paulo: Almedina, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Um Tribunal internacional para internet** Sao Paulo Almedina, 2015b.

**ALVAREZ, E. T. El derecho andino** Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol, Bogotá, n. 1era, p. 38-44, 2006. ISSN 57.

AMORIM, F. S. T. D. **O direito internacional privado e os desafios do mercado global: a proteção da diversidade cultural no comércio eletrônico de bens e serviços culturais.** 2011. Programa de Pos-Graduación en Derecho Universidad Federal de Pernambuco, Pernambuco.

AMORIM, F. S. T. D. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 514-539, mayo/agosto 2017.

ANDREW T. GUZMAN, T. L. M. International Soft Law. **Berkeley Law Scholarship Repository**, v. 2, n. 1era, p. 171-225, enero 2010. ISSN 1.

ARANHA, M. I. Mundialización informativa, informacional y cultural. **Revista Política y Cultura**, v. 26, p. 71-91, 2006.

ARAUJO, N. D. **Direito Internacional Privado.** Renovar. Rio de Janeiro: 2013.

ARMINJON, P. **Précis de droit international privé.** 3era edic. Paris: 1947.

ARROYO, D. F. **Aspectos Esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana.** OEA. Washington, p.293-326. 2006. (1)

ASCENSÃO, J. D. O. O Fair Use no Direito Autoral. **Forense**, p. 73-83, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito de Autor e Direito Conexos.** Brasil: 1992. 770.

\_\_\_\_\_. **Direito da internet e da sociedade da informação.** Rio de Janeiro 2002.

ASENSIO, P. A. D. M. **Derecho Privado de Internet.** 5ta. Madrid: 2015a.

\_\_\_\_\_. El lugar del daño como fundamento de l incompetencia internacional en los litigios sobre derecho de autor. **Estudos de Direito Intelectual**, Lisboa v. I, n. 1era, p. 511-530, 2015b.

\_\_\_\_\_. La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea. **Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual** p. 115-154, 2015c.

BALLESTEROS, C. F. **Marco Jurídico Internacional del Derecho de Autor y los Derechos Conexos de Berna 1886 a los Tratados de la OMPI 1996**. Madrid, España: 2011.

BARBERIS, J. **Formación del Derecho internacional**. Rodolfo Abaco. Buenos Aires: 1994.

BARBERO, J. M. **De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía**. Gustavo Gili, S.A. México: 1991. ISBN 968-887-024-2.

BASSOS, M. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre Livraria do Advogado 2000a.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2000b.

\_\_\_\_\_. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual** Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000c.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Privado**. Sao Paulo: Atlas S.A, 2009.

BAUDENBACHER, C. Judicial Globalization: New Development or old wine in new bottles. **Texas International Law Journal**, v. 38, p. 503 y ss, 2005. Disponible em: <<http://www.tilij.org/content/journal/38/num3/baudenbacher505pdf.>>.

BERCOVITZ, R. **Manual de Propiedad Intelectual**. 3era. Valencia, España: 2015.

BERTINI, F. P. P. **Direito Internacional da Propriedade Intelectual. Fundamentos, principios y desafios**. Renovar. Rio de Janeiro: 2013.

BEVILÁQUA, C. **Direito Internacional Público**. Freitas Bastos. Rio de Janeiro: 1939.

BEVILÁQUA, C. **Principios Elementares de Direito Internacional Privado**. Río de Janeiro: 1978.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento juridico** Brasilia UnB, 1990.

BOGGIANO, A. **Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

BORETTO, M. **Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual**. Congreso Argentino de Derecho Internacional GELDIS. Santa Fe, Argentina 2013.

BRENCKE, M. **Is fair use an option for UK. Copyright legislation?** Halle (Saale): 2007.

CARBAJO, F. C. La Responsabilidad por Hiperenlaces y Motores de Búsqueda en Internet. **Revista Práctica de Derecho de Daños**, v. 20, n. 1, p. 35, 2004.

CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTERO, A. Z. L., SANTIAGO SCHUSTER VELGARA **Diagnóstico del Derecho de Autor en América Latina** Cerlac. Buenos Aires 2011.

CASTELLS, M. **La Sociedad en Red. Del conocimiento a la acción política** Barcelona: Casa de la Moneda, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comunicación y poder**. Madrid: 2009.

CAVALGANTI, F. M. P. D. **Tratado de Direito Privado** Bookseller. Rio de Janeiro: 1999.

