

OMPI/DA/MVD/00/3

ORIGINAL: Español

FECHA: 1 de septiembre de 2000



CONSEJO DE DERECHOS DE AUTOR
MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

**TALLER REGIONAL DEL AOMPI
SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS
EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN**

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
el Consejo de Derechos de Autor
del Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay

Montevideo, 13 y 14 de septiembre de 2000

OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN
LAS REDES DIGITALES, LA TECNOLOGÍA Y SUS POSIBILIDADES EN MATERIA
DE INFORMACIÓN Y SUPERVISIÓN.
LA PERTINENCIA DE LOS SACUERDOS DE LA DAPIC

Documento presentado por el Sr. Miguel Ángel Emery

I. EL COPYRIGHT EN EL SIGLO XXI

1. La propiedad intelectual desde sus orígenes y consagración en los decretos de la Revolución Francesa define del Siglo XVIII, fue concebida para la protección de bienes inmateriales incorporados a objetos físicos.
2. El derecho de autor se dirige a obras literarias o artísticas receptadas en libros, pentagramas, pinturas o esculturas, y se extendió con el progreso tecnológico a fotografías, filmes cinematográficos, discos fonográficos, programas de televisión y casetes audiovisuales.
3. El advenimiento de la computación incorporó a esta rama de la propiedad intelectual al software y a las bases de datos, incorporaciones que implican una crisis profunda en la coherencia del sistema franco-germánico de "derecho de autor", ya que dos de sus premisas básicas: la titularidad original de la persona física "autor" y la irrenunciabilidad de los derechos morales, no se condicionan con los nuevos objetos de protección incorporados definitivamente a este campo de la propiedad intelectual a partir del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIP's, 1994).
4. Hasta no hacer muchas contrataciones y modos de utilización de estos bienes no estuvo vinculada a la fabricación y distribución de los soportes materiales y sus tratativas involucran contactos personales y documentos en papel.
5. Recuerda Antonio Millé que las industrias culturales se desarrollaron globalmente basadas en la territorialidad de las licencias o de los acuerdos de distribución, en un marco donde es posible determinar, de acuerdo a ciertas normas internacionales preestablecidas, cuál es la ley aplicable para su protección y la jurisdicción para la resolución de los conflictos.
6. La expansión de la comunicación informática a través de las redes, ha creado un inmenso espacio virtual "el ciberespacio" al que concurren grandes y pequeños usuarios, redes y recursos informativos que si bien tuvieron como origen la difusión de conocimientos técnicos, científico e información, permite cada vez con mayor flexibilidad y velocidad que las imágenes y los sonidos sean transmitidos y absorbidos por el computador personal de un usuario en cualquier país del mundo.
7. Tan importantes es la irrupción de las redes de información digital que no falta quien, como la Electronic Frontier Foundation o la Union for the Public Domain plantean, yasea desde el ámbito de defensa del consumidor, o de la educación de las bibliotecas, o interesadamente como proveedores de servicios en las redes, que en las redes existen multiplicidad de obras, usos y usuarios cuyas necesidades colectivas, en la balanza del interés público, deberían tener una mayor relevancia que los motivos que llevaron a la comunidad global a proteger a sus autores, a partir de 1886 en que se adoptó el Convenio de Berna.
8. Quienes así piensan afirman que no se puede sostener en el ciberespacio una tradición jurídica basada en el monopolio de explotación temporal de los titulares de obras protegidas.
9. Existen "cyberanarquistas" o "cyberpunks" que consideran que el "copyright" debe desaparecer con la tecnología digital ("Si la creatividad es un prado, el "copyright" es la valla"-John Oswald), puesto que las actuales leyes reguladoras del "copyright" son injustas y atentan contra la libre expresión, por no haberse actualizado respecto a la tecnología, y porque

generan ventajas económicas que son aprovechadas por algunas corporaciones interesadas en que los derechos de autor se queden tal como están.

10. Aunque se predican o ha conmovido a los gobiernos, sus esfuerzos e influencias no son de despreciar por los defensores de la propiedad intelectual.

