

# Observancia de derechos autorales en la sociedad informacional: reflexiones sobre el marco civil de la internet brasileño

Heloísa Gomes Medeiros<sup>1</sup>  
Marcos Wachowicz<sup>2</sup>

Recibido: 15-09-18 Aceptado: 13-10-18

## Resumen

El Marco Civil de la Internet (MCI) brasileño es en una ley que establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso de la Internet. Según esa ley, los proveedores de servicio de Internet no serán responsabilizados civilmente por daños recurrentes de contenidos generados por terceros y solo quitarán contenidos tras orden judicial. Sin embargo, dicho precepto no se aplica a los derechos de autor y a derechos conexos. En cualquier caso, el MCI ofrece lecciones importantes que deben considerarse en el campo del derecho autoral. Así, el objetivo del este artículo es resaltar la importancia del MCI brasileño en la eliminación de contenidos que infrinjan derechos de autor en la internet como mecanismo de observancia de esos derechos ante los cambios que ocurren en la sociedad informacional. El MCI amplía la interpretación de la observancia de los derechos autorales en la Internet bajo el punto de vista de la información, en contraposición a la visión propietaria de los derechos de exclusividad.

**Palabras clave:** Observancia, Derechos Autorales, Internet, Marco Civil de la Internet brasileño, Información, Sociedad Informacional.

<sup>1</sup> Doctora y Máster en Derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada en Derecho por la Faculdade São Luís/MA. Investigadora del Grupo de Estudio en Derecho Autoral e Industrial de la Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Profesora en el Curso de Graduación en Derecho de la Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), en la Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) y en la Faculdade Estácio de São Luís. Abogada. E-mail: [medeirosgh@gmail.com](mailto:medeirosgh@gmail.com)

<sup>2</sup> Profesor de Derecho en el Curso de Graduación de la Universidade Federal do Paraná (UFPR) y docente en el Programa de Posgrado (PPGD) de la Universidade Federal do Paraná. Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná. Máster en Derecho por la Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. Profesor de la Cátedra de Propiedad Intelectual en el Institute for Information, Telecommunication and Media Law (ITN) de la Universidade de Münster - Alemanha. Docente en el curso Políticas Públicas y Propiedad Intelectual del Programa de Maestría en Propiedad Intelectual en la modalidad a distancia en la Facultad Latino-Americana de Ciencias Sociales (FLACSO) - Argentina. Fue profesor visitante en la Universidad de Valencia - España (2015). Es el actual coordinador del Grupo de Estudios en Derecho Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR), vinculado al CNPq. E-mail: [marcos.wachowicz@gmail.com](mailto:marcos.wachowicz@gmail.com)

## Copyright enforcement in information society: reflexions of Brazilian civil landmark of Internet

### Abstract

The Brazilian Civil Landmark of Internet (in Portuguese, Marco Civil da Internet - MCI) consists of a law that establishes principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil. According to this law, internet service providers shall not be held civil responsible for damages resulting of third parties contents and will only remove content with a court order. However, this rule does not apply to copyright or neighboring rights infringement. In any case, the MCI offers important lessons that should be observed in the area of copyright. Therefore, the objective of this article is to highlight the importance of the Brazilian MCI on the removal of contents that violates copyrights on the Internet as a mechanism of enforcement of this rights before the changes that occurs in the information society. The MCI enlarges the interpretation of copyright on the Internet by the information point of view, opposing to the proprietary point of view of exclusive rights.

**Keywords:** Enforcement, Copyright, Internet, Brazilian Civil Landmark of Internet, Information, Information Society.

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. CAMBIOS SOCIALES Y LAS ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DEL AMBIENTE DIGITAL. II. LA ESTRATEGIA DE REGULACIÓN DEL MARCO CIVIL DE LA INTERNET. III. LECCIONES DEL MARCO CIVIL DE LA INTERNET: LA PERSPECTIVA INFORMACIONAL. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### INTRODUCCIÓN

El intento de concretizar o hacer valer<sup>3</sup> un derecho de autor o industrial a quien lo titularice, evitando que terceros no autorizados le traigan perjuicios, principalmente económicos, forma parte de las directrices de cualquier sistema de derechos de propiedad intelectual nacional e internacional.

<sup>3</sup> Denominadas en los tratados internacionales como enforcement y en este trabajo 'reglas de observancia'. En trabajo anterior se definió el término enforcement de la siguiente manera: "Trata-se de um termo de difícil tradução específica para o português, que pode significar efetivação, execução, aplicação, cumprimento e observância, de forma isolada ou conjuntamente. O presente trabalho alinha-se à corrente latino-americana que vem traduzindo por observância como executar um determinado direito". En nota sobre ese párrafo se complementa: "Neste sentido estão as obras de Carlos M. Correa, da Universidade de Buenos Aires [...]. Na tradução realizada pelo Brasil da Ata Final da Rodada Uruguai, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, promulgada pelo presidente por meio do Decreto 1.355/1994, utiliza-se a expressão aplicação, que não consideramos a mais apta a designar o significado que a palavra enforcement possui" (MEDEIROS, 2012, p.24). Este será el entendimiento también seguido en este trabajo.

Las legislaciones de propiedad intelectual, de esa forma, se caracterizan no solo por atribuir derechos como también por la previsión de mecanismos para que los titulares puedan hacerlos efectivos; como ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relativos al Comercio - ADPIC (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) establece reglas materiales y procedimientos civiles, administrativos, penales, medidas cautelares y medidas de frontera.