CAVALLI, O. Internet Access in Latin America: From asymmetry to universal access. In: KLEINWÄCHTER, W. (Ed.). **The Power of Ideas: Internet Governance in a global multi-stakeholder environment**. Berlin Wolfgang Ltd, v.1, 2007. cap. 4, p.296.

CEES, H. Digital fatso en Mensenrechten in cyberspace., p. Amsterdam, Boom, 1999.

CEQUEIRA, J. D. G. **Tratado da Propriedade Industrial**. Lumen Juris. 2010. ISBN 9788537508435.

CHAPMAN, A. **La Propiedad Intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes UNESCO**. Paris 2010.

CHAVES, A. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHAVÉZ, J. A. M. El copyright del juez. ¿Y si demostramos que el derecho de autor podría mejorar -en cierto sentido- la justicia? **La Propiedad Inmaterial**, v. 23, n. 1, p. 69-129, 2017.

CHINKIN, C. The challenge of soft law: Development and change in international law. **International and Comparative Law Quarterly**, Octubre 1989.

CLEMENTE, R. G. Uma solução de streaming de video para celular> conceitos, protocolos e aplicativos. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual** Fortaleza, v. 1, n. 1era, p. 16, mayo/junio 2015.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil** Saraiva. Sao Paulo: 2005.

COLEMAN, R. B. Y. A. **Copyright Exeptions. The Digital Impact**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2005.

COLOMBRES, A. **A teoria transcultural del arte. Hacia um pensamento visual independente**. Del Sol. Buenos Aires: 2004.

COSTA, A. B. **Por uma teoria prática: O direito Achado na rua**. Universidade de Brasilia 2014.

DELMAS-MARTY, M. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DOLINGER, J. **Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts**. Blancher. Haya: 2010.

DRAETTA, U. **Internet et comerce électronique en droit international des affaires** Brancher Haya: 2011.

DRAHOS, P. Intellectual Property and Human Rights. **Intellectual Property Quarterly**, 1999.

DURÁN, S. P. Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. *Revista LA propiedad Inmaterial* p. 5-29, 2013a.

\_\_\_\_\_. Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. **Revista de Propriedade Inmaterial**, v. 17, p. 5-29, 2013b.

DUSOLLIER, S. Estudios Exploratorios sobre Dominio Público. Ginebra, p.86. 2010. (I)

ETHAN KATSH, C. R. What We Know and Need to know About Online Dispute Resolution. **South Carolina Law Review**, v. 67, n. 1, p. 329-345, 2016.

FEITOSA, M. L. P. D. A. M. Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. **Prim@ Facie International journal**, p. 36-46, 2006.

FERNÁNDEZ, D. Q. **P2p: Nuevo paradigma comunitario convergente**. Segundo Congreso Gallego do Audiovisual. Santiago de Compostela: Universidad Autonoma de Barcelona 2004.

FERNANDO ZAPATA LÓPEZ, S. S. V., ERNESTO PIEDRAS, RICARDO ANTEQUERA PARILI, DELIA LIPSZYC. **Diagnóstico del Derecho de Autor en América Latina**. Bogotá, Colombia: 2007.

FISHER, W. Reconstructing the fair use doctrine **Harvard Law Review** New York v. 101, n. 1, p. 137, junio 1988. ISSN 8.

FREIRE, P. **Cultural Freedom in Latin American**. Notre Dame: Humans Rights and the Liberation of man in the american 1970.

GEIST, M. Is there a there there? Toward Greater Certainty for internet jurisdiction,. **Berkeley Technology Law Journal**, California v. XVI, n. 3, p. 1-60, abril 2013.

GELLMAN, R. **A Brief History of the Virtual Magistrate Project: The Early Months**. Washington 1996.

GINSBURG, J. C. Une chose publique? The Autor Domain and teh Public Domain in Early British, French and US Copyright Law. **The Cambridge Law Journal**, v. 65, n. 2, p. 20, 2006.

GONZÁLEZ, M. D. C. B. **El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura**. 2007. Departamento de Derecho Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona, Barcelona.

GREENBERG, M. H. A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo - Case and the Regulation of Online Content in the World Market. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 18, n. 4, 2003. Disponible em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=btlj> <

HAMMES, J. B. Os cem anos da Convenção de Berna. **Estudos Juridicos** v. 46, p. 8-35, 1986.