11. Los Nuevos Tratados de la OMPI constituyen a nivel internacional una reafirmación terminante en el sentido que, tal como sucedió en los tiempos de la Reina Ana, en el Siglo XXI el interés público de los Estados reconoce que si no hay derecho de autor no habrá remuneración para los creadores y si no hay remuneración no habrá estímulo para el avance de la cultura en las redes de comunicación, que se convertirá en un anárquico desierto cultural donde solo concurrirán piratas y oportunistas en procura del progreso económico inmediato de efímera popularidad, al tiempo que se can las fuentes del progreso del arte y de la literatura y ahogan las culturas regionales.

12. Un importante jalón a nivel nacional lo constituyó la Digital Millennium Act de los Estados Unidos adoptada el 28 de octubre de 1998, que modificó el "Copyright Act" a fin de establecer métodos de licencias eficientes para la utilización de fonogramas por los "webcasters" y demás servicios de audio video. Así por ejemplo, para proteger el "copyright" de las obras musicales la DMSA establece que ningún "webcasters" podrá dentro de un período de tres horas difundir más de tres canciones de un determinado álbum, incluyendo no más de dos consecutivamente o cuatro canciones de un determinado artista o conjunto, incluyendo no más de tres consecutivamente y prohibiendo publicar los avances solistas de las canciones que se difundirán.

13. Se obliga a los "webcasters" a identificar las obras musicales incluidas en los fonogramas así como el álbum y el artista en cuestión y adaptarse a las medidas tecnológicas incorporadas por los titulares para no inducir a la copia o a la transmisión de falsificaciones. Como consecuencia de la ley los "webcasters" que desearon legítimamente estuvieron en el marco idóneo para obtener las licencias necesarias para las emisiones musicales.

14. En estos momentos la Comunidad Europea tiene en preparación una Directiva sobre el derecho de autor en el ámbito digital, a pesar de que tiende a garantizar a los autores, a los intérpretes y a los productores de fonogramas y videogramas y a los organismos de radiodifusión "el derecho exclusivo de autorizar o prohibir, directa o indirectamente, temporal o permanentemente la reproducción por cualquier medio y en cualquier forma, en todo o en sus partes" de sus obras protegidas en el ámbito digital, contiene disposiciones inquietantes respecto a las copias transitorias y a la copia privada que determinaron que tanto la IFPI como la GESAP expresaran su disconformidad con las veinte excepciones opcionales incluidas en el texto y la difusa interpretación de la remuneración para los titulares, remarcando especialmente en lo que hace a la copia privada para utilización posterior (desplazamiento de tiempo) que la misma no deberá ser concedida sin compensación para los titulares.

II. EL DERECHO DE AUTOR Y EL "COPYRIGHT" LA PROPIEDAD INTELECTUAL LOS ADPIC Y LOS NUEVOS TRATADOS DE LA OMPI

15. Para la teoría franco-germánica, el autor es la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. El tiene sobre su obra derechos morales irrenunciables (al

inédito, a la paternidad, a la integridad, al arrepentimiento) y derechos patrimoniales enajenables (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). Tiene fundamento en teorías personalistas o al menos dualistas para justificar el derecho de autor.

16. Se reconocen a los artistas/intérpretes, productores de fonogramas y productores de obras audiovisuales, los denominados “derechos conexos”, que no serían propiamente derechos de autor pero conceden una protección similar, en su origen de grado menor, sobre las actuaciones de los artistas y las grabaciones fonográficas o audiovisuales, cuyo mínimo internacional fue establecido en la Convención de Roma.

17. Con el término “copyright”, se identifica a los sistemas jurídicos anglosajones en los que la protección se centra más en la obra que en su autor, en ellos se enuncia de una forma genérica los derechos de explotación que corresponden a un determinado titular, estando los derechos morales regulados en el campo de los derechos de la personalidad. Por lo tanto no se puede hablar de “copyright” y derechos conexos, dado que el “copyright” comprende a unos y otros.