Las reglas de observancia de derechos de propiedad intelectual y su progresiva expansión atienden aún al intuición de combatir la falsificación y la piratería<sup>4</sup>, asuntos que suscitan los más acalorados debates sobre las pérdidas que realmente implican y la mejor forma de actuación para impedir su avance.

El tema se hace más complejo en el ambiente digital con la facilidad proporcionada por las nuevas tecnologías de información y comunicación en la producción, reproducción y circulación de obras protegidas o no por derechos autorales.

En varios países del globo surgen iniciativas legislativas que buscan resolver la demanda por una regulación de la internet y combate a las infracciones a derecho autoral por medio de esa tecnología.

En Brasil, se destaca la creación del Marco Civil de la Internet (MCI), Ley n° 12.965, del 23 de abril de 2014, estableciendo principios, garantías, derechos y deberes para el uso de la internet, que, sin embargo, no señala una solución directa a la cuestión de la observancia de derechos autorales en la internet, aunque el tema haya formado parte de las discusiones de los procesos de consulta y del legislativo.<sup>5</sup>

El Marco Civil de la Internet (MCI) ha retratado de forma absolutamente legítima los anhelos y necesidades de la sociedad brasileña, de forma democrática y colaborativa. En su elaboración ha pasado por dos fases distintas, resumidas a continuación:

---

<sup>4</sup> A pesar de las críticas a los términos falsificación y piratería, este artículo no tiene el objetivo de discutir ese aspecto, utilizándose del significado dado por el Acuerdo TRIPS: Para los efectos del Acuerdo TRIPS, se entiende por "bienes de marca falsificada" cualesquier bienes que usen sin autorización una marca que sea idéntica a la marca registrada relativa a dichos bienes o que no puede ser distinguida de la marca genuina, y por "bienes pirateados" se entiende cualesquier bienes que constituyan copias efectuadas sin el consentimiento del titular, infringiendo derechos de autor - artículo 51 (a) y (b).

<sup>5</sup> Sobre el asunto leer: SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. Os direitos autorais no marco civil da internet. Liinc em Revista, v. 12, p.40-56, 2016.

(i) La fase colaborativa de 2009/2011 inauguró en el país una nueva forma colaborativa de elaboración de proyectos de ley, entre el gobierno y la sociedad civil, con la utilización de una plataforma abierta (on line) para recibir sugerencias y críticas, ampliando el debate con todos los sectores de la sociedad.

i. En esta fase destacamos: i) el número de contribuciones de la sociedad civil fue de 626; ii) la duración de la consulta on line de 99 días; iii) el promedio de comentarios al día de 6,3; iv) la cantidad de autores de propuestas, 127; v) la cantidad de temas abordados por la sociedad civil, 24 temas.

(ii) La fase legislativa de 2011/2014 ya en el proceso legislativo ordinario propició nuevos debates entre los parlamentarios, lo que culminó con la aprobación del proyecto por la Cámara de los Diputados el 23 de marzo, y por el Senado el 22 de abril de 2014.

i. En esta fase destacamos: i) el número de contribuciones de la sociedad civil fue de 884; ii) la duración de la consulta, de 52 días; iii) el promedio de comentarios al día, 17; iv) la cantidad de autores de propuestas, 160; v) la cantidad de temas abordados, 103 temas.

Así, teniendo en cuenta el total de contribuciones recibidas, se percibe que fue expresiva la participación de la sociedad civil en la elaboración del Marco Civil de la Internet. Ello puede ser establecido de la siguiente forma: i) número de contribuciones, 1.507; ii) duración de la consulta, 151 días; iii) promedio de comentarios al día, 10; iv) cantidad de autores, 267; v) cantidad de temas, 127.

En este proceso legislativo de democracia ampliada, con la efectiva participación de la sociedad, la fase de elaboración colaborativa tuvo como características básicas el hecho de que no fue vinculada la toma de decisión gubernamental, por lo tanto propició una gran apertura al debate.

Otro aspecto, la fase colaborativa no tuvo la característica de democracia directa, en la medida en que todo el proceso permaneció con los gestores gubernamentales del proyecto relacionados al Ministerio de Justicia del gobierno federal. Los gestores del proyecto definieron lo que permaneció bajo consulta y cual fue la redacción final producida colaborativamente.

El proceso legislativo colaborativo del MCI, en su carácter pionero y experimental, y de la Reforma de la Ley Autoral en Brasil, ocurrieron en paralelo, teniendo como principios la transparencia, la celeridad y la representatividad de la sociedad civil.

La elaboración colaborativa del MCI propició que en su redacción final se observe la existencia de una sólida base jurídica del proyecto que sería enviado al Congreso Nacional; así como también la formulación de políticas públicas capaces de garantizar derechos y deberes individuales en la internet.

El proceso legislativo del MCI ha propiciado aún el surgimiento de nuevos procesos legislativos basados en formas colaborativas, como ocurrió con la Reforma de la Ley de Derechos Autorales, que se llevó a cabo en paralelo.

En este sentido es posible afirmar que ambos los procesos colaborativos constituyeron en Brasil el marco histórico de fortalecimiento de la transparencia, representatividad y celeridad de los procesos legislativos hasta entonces existentes en el país.

En el caso del MCI, por iniciativa del Ministerio de Justicia, y de la Reforma de la Ley Autoral, por iniciativa del Ministerio de Cultura del entonces presidente Luís Inácio Lula da Silva.

El MCI, aunque excluyendo el derecho autoral de su alcance, ofrece lecciones importantes que pueden observarse en el campo del derecho autoral.