HARDY, T. Contracts, Copyright and Preemption in a Digital Word. **Jornal of Law and Technology**, v. I, p. 33, 1995.

HOWKINS, J. **The creative economy: how people make money from ideas**. Penguin Books. Londres: 2007.

HUERTA, M. I. D. T. El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México DF, v. VI, 2017.

JAYME, E. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Rio de Janeiro v. I, n. 1era, p. 86-87, março 2003. ISSN 1.

\_\_\_\_\_. **Identite culturelle et integration le droit international prive postmoderne** Haya: 2010a.

\_\_\_\_\_. **Identite culturelle et integration le droit international prive posdtmoderne.** Haya: Blanche, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Indentide Culturelle et integration le droit international prive postmoderne.** Blanche. Paris: 2010c.

JAMES, J. F., PAUL TORREMANS. **Intellectual Property and private international law.** Oxford. 2015.

JOËLE FARCHY, C. M. E. G. S. **La gratuité, à quel prix?** Ècole des Medias et Du Numérique de la Sorbone. Paris: 2015.

JOOST SMIERS, M. V. S. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates too/ an essay.** Amsterdam: 2009. ISBN 978-90-78146-09-4. Disponível em: <<http://www.networkcultures.org> >.

KESSEDJIAN, K. B.-W. A. C. **Internet: Which Court Desides? Which Law Applies? .** Haya: 1998.

KLABBERS, J. The undesirability of soft law. **Nordic Journal of international law**, v. 67, p. 381-391, 1998.

KUNDA, I. International Jurisdiction over Violations of copyright and related rights in internet. **XIII Anuario Español de Deercho Internacional Privado**, Madrid, v. I, n. 2da, p. 457-485, Junio 2013.

LABIAN, A. J. **La propiedad intelectual en el mundo digital.** Madrid: 2010.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: un dialogo com o pensamento de Hannah Arendt.** Sao Paulo: Schwarez Ltda, 1988.

LARSON, S. **Metamorphors and Normas- Understanding Copyright Law in a Digital Society.** Suecia: 2011.

LEISA, C. F. **Cultura y Derecho Internacional.** Alcalá: Servicios de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2012.

LEITE, E. L. A Doutrina do “Fair Use” delineada no Direito Autoral Norte-Americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. **Revista de Direito Autoral**, Brasília v. 4, n. 2, 2006.

LESSIG, L. **Cultura Libre** New York Penguin Group 2004a.

\_\_\_\_\_. **Forum Internacional de Software Livre.** Folha de São Paulo. São Paulo 23 p. 2004b.

LEVAL, P. Toward a fair use standard **Harvard Law Review** New York v. 103, n. 1, p. 33, Junio 1990. ISSN 1105.



LIPSYC, D. **Derecho de Autor y Derechos Conexos Tomo I**. La Habana Ediciones Unesco CERLALC ZAVALIA 2005a.

\_\_\_\_\_. **Derecho de Autor y Derechos Conexos Tomo I y Tomo II**. La Habana Ediciones Unesco CERLALC ZAVALIA 2005b.

LOBATO, L. T. Y. R. The cyberlocker gold rush: Tracking the rise of file-hosting sites as media distribution platforms. *Sidney*, v. 17, n. 1, p. 423-435, Septiembre 2014.

LOPES, I. El reconocimiento transnacional del matrimonio entre personas del mismo sexo o de la pareja homosexual y los recientes desarrollos en brasil y en Mercosur. **Anuario Español de Derecho Internacional Privado**, v. 16, p. 30, 2016.

LUÑO, A. P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos. Madrid: 1991.

MARQUES, C. L. Dialogo das Fontes: interações entre a lei doméstica e a CISG. **Revista do Consumidor**, v. 12, p. 1-18, enero-marzo 2003.

MARX, N. Storage Wars: Clouds, Cyberlockers, and Media Piracy in the digital economy. **e-Media Studies**, v. 3, p. <http://journals.dartmouth.edu/cgi-bin/WebObjects/Journals.woa/1/xmlpage/4/article/426>., 2013.

MCFARLAND, D. D. Drop the Shoe: A Law of persona Jurisdiction. **Missouri Law Review** Missouri, v. 68, n. 1, p. 753-812, 2003. ISSN 4.

MEGOZZI, P. **Private international law and the wto law**. Blanche. Haya: 2011.