18. En otros sistemas, como el argentino y en alguna medida el uruguayo, llamados de “propiedad intelectual” entroncados directamente en la Revolución Francesa y en la acta original del Convenio de Berna, la protección también está centrada en la obra, no en el autor, tal como sucede con los sistemas de “copyright”. Se legislan los derechos morales, pero se considera que el conjunto de facultades que integran los derechos intelectuales no es susceptible de descomponerse en derechos independientes de naturaleza diversa, ya que constituye un “iuris in re intellectualis”, un derecho único que contiene facultades de actuar, con fundamento a la vez patrimonial y extrapatrimonial. (Voto del Dr. Eduardo A. Zannoni, CNCiv., Sala A, 10-85, ED, 121-644, República Argentina).

19. En mi opinión, a partir de la adopción de los ADPIC, son las leyes basadas en las teorías del “copyright” o “la propiedad intelectual” las que resultan más aptas y flexibles para adaptarse a los requerimientos del derecho de autor en la era digital.

20. Ello se encontraría demostrado por cuanto las distinciones entre “el derecho de autor” y “los derechos conexos” se atenúan hasta casi desaparecer en el WCT y en el WPPT, deberá tenerse en cuenta que con respecto a:

a) **Objetos protegidos:** En primer término con la incorporación como objetos protegidos de los programas de ordenador (y de las bases de datos (Art. 10 del ADPIC y Art. 4° WCT) (verii 1 eii 2) se amplía de una manera geométrica el número de las obras colectivas protegidas por estar a la propiedad intelectual determinando la existencia de un número de titulares originarios, que no son personas físicas, y, de obras donde los derechos morales individuales aparecen diluidos en aras a la creación del todo de la obra. Con respecto al programa de computación de observar que siendo una obra de naturaleza utilitaria: frecuentemente destinada a la industria: conjunto de instrucciones dadas a una máquina para producir un resultado que puede ser conducir un avión, regular un sistema de bombeo de petróleo, etc., no es protegido por el concepto de novedad propia de las patentes, (aunque en determinados casos el software puede ser patentado) sino por el criterio de originalidad propia del derecho de autor, o más propiamente dicho de la propiedad intelectual sobre las obras.

b) **Derechos mínimos:** Existe un paralelismo absoluto en los derechos de reproducción contemplados en los Arts. 7 y 11 del WPPT con el derecho de

reproducción del Art. 9° del Convenio de Berna. (veriv.1). También hay coincidencia en la regulación del derecho de distribución de los Arts. 6° del WCT y los Arts. 8 y 12 del WPPT (veriv.2). Debe considerarse además que el derecho de alquiler a que se refieren los Arts. 11 y 14.4 de los ADPIC que coinciden con los Arts. 7° del WCT y 9 y 13 WPPT se confiere a los intérpretes y productores sin limitaciones, pero los reconocen sólo respecto de los autores de dos categorías de obras: el software y las obras cinematográficas y en ambos casos con limitaciones (veriv.3.). Todo lo cual concurre a demostrar que pese a la artificial separación de los Tratados, no sólo no existen en este aspecto un menor nivel de protección para los llamados “derechos conexos” que para las obras protegidas por el “derecho de autor”, sino que podría decirse que hay un “mayor nivel”.

c) Puesta a disposición: Se otorga a los autores, a los artistas y a los productores un derecho de puesta a disposición (Arts. 10 y 14 WPPT) (veriv.5), aunque el Art. 8° del WCT lo considere “comunicación pública”. (veriv.4). Se trata en ambos supuestos de un derecho exclusivo sobre la puesta a disposición de obras e interpretaciones fijadas mediante sistemas digitales que le permitan a los miembros del público tener acceso a ellos “desde el lugar y en el momento” elegidos por el miembro del público. En mi opinión la “puesta a disposición” es más asimilable a una “distribución electrónica” de contenidos protegidos, que a una comunicación pública, ya que consiste en una serie de comunicaciones individuales que aunque pueden darse simultáneamente no son públicas. En la actualidad la tecnología permite que cualquier comunicación en red sea “puesta a disposición” ya que existen dispositivos que permiten seleccionar las canciones y los artistas del flujo de música grabada de un mismo género que se transmite por red.