El objetivo del presente artículo, así, es resaltar el significado del MCI brasileño en la cuestión de la eliminación de contenido que infrinja derechos de autor en la internet como mecanismo de observancia de esos derechos ante los cambios que ocurren en la sociedad informacional.

El análisis se concentra, primeramente, en las estrategias de regulación que se pueden adoptar a partir de los cambios sociales traídos por la sociedad informacional. Se aprecia, en segundo lugar, la estrategia presente en el MCI para regular el ambiente de la Internet, a partir de sus principios y dispositivos sobre la responsabilidad de los proveedores de aplicación de internet por contenido de terceros.

Se discute, por fin, cuales son las lecciones que se pueden extraer del MCI para la regulación de la observancia de los derechos de autor en la internet.

El MCI representa importante baliza no solamente para el uso de la Internet como también a la regulación del bien de la información en Brasil, permitiendo interpretar las infracciones a derechos autorales en la Internet bajo el punto de vista de la información en contraposición a la visión propietaria de los derechos de exclusividad.

## I. CAMBIOS SOCIALES Y LAS ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DEL AMBIENTE DIGITAL

La Internet y los ordenadores constituyen los principales marcos de la sociedad informacional y no representan solo nuevas tecnologías para comunicar e informar. Las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TICS) permiten abundantes formas de compartir y transformar la información, produciendo más conocimiento especializado y de utilidad práctica en todos los campos de interacciones humanas, sea cultural, educacional, económico, político y social. La información es profusa, y las actividades que se ejecutan con las nuevas TICS objetivan tanto el mercado y el desarrollo de actividades económicas como realizaciones no profesionales en bases no comerciales.

Los beneficios traídos por las nuevas tecnologías a la sociedad, sin embargo, deben partir del presupuesto de que la tecnología no es neutra, y puede implicar tanto en acceso como en restricción, dependiendo de las reglas, principios y valores que se atribuyan a sus desarrollos y usos.

El bien información involucra intereses jurídicos diversos frente a la posibilidad de constituirse relaciones de derecho y de relevancia a la sociedad.

Regular la información significa someter el acceso y la comunicación de determinadas informaciones a la reglas y conductas de control jurídico-administrativas.

Es dictar las normas que circundan el uso y la distribución de la información en casos en los que esta posea alguna forma de protección, cuando implica, por ejemplo, privacidad, imagen, informaciones sigilosas y obras protegidas por derecho autoral. En ese escenario, también la libertad de circulación de informaciones no protegidas debe de ser objeto de ponderaciones legales.

La aplicación de los instrumentos jurídicos tradicionales en ese ambiente transformado por las nuevas TICS, ha mostrado un gran desafío en recurrencia del uso de medios incompatibles con los cambios sociales.

El proceso de regular realidades modificadas por nuevas tecnologías no es nuevo. Este surge cada vez que el mundo se enfrenta a posibilidades bruscas de cambios sociales, económicos y de producción.

La mayor dificultad del derecho reside en su inhabilidad de ofrecer respuestas rápidas y satisfactorias a las demandas sociales, lo que decurre de su formalidad, rigidez, jerarquía, linealidad y racionalidad objetiva.

Además, el derecho refleja lo existente en la sociedad y muy difícilmente lo que vendrá a ser. Y en una realidad que presenta cambios constantes el derecho rápidamente se convierte obsoleto.

Las primeras reglas en el ámbito de las nuevas tecnologías, específicamente en la Internet, y de la idea de un ciberespacio fueron modelos de soft law, denominadas los autorregulatorios, a partir de normas y códigos de conducta elaborados por los propios usuarios de la tecnología, sugiriendo un estado de anarquía, libre del derecho estatal.

Ese pensamiento fue, en parte, alimentado en la Declaración de Independencia del Ciberespacio, publicada por John Perry Barlow (1996) – cofundador de la Electronic Frontier Foundation (Fundación de la Frontera Electrónica) – en el año 1996, en la cual cree que el ciberespacio tiene su propio contrato social y sus reglas autóctonas, ya que se constituye casi como una nación independiente de las representaciones estatales existentes.<sup>6</sup>

El discurso de los ciber-libertarios sobre la construcción de códigos de conducta era basado en el papel de la ética, en la elaboración colectiva de normas, en la libertad individual, en el senso de comunidad, en la creencia de que el ciberespacio es un lugar en donde todos comportan los mismos valores y en la creencia en la bondad de la naturaleza humana.

---

<sup>6</sup> Situación análoga que implica el proceso de autorregulación y ampliamente reconocida por los técnicos/usuarios es la concepción del software libre, creado en 1985. A pesar de su origen libre, el software es visto, en regla, como un bien protegido por derechos de propiedad intelectual, en el cual el código fuente no forma parte integrante de las informaciones constantes en el programa. El software libre está fundamentado en cuatro libertades: i) libertad para ejecutar el programa de la manera que convenga al usuario; ii) libertad para modificar el programa según sus necesidades; iii) libertad de redistribuir copias, de forma gratuita u onerosa; iv) libertad de distribuir versiones modificadas del programa. (STALLMAN, Richard. El proyecto GNU. Disponible en: <https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>. Consultado en: 02 jul 2016). Y dichas libertades no están relacionadas a la imposibilidad de comercializar el software, es decir, de cobrar un determinado valor por el programa. Las reglas del software libre, que no fueron emanadas por los estados, son completamente diferentes de la protección dada al software en los moldes de la propiedad intelectual, que garantiza derecho de exclusividad en la modificación, producción, distribución y comercialización y sin acceso libre al código fuente del programa. Lógicamente nada impide que un software en el formato tradicional informe al licenciado su código fuente y conceda libertades semejantes a las del software libre, pero no es esta la lógica de la concepción de esa propiedad.