MERGES, J. H. A. R. P. Copyright and Distributive Justice. **Notre Dame Law Review**, v. 92, n. 2, p. 577, 2017.

MONEBHURRUN, N. **Manual de Metodología Jurídica. Técnicas para argumentar em textos jurídicos**. Sao Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, D. V. **La propriété intellectuelle en droit international privé**. Haya: 2010.

MUNIZ, S. **A verdade seduzida: por um conceito de cultura no Brasil** Rio de Janeiro: 1988.

NADIA DE ARAUJO, L. S., BRUNO BARRETA DE AZEVEDO TEXEIRA. Dialogo das Fontes:interações entre a lei doméstica e a CISG. 2015.

NAVARRETE, L. A. **¿Derecho de autor? El debate de hoy**. Ciencias Sociales La Habana: 2010. ISBN 978-959-06-0901-5.

NEIVA, M. R. B. D. S. **La “Regla de los Tres Pasos” Como Norma Interpretativa del Derecho de Autor: Por una Aplicación Razonable de los Límites a la Propiedad Intelectual**. 2015. 411 Doctorado Facultad de Derecho, Carlos III, Madrid, Madrid.

NETANEL, N. W. Imposse a noncommercial use levy to allow free peer to peer file sharing. **Harvard Journal of Law & tecnologia**, v. 17, p. 2-44, 2003.

NEVES, M. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OCHOA, T. T. Origins and Meanings of the Public Domain. Santa Clara University School of Law, Santa Clara, v. 28, n. 1era, p. 215-237, mayo 2002. ISSN 2.

OHLY, J. P. Y. A. **The europeanization of intellectual property law**. Ohly y Ansgar. Oxford: 2015. 283.

OLAZÁBAL, C. V. A. Y. P. F. **La Investigación científica**. La Habana: Ciencias Sociales, 2014.

OTIENO-ODEK, J. Public Domain in Patentability after the Uruguay Round: A Developing Country's Perspective with Specific Reference to Kenya". *Tulane Journal of International and Comparative Law*, p. 25, 1995.

PAINE, T. **Los Derechos del Hombre** Orbis Buenos Aires: 1985. ISBN 10: 8475309801.

PIERRE, L. **Cibercultura**. São Paulo Editora34, 1999.

PEÑA, O. P. **Protección de las obras de la cultura popular tradicional por el derecho de autor: especial referencia a Cuba**. 2012. Departamento de Derecho civil y de familia Universidad de la Habana, La Habana.

PICARD, E. **Des droits intellectuels à ajouter em quatrième terme à la division classique des droits en personnels, rées et obligationnels. Introduction au Tome II des Pandectes Belges**. Bruxelas: 1879.

POLANYI, K. **A grande Transformação**. Campus Sao Pablo: 2013.

PROSPER, W. Towards Relative Normativity in International Law. **American Journal of International Law**, Nwey York, p. 413-442, 1983.

RICKETSON, S. Simplifying Copyright Law: Proposale From Down Under **European Intellectual Property Review** v. 21, n. 11, p. 537-540, 1999.

RIFKIN, J. **The Zero Marginal Cost Society: The Internte of Things, yhe Collaborative Commons and the Eclipse of Capitalism**. New York: 2014.

RODRÍGUEZ, J. E. **Copyleft Manual de uso**. 1era. Madrid: 2006.

RUNDLE, M. Beyond internet governance: The emerging international framework for governing the networked world. *Harvard Law School*, v. 16, p. 01, 2005.

SAMUELSON, P. Digital information, digital networks and the public domain. **Conferencia de Duke sobre Dominio Público**, Duke, p. 80-107, 2001. Disponível em: <<https://law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf>>. Acesso em: 1 de marzo de 2017.

SANTOS, M. **Direito Autoral na era digital. Impactos, controversias e possíveis soluções**. São Paulo Saraiva 2009a.

\_\_\_\_\_. **Direito Autoral na era digital. Impactos,controversias e possíveis soluções**. Saraiva. Sao Pablo: 2009b.

SARA BOETTIGER, D. L. B. Open Source patenting. **Journal of international Biotechnology law**, v. 1, n. 6, p. 221-231, Nov/ Dic 2004.

- SAVIGNY, F. C. V. **Sistema de Derecho Romano Actual**. Barcelona: Comares 1849.
- SELL, S. K. **Private Power, Public Law.. the Globalization of Intellectual Property Rights**. Board. Cambridge: 2013.
- SEN, C. R. E. I. Online Dispute Resolution and Ombuds: Bringing Technology to the Table. **Jornal International Ombudsman Association**, v. 8, n. 1, p. 73-81, 2015.
- SENTFLEBEN, M. Bridging the Differences Between Copyright's Legal Traditions- the Emerging EC Fair Use Doctrine. **Jornal of the Copyright Society of the USA**, v. 57, n. 3, p. 521-552, 2010.
- SERENO, J. Content Generated by Users, Wikis and Copyright. **La Propiedad Inmaterial**, v. 14, n. 1, p. 52, 2010.
- SHAND, P. Scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion. **The University of California**, v. 3, p. 47-88, 2002.
- SILVA, J. A. **Los servicios en el Derecho Internacional Privado Jornadas de la ASADIP 2014**. Porto Alegre: 2014.
- SLAUGHTER, A. M. **International Law and international relations**. Blancher Haya 2010.
- SMIERS, J. **Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización** Barcelona: Gedisa, 2006a.
- \_\_\_\_\_. **Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización**. Gedisa. Barcelona: 2006b. ISBN 84-9784-052-6.
- STALLMAN, R. M. **Software libre para una sociedad libre** Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.
- STIGLITZ, J. E. Economic foundations of intellectual property rights. **Duke Law Journal**, v. 57:1693, p. 1694-1754, 2008. Disponible en: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=dlj>>.
- STORY, A. Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must Be Repealed. **Houtun Law Review**, v. 40, n. 3, p. 763-802, 2003.
- STRENGER, I. **Direito internacional privado** Revista dos Tribunais Rio de Janeiro 1991.
- SVANTESSON, D. J. B. A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law. **Santa Clara journal of international law**, v. 13, p. 516-571, 2015. Disponible en: <<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=scujil>>.
- SYMONIDES, J. International Implementation of cultural rights. **Gazette**, v. 60, p. 8-24, 1 de marzo de 1998 2010.
- TORREMANS, P. **Human rights and intellectual property**. Cambridge: 2010.
- TOTAH, S. J. Copyright Law. **Golden Gate University Review**, v. 17, n. 1, p. 20, Junio 1987.

VALLES, R. C. The requirement of originality. In: DERCLAYE (Ed.). **Research handbook on the future of EU copyright**. Derclaye. Massachusetts, 2009. cap. 5, p.102-132. ISBN 978187203922.

VARELLA, M. D. a crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, p. 36, julho/septiembre 2005. ISSN 167.

VASAK, K. **Las Dimensiones internacionales de los derechos humanos**. UNESCO. Paris: Serbal-Unesco. 1: 15 p. 1984.

VERCOVI, E. **Derecho Procesal Civil Internacional**. Montevideo, Uruguay: 2000.

WALD, A. In Chalhoub, Milhin Namen. Trust. Rio de Janeiro Renovar, 2001.

WALSH, C. **Interculturalidad, Estado, sociedade. Luchas(de) coloniales de nuestra época**. Quito: Universidad Andina Simon Bolivar, 2009.

WALTER, B. **A obra de arte na época de sua reprodutividade técnica**. Porto Alegre: Brasil 2012.

WANG, F. F. **Jurisdiction and Choise of Law. Legal Practices in the EU, US and China**. New York, Estados Unidos: Cambridge University, 2010.

WILLEM GROSHEIDE, H. R. A. K. T. Intellectual Property Protection for Video Games - A view from the European Union. **Jornal Internacional Comercial Law and Technology**, v. 9, n. 1, p. 13, 2014

WOELKI, K. B. **Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of law**: Haya 2010.

XALABARDER, R. Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act. Jornada de REsponsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet, 2001, Barcelona. Voc. p.25.

\_\_\_\_\_. Las Licencias Creative Commons: un. Revista sobre la sociedad del conocimiento, Barcelona, v. I, n. 1ea, p. 12, Marzo 2006. ISSN 2.

YANES, L. M. A. Los derechos culturales como derechos en desarrollo:una aproximación. **Anuario Multidisciplinar para la modernizacion de las Administraciones públicas**, v. 46, p. 22-48, 2014. Disponible em: <  
[http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02\\_NOT\\_02\\_arroyo.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_NOT_02_arroyo.pdf)>.

## Casos

**09-1684-A (Lichôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa).** Le Tribunal de Premiere Instance de Nivelles. Belgica 2010.