El ciberespacio consistiría en un mundo totalmente diferente del mundo físico, resultando en el rechazo de los principios industriales: de la fábrica, de las industrias de información obsoletas, de la materialidad, de materias como el acero y de la propiedad.

Por ello, cabría defender reglas completamente diferentes y la no interferencia estatal, que pertenece al mundo físico, material e industrial.

Esas reglas de conducta tienen la ventaja de ser ampliamente aceptadas en la comunidad on-line, pues reflejan necesidades reales, que a su vez consisten en un incentivo a su cumplimiento.

Eso permite la existencia incluso de reglas de conducta sobre observancia de derechos, que serán facilitadas por la legitimación de esa estrategia de regulación, como, por ejemplo, de regímenes de cooperación entre proveedores de servicios de internet y la policía, lo que exigirá actuación conjunta en la forma más tradicional de regulación jurídica.

La autorregulación en caso de observancia de derechos, no obstante, carece de procedimientos eficientes, es decir, el no cumplimiento de las reglas privadas no implica necesariamente la aplicación de sanciones.

En contraste con los regulamentos gubernamentales, la aplicación efectiva por medio de instrumentos estatales no es posible.

Además, la sola autorregulación haría posible que titulares de derechos los hicieran valer en desequilibrio con el interés público, como la libertad de expresión y el acceso a la cultura y al conocimiento <sup>7</sup>, al igual que el modelo de notice-and-takedown o detección y retirada, por el cual se quita contenido con la presentación de una simple notificación extrajudicial del supuesto ofendido, sin procedimiento judicial.

El ciberespacio no puede ser transformado en un lugar totalmente controlado por entidades empresariales – representando valores solamente del mercado –, sino debe de reflejar también políticas públicas e intereses de la sociedad.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. Op.cit, pp.40-56

<sup>8</sup> LESSIG, Lawrence. Code and other laws of cyberspace; New York: Basic Books; 1999; pp. 109-220.



Es imposible, en ese contexto, apartar el orden jurídico frente a los intereses de la colectividad, en ámbito privado o público, como la privacidad, la libertad de información, protección de datos personales, presentes en ese medio.

La fantasía sobre un ciberespacio independiente y merecedor de un derecho propio ignora:

- i) el hecho de que esta es solo una forma que hace posible actuar en diversas jurisdicciones, y el derecho tradicional encuentra en el derecho internacional privado reglas que irán a resolver la mayoría de las cuestiones jurídicas;*
- ii) la vida en el ciberespacio refleja la vida real y repercute en esta, no constituyendo dos realidades, ajenas una a la otra;*
- iii) el estado sí tiene capacidad para intervenir en el mundo digital, lo que viene haciendo a partir de varios modelos de legislación.<sup>9</sup>*

Paralelamente, se experimentó una fase de amplia regulación (hard law) dirigida casi que exclusivamente a una utilidad comercial, en las esferas internacionales, supranacional y nacional.

Las realizaciones en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC) han creado reglas de cercenamiento de la información y del conocimiento en relaciones privatistas típicas del período industrial, como el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relativos al Comercio (ADPIC) – más reconocido por su nomenclatura en inglés Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

En Brasil, se destacan la ley n° 9.609/1998, sobre la protección de la propiedad intelectual de programa de ordenador; la ley 9.610/1998, legislación sobre derechos autorales; y la ley 9.279/1996, legislación sobre derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial.

Este es el medio más habitual y elegido por titulares de derecho de propiedad intelectual como estrategia de regulación de las reglas de observancia. Por un lado, trae mayor seguridad, claridad, precisión, y entraña el aparato estatal para hacer valer derechos.

<sup>9</sup> PUERTO, Jesús Rodríguez . Libertad y derecho en internet: el mito del ciberespacio. In: QUIRÓS, José Justo Megías (Org.). Sociedad de la información: derecho, libertad, comunidad. Pamplona; Thomson Aranzadi; 2007; pp.67-70

De otro, las iniciativas realizadas por grupos de intereses o de presión y lobbying de titulares de derechos en los procesos políticos ejercen gran influencia en la modificación de leyes de propiedad intelectual – expandiéndolas –, pero sin la participación de otros grupos de intereses menos articulados que se benefician de la libertad de información, para los cuales la copia y la preservación del dominio público son esenciales.

Son, así, ambientes que presentan desequilibrio de fuerzas y no tienen transparencia – aspectos muy criticados en las negociaciones de tratados internacionales recientes sobre la materia – para la discusión de los diversos intereses involucrados y pueden tener menor o ninguna legitimidad frente a la sociedad, que no reconoce en esas leyes las conductas aceptadas y practicadas por sus miembros.

Las soluciones regulatorias de la actualidad deben de ser más sofisticadas. Las múltiples estrategias demuestran que un único concepto no puede responder a la compleja estructura de la internet.

Es necesario que haya una regulación dirigida al mercado y sus operadores, pero ello no puede expresar solamente concentración y apropiación sin reflejar otros intereses también de una sociedad liberal.

La promoción de acceso, de uso y de distribución de la información son directrices fundamentales a la adecuación a las nuevas demandas provocadas por los cambios de la sociedad informacional.

Se necesita buscar un equilibrio mayor entre las posibilidades legales de libertad y control, que refleje las características del posindustrialismo y de la red en su sistematicidad y complejidad.