**C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening.** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2009.

**C-70/10 - Scarlet Extended.** Tribunal de Justicia Unión Europea 2011.

**C-110/15 Microsoft Mobile v. Ministerio de Cultura Italia** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2015.

**C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker,** . Superior Tribunal de Justicia Unión Europea 2016.

**C-161/2010 eDate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited.** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2011.

**C-170/12 Peter Pinckney y KDG Mediatech AG.** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2013.

**C-192/04 - Lagardère Active Broadcast.** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2005.

**C-277/10 Martin Luksan y Petrus van der Let.** Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2012

**Calder v. Jones, 465 U.S. 783 (1984).** Suprema Corte de los Estados Unidos de América 1984.

**Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569.** Suprema Corte de los Estados Unidos de América 1994.

**Elsevier Inc. et al v. Sci-Hub et al, No. 1:2015cv04282 - Document 53 (S.D.N.Y. 2015).** Corte del Distrito de New York 2015.

**Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).** Corte del Distrito de New York 1991.

**Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958).** Suprema Corte de los Estados Unidos de América 1958.

**Harper and Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985).** Suprema Corte de los Estados Unidos de América 1985.

**International Shoe v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945).** Suprema Corte de Estados Unidos de América 1945.

**Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº1.480-DF (1997).** Tribunal Superior Federal de Brasil 1997.

**Palmieri v. Estefan 88 F.3d 136 (2d Cir. 1996).** Jimmy Chen: Los Ángeles, California 1996.

**Real Network Inc.v Streambox, Inc &Universal City Studios, Inc. V. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000).** Corte del Distrito de New York 2000.

**Recurso Especial Nº 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7).** Superior Tribunal de Justicia de Brasil 2017.

**Recurso Especial Nº 1.685.558 - SP (2016/0221981-0).** Superior Tribunal de Justicia de Brasil 2017.

**Sentença Estrangeira Contestada SEC 3687 EX 2008/0267733-7.** Superior Tribunal de Justicia de Brasil 2017.

**Sony Corporation of American v. Universal City Studios, Inc 81-1687 U.S. (1983).** Suprema Corte de los Estados Unidos de América 1983.

## **Informe**

ANCINE. Informe de las estadísticas sobre el lanzamiento de filmes en Brasil. Brasilia, 2017. Disponible en: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/search/node/SADIS/ANCINE%3B%20%20SADIS/ANCINE>>.

BRASIL, M. D. C. **Mercado Audiovisual Brasileiro**. Brasilia 2002-2017.

CERLAC. **El libro en cifras. Boletín estadístico del libro en Iberoamérica**. Bogotá. 2017

IFDP. **Informe Mundial de la Música. El estado de la industria**. New York 2016.

\_\_\_\_\_. **Informe Mundial de la Música. El estado de la industria**. New York. 2017.

LAAKSONEN, A. **Making Culture Accesible: access, participation and cultural provision in the context of cultural rights in Europe**. Barcelona 2010.

ITU. **ICT Facts and Figures 2016**. Ginebra. 2016

\_\_\_\_\_. **ICT Facts and Figures 2017**. Ginebra. 2017

## Legislación

BRASIL. **Ley n° 12.377 de Introducción a las Normas del Derecho brasileiro.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 4 de septiembre de 1942.

\_\_\_\_\_. **Constitución de la República Federativa de Brasil.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 5 de octubre de 1988.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 5869. Código Civil.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 11 de enero de 1973.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 10.406 Código Civil** Brasilia Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 10 de enero de 2002.

\_\_\_\_\_. **Decreto n° 8.771 Reglamento del Marco Civil de Internet** Brasilia Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 11 de marzo de 2016.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 12.853 Ley de Gestión Colectiva de Derecho de Autor.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 14 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 5988 Ley de Derecho de Autor.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 14 de diciembre de 1973.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 13.105 Código de Proceso Civil** Brasilia Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 16 de marzo de 2015.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 9610 de Derecho de Autor** Brasilia Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 19 de febrero de 1998.

\_\_\_\_\_. **Ley n° 12.965 Marco Civil de Internet.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 23 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 7061 Sobre obligación de exhibición de obras audiovisuales cinematográficas brasileiras.** Brasilia: Diario Oficial de la República Federativa de Brasil 30 de diciembre de 2009.

BUSTAMANTE, A. S. D. **Código de Derecho internacional privado.** La Habana 1928.

CAN. **Desición sobre Derecho de Autor n°351** Lima, Perú 1993.

\_\_\_\_\_. **Desición n°588 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina.** Quito, Ecuador 1998.

CODE, T. W. G. S. E. C. **European Copyright Code** 2010.

CUBA. **Ley n°59 Código Civil.** La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba 16 de julio de 1987.

\_\_\_\_\_. **Constitución de la República de Cuba.** La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba 24 de febrero de 1976.

\_\_\_\_\_. **Ley n°14 de Derecho de Autor** La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba 28 de diciembre de 1977.



E.U.A. **Copyright Act** Washington 1976.

\_\_\_\_\_. **Constitución de los Estados Unidos de América**. Filadelfia: Archivo Nacional 1776.

\_\_\_\_\_. **Digital Millenium Copyright Act** 1998a.

\_\_\_\_\_. **The Digital Millennium Copyright Act Of 1998**. Washington: 18 p. 1998b.

HCCH. **Convención sobre Elección de foro competente**. Haya 2005.

MERCOSUR. **Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual n° 912/1996**. Asunción: Diario Oficial del Mercosur 5 de agosto de 1995.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de Integración Cultural n° 1086**. Fortaleza, Brasil Mercosur 6p. 23 de mayo de 1996.

OEA. **Convención Americana de Derechos Humanos** San José, Costa Rica 1969.

\_\_\_\_\_. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"**. San Salvador, El Salvador 1988.

\_\_\_\_\_. **Opinión consultiva. OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994**. San José, Costa Rica 1994.

\_\_\_\_\_. **Convención Americana sobre Derechos Humanos** 1966.

OMC. **Acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio**. Marruecos 1994.

OMPI. **Convención de Berna (Modificación de 1979)**. Berna: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 1886.

\_\_\_\_\_. **Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión**. Ginebra: 10 p. 1961.

\_\_\_\_\_. **Creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual** Estocolmo: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 1967.

\_\_\_\_\_. **Reglamento del tratado sobre derecho de las marcas** 1994a.

\_\_\_\_\_. **Tratado sobre el derecho de marcas**. Ginebra 1994b.

\_\_\_\_\_. **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor**. Ginebra: 25 p. 1996a.

\_\_\_\_\_. **Tratado sobre interpretación y ejecución de fonogramas**. Ginebra 1996b.

\_\_\_\_\_. **Tratado de cooperación en materia de patente**. Ginebra 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Beijin sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales**. Beijin: 13 p. 2012.

\_\_\_\_\_. **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**. Marrakech: 12 p. 2013.

\_\_\_\_\_. **Glosario de Términos y Definiciones más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos généticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales** Ginebra 2013.

\_\_\_\_\_. **International survey on Private Copying. Law and Practice.** Ginebra 2015.

\_\_\_\_\_. **Reglamento del tratado de cooperación en materia de patente.** Ginebra 2017.

ONU. **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Ginebra 1948.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturales.** New York 1966.

\_\_\_\_\_. **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** Viena 23 de mayo de 1969.

UE. **Reglamento nº 2018/302/CE.** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 2 de marzo de 2018.

\_\_\_\_\_. **Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa.** Granada: Diario Oficial de la Unión Europea 3 de octubre de 1985.

\_\_\_\_\_. **Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias** Estrasburgo: Diario Oficial de la Unión Europea 5 de noviembre de 1992.

\_\_\_\_\_. **Directiva nº 96/9/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 11 de marzo de 1996.

\_\_\_\_\_. **Directiva nº 2006/116/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 12 de diciembre de 2006.

\_\_\_\_\_. **Reglamento nº 1215/2012/CE.** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 12 de diciembre de 2012.

\_\_\_\_\_. **Directiva nº 91/250/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 14 de mayo de 1991.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Lisboa** Lisboa: Diario Oficial de la Unión Europea 15 de diciembre de 2007.

\_\_\_\_\_. **Carta Europea del Deporte.** Rodas: Diario Oficial de la Unión Europea 15 de mayo de 1992.

\_\_\_\_\_. **Convenio Europeo sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico.** Valetta: Diario Oficial de la Unión Europea 16 de enero de 1992.

\_\_\_\_\_. **Carta Social Europea** Estrasburgo: Diario Oficial de la Unión Europea 18 de octubre de 1961.