## II. LA ESTRATEGIA DE REGULACIÓN DEL MARCO CIVIL DE LA INTERNET

El rápido desarrollo tecnológico que marca la sociedad informacional exige que la estrategia legislativa adopte un cuadro jurídico flexible, adaptable a la evolución y al surgimiento de nuevas tecnologías o nuevos modelos de negocios que de ellas puedan derivar.

Existen dos opciones viables: se crean legislaciones lo más tecnológicamente neutras, sin apoyar ningún tipo específico de tecnología y/o se adoptan leyes de carácter simple y minimalista. Los actores al adoptar una estrategia también son varios: Estado, ciudadanos, productores, consumidores, empresas, directores, accionistas, proveedores de internet etc. Todos, cada cual con intereses propios, deben de estar presentes en el proceso de encontrar patrones de cómo la sociedad informacional debe de ser regulada.

Pamela Samuelson<sup>10</sup> apunta los cinco principales desafíos políticos para regular la sociedad informacional que pueden balizar las transformaciones legislativas necesarias: i) si es posible aplicar o adaptar leyes y políticas ya existentes o si nuevas leyes son necesarias; ii) en el caso de nuevas leyes, cómo formular respuestas razonables y proporcionales; iii) cómo elaborar leyes que sean suficientemente flexibles para adaptarse a los rápidos cambios circunstanciales; iv) cómo preservar los valores humanos fundamentales en faz de presiones económicas o tecnológicas que tienden a debilitarlos; v) cómo coordinar con otras naciones la elaboración de políticas para que haya un ambiente legal consistente en una base global.

Se comprende que un cuadro regulatorio irá implicar tanto nuevas como antiguas leyes, algunas adaptadas y otras que no exigen transformación. La elección de principios y valores también es instrumento bastante válido para guiar la construcción de marcos regulatorios en la sociedad de la información – como razonabilidad o proporcionalidad, flexibilidad, preservación de valores humanos y cooperación transnacional.

La estrategia ampliamente utilizada por el MCI en Brasil fue la regulación tradicional de una nueva ley, basada en principios y valores, asociada al entendimiento de que la elaboración de reglas no se alcanza de forma aislada

---

<sup>10</sup> SAMUELSON, Pamela. Five Challenges for Regulating the Global Information Society. SSRN Scholarly Paper, n° ID 234743. Rochester, NY: Social Science Research Network, 9 ago. 2000. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=234743>. Accesado en: 22 jul. 2015; p.2

en relación a los cambios sociales, sin considerar las condiciones del ambiente en el que desempeñará su papel: abierto, interactivo e internacional de la internet.

Estas fueron, incluso, características presentes en el proceso de elaboración de la ley, que tuvo una gran participación de la sociedad civil por medio de plataformas tecnológicas y consultas públicas transparentes.

Aún presenta elementos de razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a reglas de hard law al mismo tiempo que deja espacio a las necesidades de adaptación que pueden surgir futuramente.

El MCI es una legislación reconocidamente principiológica, basada en la libertad de expresión, inviolabilidad de la privacidad y neutralidad de la red.

No se establecen derechos privados sobre la información que circula en la internet. Se refuerza el derecho de todos al acceso a la internet, su importancia para el ejercicio de la ciudadanía, presentándose fuerte relación con la materia del consumo y buscando la protección del usuario ante su condición de hiposuficiencia.

Ante el principio de la neutralidad<sup>11</sup>, el acceso a la internet es libre; ella puede ser usada para cualquier finalidad.

<sup>11</sup> Lo que se entiende por neutralidad de la internet en un país raramente es lo mismo en otro, en vista de la complejidad de un ambiente como la internet, en donde actúan operadoras de telecomunicación, proveedores de acceso, proveedores de información, proveedores de servicios, redes sociales e individuos, todos con intereses propios y muchas veces conflictivos. La internet como una red mundial de ordenadores no se confunde con la red de telecomunicación, aunque se apoye en las estructuras de telecomunicaciones mundiales. La internet debe de ser neutra, como análogamente lo es la red y distribución de energía eléctrica, o aún, el correo tradicional. La neutralidad de la red, punto muy debatido de la nueva ley, determina que toda la información debe de circular con la misma velocidad y condiciones, siendo vetada la posibilidad de priorizar un servicio frente a otro, por ejemplo, los proveedores de internet quedan imposibilitados de dar mayor velocidad a emails en detrimento de sitios de videos. Con ello las operadoras de servicios en la internet quedan impedidas de ofrecer diferentes programas de acceso a la red, lo que serviría para crear una gama infinita de productos y ofrecerlos al consumidor, aumentando sus lucros en detrimento del destinatario final. Sin embargo, algunas empresas siguen ofreciendo velocidades diferenciadas. Lo que se busca cohibir es la diferenciación de velocidad por contenido o por sitio. El *traficshaping*, que es la reducción de velocidad de la internet de un usuario que está utilizando servicios que demandan mucha transferencia de datos, como el download por torrent, también fue, en principio, abolido por el MCI. La idea era impedir que empresas de gran porte utilizaran de lobby sobre los servidores para que sus sitios o cualquier forma de producto ofrecido en la red fuera propagado en una velocidad mayor que sus competidores, quitando la llamada neutralidad de la red.

No cabe a los proveedores realizar cualquier tipo de discriminación en cuanto al contenido o forma utilizada por el usuario; es vetado, así, bloquear, monitorear, filtrar o analizar el contenido de los paquetes de datos.