\_\_\_\_\_. **Directiva nº 92/100/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 19 de noviembre de 1992.

\_\_\_\_\_. **Reglamento nº 524/2013/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 20 de marzo de 2013.

\_\_\_\_\_. **Directiva nº 2001/29/CE** 22 de mayo de 2001a.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 2001/29/CE**. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 22 de mayo de 2001b.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 2012/28/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 25 de octubre de 2012.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 2014/26/UE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 26 de febrero de 2014.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 93/83/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 27 de septiembre de 1993.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 2001/84/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 27 de septiembre de 2001.

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 2004/48/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 29 de abril de 2004

\_\_\_\_\_. **Directiva n° 93/98/CE** Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 29 de octubre de 1993.

\_\_\_\_\_. **Directiva n°92/100** 1992. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 19 de noviembre de 1992.

\_\_\_\_\_. **Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales n°157** Estasburgo 1995.

\_\_\_\_\_. **Directiva n°96/9/CE** 1996. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 11 de marzo de 1996.

\_\_\_\_\_. **Directiva Europea n°2001/29/CE** 2009. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea 22 de mayo de 2001.

\_\_\_\_\_. **Directiva europea n°92/100/CE** 1992. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de noviembre de 1992.

UK. **Copyright Desings and Patents Act** 15 de noviembre de 1988.

UNESCO. **Convenio de Patrimonio Cultural y natural** 1972.

\_\_\_\_\_. **Declaración de México Sobre las Políticas Culturales**. México , Df. 1982.

\_\_\_\_\_. **Nuestra Diversidad Creativa**. Paris 1995.

\_\_\_\_\_. **Convención Sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales 2005**. Paris 2005.

UNICITRAL. **Convención de New York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras** 1958.

## **Video**

ESTEFAN, G. **Oye mi canto** Cuts Both Ways. E.U.A. I 1989.

PALMIER, E. **Páginas de Mujer** Nueva York I1981.

## ANEXOS

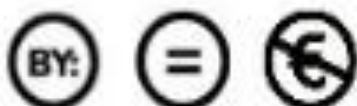
### Anexo I



Reconocimiento (by): Esta condición aparece en todas las licencias y no puede ser excluida por el autor: exige el reconocimiento del autor (que aparezca su nombre) en cualquier uso o acto de explotación que se haga de la obra (están permitidos todos los usos y transformaciones).



Reconocimiento (by) - Sin obra derivada (nd): Este icono excluye la posibilidad de modificar la obra (adaptarla) para hacer otra: obra derivada.



Reconocimiento (by) - No comercial (nc): Este tercer icono excluye la posibilidad de utilizar la obra con finalidades comerciales.



Reconocimiento (by) - Sin obra derivada (nd) - No comercial (nc): Con esta combinación, no se permite ni hacer obras derivadas, ni usos comerciales.



Reconocimiento (by) - Compartir igual (sa): Este cuarto icono es la cláusula de copyleft que obliga al usuario a aplicar la misma licencia a las obras derivadas.



Reconocimiento (by) - No comercial (nc) - Compartir igual (sa): Esta licencia obliga al copyleft respecto de las obras derivadas, pero sólo en la medida en que se trate de usos no comerciales (las finalidades comerciales están excluidas).

## Anexo II Sitios más utilizados en la Tesis

<b>Fuentes de Legislación</b>	<b>Institución Asociada</b>
<a href="http://www.onu.org">www.onu.org</a>	ONU
<a href="http://www.unesco.org">www.unesco.org</a>	UNESCO
<a href="http://www.wipo.int">www.wipo.int</a>	OMPI
<a href="http://www.wto.org/">www.wto.org/</a>	OMC
<a href="http://www.mercosur.int/">www.mercosur.int/</a>	MERCOSUR
<a href="http://www.hcch.net">www.hcch.net</a>	HCCH
<a href="http://www.oas.org/">www.oas.org/</a>	OEA
<a href="http://www.europa.eu/">www.europa.eu/</a>	UE
<a href="http://www.planalto.gov.br">www.planalto.gov.br</a>	DOU
<a href="http://www.gacetaoficial.gob.cu/">www.gacetaoficial.gob.cu/</a>	Gaceta Oficial
<a href="http://www.cultura.gov.br">www.cultura.gov.br</a>	Ministerio da Cultura Brasil
<a href="http://www.inpi.gov.br">www.inpi.gov.br</a>	INPI