La libertad de expresión es la regla en el ambiente de la Internet, pudiendo ocurrir remoción de contenido solamente con orden judicial. Se valora el derecho a la privacidad de los usuarios, por medio del sigilo de los datos personales, a lo que se accesa en la red y al contenido de las comunicaciones, informaciones liberadas solamente por orden judicial.

En el centro de la discusión sobre la efectivación de esos principios generales se encuentra la responsabilidad de los proveedores de aplicaciones de Internet – que ofrecen contenido o almacenan contenido de terceros – y proveedores de conexión a la Internet. Según el MCI, artículos 18 y 19, ambos no serán responsabilizados civilmente por daños decurrentes de contenido generado por terceros.

El proveedor de aplicaciones de Internet, sin embargo, podrá ser responsabilizado civilmente por daños decurrentes de contenido generado por terceros, cuando, tras orden judicial específica, no tome medidas para, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo señalado, tornar indisponible el contenido apuntado como infractor, salvo las disposiciones legales en contrario (artículo 19).

No hay responsabilidad objetiva en ese caso, solamente subjetiva, ante demostración de dolo o culpa del agente/proveedor.<sup>12</sup>

La responsabilidad del proveedor cuando no ocurre la retirada de contenido ante orden judicial, modalidad conocida como judicial-notice-and-

---

<sup>12</sup> Con excepción del contenido relacionado a escenas de desnudez o de actos sexuales de carácter privado, prevaleciendo la retirada automática de contenido ante notificación extrajudicial: Art. 21. El proveedor de aplicaciones de internet que disponibilice contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad decurrente de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, de videos o de otros materiales conteniendo escenas de desnudez ou de actos sexuales de carácter privado cuando, tras el recibimiento de notificación por el participante o su representante legal deje de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la eliminación de ese contenido. Párrafo único. La notificación prevista en el caput deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido.

takedown o notificación judicial y retirada, consiste en un gran avance a la garantía de los principios establecidos por el MCI y celebrados por la sociedad informacional.

Se trata de una respuesta razonable y proporcional a las demandas sociales, pues por la cantidad de contenido producido por terceros que circula en los proveedores es abusivo responsabilizar meros intermediarios sin un análisis más profundo de la supuesta infracción a derechos, bajo pena de cercenar diversas actividades legales en la internet y de deslegitimación social.

Sería el uso de la autorregulación exclusivamente controlada por entes empresariales/privados, que podrían, consecuentemente, utilizar la legislación como medio de bloqueo de competencia, causando inseguridad jurídica y reduciendo el bienestar social.

Se excluyó, sin embargo, la aplicación de ese dispositivo legal a contenidos que infrinjan derechos de autor o derechos conexos, remetiéndolo a previsión legal específica (artículos 19, §2º y 31), es decir, se refuerza la aplicación de la ley de derecho autoral (LDA) – Ley n.º 9.610/1998 – la cual, a pesar de las diversas iniciativas de reforma, no posee ninguna directriz sobre el tema para el ambiente digital.

Prevalece, así, la aplicación del artículo 105 de la legislación autoral, de que la transmisión y la retransmisión, por cualquier medio o proceso, y la comunicación al público de obras artísticas, literarias y científicas, de interpretaciones y de fonogramas, realizadas ante violación a los derechos de sus titulares, deberán ser inmediatamente suspendidas o interrumpidas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la multa diaria por la falta de cumplimiento y de las demás indemnizaciones que correspondan, independientemente de las sanciones penales aplicables – en caso de que se compruebe que el infractor es reincidente en la violación a los derechos de los titulares de derechos de autor y conexos, el valor de la multa podrá ser aumentado hasta el doble.

Se considera que la retirada de cualquier contenido por parte de un proveedor, mientras no hay mecanismo judicial que se lo obligue, consiste en deliberación de quien ejerce la actividad, a ser explicitada en sus términos de uso. Si el proveedor es notificado extrajudicialmente y, ante el análisis de los hechos y de los derechos alegados, concluye que se trata de una infracción a derecho, es recomendable que se proceda a la retirada del contenido. Si es

otro el entendimiento, de que el contenido no infringe derechos, habría que mantener el contenido en respeto al derecho de libertad de expresión.

### III. LECCIONES DEL MARCO CIVIL DE LA INTERNET: LA PERSPECTIVA INFORMACIONAL

Se asiste a la tentativa de adaptar la ley de derecho autoral a la realidad digital y a otras necesidades primarias nacionales relacionadas al tema. Dicha reforma sigue por muchos años sin una solución final, pero, aun sin su aprobación completa, la ley va sufriendo pequeñas adaptaciones a lo largo del camino y, mientras el cambio no ocurre totalmente, se utiliza de las estructuras legales ya existentes.

La adaptación de leyes ya existentes para tratar del ambiente digital es otro tipo de estrategia legislativa que se puede utilizar, pero que viene mostrándose insuficiente para responder al problema de la infracción de derechos autorales en la internet.

El MCI, de hecho y lamentablemente, no establece reglas positivas direccionadas específicamente a la observancia de derechos autorales en la Internet. Se trata, sin embargo, de reglas y principios de uso de la Internet en Brasil que deben de ser observados por las leyes de propiedad intelectual y consideradas en las alteraciones legislativas que impliquen el uso de esa tecnología.

La libertad de información y el derecho a la información son el foco del MCI, mientras la ley de derecho autoral está centrada en el derecho de exclusiva, con estructura propietaria, sobre producciones del dominio literario, científico y artístico, cualquier que sea el modo o la forma de expresión.

Habría, a primera vista, colisión entre los dos marcos regulatorios, ya que el MCI tiene por objetivo la libertad o libre flujo de información, y la ley de derecho autoral, el establecimiento de propiedad de la información por medio de derechos de exclusividad.

Como resultado, se podría constatar que: i) las dos leyes, por relacionarse a objetivos opuestos – libertad de información x propiedad de información –, serían mutuamente excluyentes; ii) la ley de derecho autoral,

en la perspectiva de que la protección es la regla y la libertad la excepción, haría imposible su conciliación con la libertad de información. Visiones, sin embargo, completamente equivocadas, por motivos que se presentan a continuación.

Jurídicamente, la información fue primeramente asociada a la libertad, al derecho de libertad de información, un derecho humano y uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho. Libertad de expresión consiste en el derecho de que el individuo manifieste, de cualquier forma lícita exteriorizada, libremente sus ideas, pensamientos, creencias y opiniones, sin censura de terceros.

Equivale aún al derecho de recibir o saber sobre todo tipo de evento e información verdadera mantenida principalmente por órganos públicos, relacionados al derecho de acceso a la información.

Conjuntamente, las dos vertentes – individual y colectiva, o activa y pasiva – colaboran para el fortalecimiento de la democracia y la participación popular, posibilitado por el debate libre de ideas.

Accesar una información permite la constitución de nuevas ideas y opiniones que, a su turno, pueden ser libremente divulgadas. Sin embargo, el derecho de libertad de información no es absoluto, pues encuentra límites en los derechos de personalidad, tales como el honor, la intimidad, la privacidad, la imagen y algunas informaciones consideradas sigilosas relacionadas a seguridad nacional o secretos industriales.

Las nuevas tecnologías de información y comunicación, especialmente la Internet, facilitan inmensamente el ejercicio de la libertad de información en los dos sentidos, aumentando la posibilidad de que las personas se expresen sin intermediarios y a un mayor número de interlocutores, así como también de distribuir y acceder informaciones de forma más amplia.

Se destaca que la información en sí no puede ser objeto de derechos de exclusividad, no es directamente apropiable, pues es libre, pudiendo ser replicada y distribuida según el interés de quien la detiene.

Encuentra guarida, sin embargo, en los bienes intelectuales que son protegibles por los derechos de propiedad intelectual, siendo necesario que ella sea exteriorizada y que alcance los requisitos establecidos de particular



expresión a las formas protegidas para obras artísticas, científicas, literarias y concretas aplicaciones prácticas de los inventos industriales. Solamente las informaciones que poseen dichas especificidades son factibles de apropiación exclusiva.

El derecho autoral, a su vez, debe de ser visto no solo en su estructura propietaria, garantizando derecho al uso y disposición del bien, pues funcionalmente dichos derechos se encuadran en el ámbito de la disciplina de la competencia, que regula el uso del bien en el mercado para que este se mantenga de forma competitiva. Hay una concepción histórica del derecho autoral como premiación al creador, evidenciada en el derecho individual de recompensa por la creación y no en los beneficios traídos también a la sociedad.

Esa visión, sin embargo, debe de ser complementada con los avances sobre el tema, advenidos del análisis económico-competitivo, que proyecta la propiedad intelectual como instrumento a la maximización del bienestar social, por medio de la eficiencia económica provocada por la competencia entre agentes económicos.

Ante las perspectivas de que: i) los derechos autorales de alguna forma protegen la información – aún con las exigencias de que sea exteriorizada y distintiva, excluyendo, así, la protección de la información en sí; ii) la función de la información es la constitución de opiniones individuales en una sociedad democrática; iii) la función de la información es la competencia en la producción de productos informacionales y desarrollo de la sociedad informacional; queda evidente que es el derecho autoral, como todo derecho de propiedad intelectual, que necesita ser justificado y no sus usos libres.

Está, pues, infundada la perspectiva de exclusión entre MCI y LDA. Aunque las tutelas concedidas al bien información en el MCI y en la LDA parezcan opuestas, ambas parten del mismo presupuesto de libertad de la información para creación de nuevas obras y promoción del desarrollo económico, social y de la democracia en la sociedad informacional.

Es decir, el MCI, al tutelar sobre el flujo de contenidos en la Internet, no tiene como disociar completamente creaciones intelectuales protegibles por derechos de exclusividad de las demás. La interrelación entre usos libres y obras protegidas es el presupuesto del desarrollo de la sociedad informacional, esencial a la creación de nuevas obras, producción de información y pleno goce de derechos culturales, educacionales y políticos.

El límite es realmente tenue, y la aplicación de la LDA apartada del MCI haría entorpecer el proceso informacional.

La perspectiva informacional, enfocada en el papel de la información, quedó clara en cuanto al Marco Civil de la Internet y debe de ser reforzada cuando ocurran reformas de la ley de derecho autoral o una nueva ley de derechos autorales. El MCI presenta el mérito aún de no elevar el derecho autoral a un principio en el uso de la Internet, como lo hizo con el principio de la libertad de información.

Se entiende, igualmente, que un raciocinio en la LDA muy diverso del MCI en cuanto a la responsabilización del proveedor de aplicaciones de Internet por contenido de terceros, presente en el artículo 19, dificultaría inmensamente el ejercicio de usos libres y perjudicaría los objetivos comunes apuntados anteriormente, que rodean la información.

Sería también contrario a lo exigido en el ambiente analógico (artículo 105 de la LDA), que establece que las infracciones a derechos autorales deberán ser inmediatamente suspensas o interrumpidas por la autoridad judicial competente y no por mera notificación extrajudicial del ofendido.

En ese sentido, una notificación que tenga el poder de responsabilizar proveedores por contenido de tercero en la Internet se presenta como instrumento de observancia mucho mas severo que lo aplicado a las infracciones cometidas fuera del ambiente digital, para el cual hay exigencia de procedimiento judicial.

En cualquier caso, se deben excluir los formatos de observancia de derechos autorales que permitan retirada de contenido sin el ejercicio de la amplia defensa y del contradictorio de los supuestos infractores.

Ese entendimiento viene en el sentido de la reserva hecha en el §2º, del artículo 19, del MCI, que, al excluir la aplicación de la notificación judicial y retirada para infracciones a derechos de autor o a derechos conexos, y destinarla a una previsión legal específica que aún no existe, establece el respeto a la libertad de expresión y demás garantías previstas en el artículo 5º de la Constitución Federal, de las cuales se destaca el principio de contradicción y la amplia defensa (artículo 5º, subalínea LV, CF).

El Acuerdo TRIPS, en ese mismo sentido, establece de forma diluida, en el ámbito internacional y como patrón mínimo a ser seguido por los miembros de la OMC, como obligaciones generales en cuanto a las reglas de observancia de derechos de propiedad intelectual (artículo 41), los principios de la garantía del derecho de defensa de las partes en el curso del proceso, del debido proceso, de la publicidad del proceso, de la verdad procesal, de la motivación de las decisiones y de la impugnación.

## CONCLUSIÓN

La información es el punto central de las transformaciones de los últimos tiempos, que se destaca no solamente por la emisión de determinado contenido, sino principalmente por la posibilidad de comunicarse de forma interactiva por medio de la Internet y de los ordenadores en red.

Es la información aplicada a la lógica de las redes y a partir de las nuevas tecnologías de información y comunicación, generando más conocimiento en todos los campos de la actividad humana, haciendo que la sociedad informacional se sobresalga en relación a otros momentos históricos de la humanidad. Este es el carácter disruptivo que subsidia la revolución en curso.

Es aún la información, como representante máximo de los cambios sociales, que deberá encabezar las estrategias de regulación del ambiente digital, sea por medio de reglas de soft law o de hard law.

La preservación de otros valores humanos y la observancia de valores básicos sociojurídicos también deben de ser estrictamente observados en cualquier cuadro normativo relacionado a la tecnología. Llévase en cuenta, como ejemplo, la privacidad, la libertad de expresión, comunicación e información, el acceso a la información, el respeto a la diversidad cultural y el sigilo de las comunicaciones privadas.

El MCI manifiesta haber encontrado en la elección de los principios/ valores de la libertad de expresión, de la inviolabilidad de la privacidad y de la neutralidad de la red, la tríada para la continua expansión de la sociedad informacional, presentando reglas flexibles y adaptables a lo que está por venir y protegiendo de forma adecuada y equilibrada la información.

La no aplicación del artículo 19 del MCI a los derechos autorales representa la victoria de los diversos grupos de presión y lobbying de titulares que han actuado en el proceso de formación de la ley.

Sin embargo, el establecimiento del MCI deberá balizar la futura y específica regulación sobre el tema, principalmente en cuanto al uso de la información como punto primordial, lo que trae una visión mucho más amplia del problema, pues incluye no solamente la propiedad sobre determinadas informaciones distintivas como también elementos involucrados en la creación, circulación y uso de nuevas informaciones.

Permanecerá, seguramente, por parte de los titulares la tentativa de implementar reglas de observancia de derechos más rígidas y que garanticen medios más rápidos, más baratos y que exijan menos esfuerzo, lo que incluye responsabilizar intermediarios, el poder público y el usuario de la internet, incluso por medio de medidas criminales.

Ante ello, se debe buscar un equilibrio entre el titular de derechos, alegado infractor, y el interés público, en el cual deben de ser observados los principios del debido proceso legal, de la defensa y de la verdad procesal.

Transferir la dificultad de hacer valer derechos autorales en la Internet a proveedores de Internet, al poder público o cualquier otro que no el propio titular, ignora el hecho de que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados y que la responsabilidad de su observancia es del titular.

Eso constituye abuso de derecho, en la medida en que disminuye las obligaciones de los titulares en contraste al aumento de obligaciones de terceros que deberán costear y aplicar dichas medidas, a la vez que disminuyen el derecho de defensa de los que supuestamente, de forma intermedia, estarían permitiendo o facilitando infracción por simplemente ofrecer una plataforma digital.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Davos, 1996. Disponible en: <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Accesado en: 29 Jun 2016.
- LESSIG, Lawrence. Code and other laws of cyberspace. New York: Basic Books: 1999.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. Medidas de fronteira TRIPS-Plus e os direitos de propriedade intelectual. Curitiba: Juruá, 2012.

PUERTO, Jesús Rodríguez. Libertad y derecho en internet: el mito del ciberespacio. In: QUIRÓS, José Justo Megías (Org.). Sociedad de la información: derecho, libertad, comunidad. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007.

SAMUELSON, Pamela. Five Challenges for Regulating the Global Information Society. SSRN Scholarly Paper, n° ID 234743. Rochester, NY: Social Science Research Network, 9 ago. 2000. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract=234743>. Accesado en: 22 jul. 2015.

SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. Os direitos autorais no marco civil da internet. Liinc em Revista, v. 12, p.40-56, 2016.

STALLMAN, Richard. O projeto GNU. Disponible en: <https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.html>. Accesado en: 02 jul 2016.