d) Limitaciones a los derechos: También es dable recordar que el Art. 16 del WPPT (verx) ha hecho desaparecer una significativa diferencia entre el nivel de protección del Convenio de Berna y del Convenio de Roma, respecto a las limitaciones a los derechos protegidos (a ambos son aplicables la triple condición del Art. 9.2 de Berna: casos especiales donde no se afecta la normal explotación de la obra, interpretación no producción no se lesione indebidamente el legítimo interés del titular).

e) Disposiciones sobre medidas tecnológicas: A todo ello debemos agregar que los Nuevos Tratados contienen idénticas disposiciones sobre las obligaciones relativas a la protección jurídica adecuada y recursos jurídicos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que se utilizan para los titulares en relación con el ejercicio de sus derechos (Arts. 11 del WCT y 18 del WPPT y Arts. 12 del WCT y 19 del WPPT) (ver ix.1 y ix.2).

21. Estas disposiciones demuestran que la descorporización de las obras, interpretaciones y sonidos grabados en el mundo digital impone idénticos niveles de protección para el llamado derecho de autor y para los llamados derechos conexos, característica que en la medida que existe en el sistema del copyright, y que distingue al ley argentino de propiedad intelectual.

22. Nunca me ha parecido lógico que el fotógrafo, que fija imágenes y los productores cinematográficos que fijan imágenes y sonidos, a través de dispositivos tecnológicos puedan ser considerados en una categoría distinta que los productores fonográficos que fijan sonidos. De hecho tanto los ADPIC como los Nuevos Tratados de la OMPI esto no sucede.

23. Dela mismamaneraseshanatenuadolasdiferenciasentre losderechosintelectualesde losautorespersonasfísicasylosquecorrespondenalosintérpretes,yaqueambosson creadores,unosdeobrayotrosdeinterpretaciones.

III. LATEC NOLOGIA Y SUS POSIBILIDADES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y SUPERVISIÓN

24. Lasindustriasculturalesque, enelmundofísico, tienencomoobjeto ponerlaobraa disposicióndelpúblico, hanreaccionadodelamismaformaperoendistintamedidaenla adopciónmedidastecnológicasquepermitanlaproteccióndesusderechos.

25. Sueficaciaestá vinculadaconelcontrol, supervisióny distribucióndelaobra. Enel mundovirtuallosautoresylasindustriasculturalesenfrentanungrandes afíotecnológico consisteenencontrarsistemassegurosparagarantizarlaintegridadyutilizacióndebidadelas obrasprotegidas.

26. El“taggingdigital”, juntoconlasbasesdedatosinternacionales, ofrecenlaperspectiva alargoplazodequ eelcomplejoeintensivosistemaderecaudacióny distribucióndelas sociedadesautoralesbasadoenlosprincipiosdeterritorialidad, reciprocidadysolidaridad, sea sustituidoporunsistemaelectrónico.(“Nuevascombinacionesdeestrategiasenelcam pode losderechosde laPropiedadIntelectual”porRogerWallisyotros, DAT, No. 126/7).

27. Losrequerimientostecnológicospara elcomercioelectrónico de lasobrasprotegidas hansidoinventariados expresandoque consistenen crear:

- a) Unmedioparaidentificar cadaobra ysustitulares, editoresosociedadde gestión.
- b) Unmedioque asegure laautenticidaddelaobra.
- c) Unmedioparaproteger cadaobra demaneraque, solamente unusuario autorizadopuedarecibir laypercibirla.
- d) Unmediopara controlar yestablecer límites para usos específicos.(Por ejemplo: que autoriza solamente la exhibición, o imprimir unacopia, o que impida el “downloading”, etc., además de determinar la fecha de la utilización).
- e) Unmedioque asegure laintegridaddecada obra e impida sus alteraciones.
- f) Unmedioque permitamedireluso.
- g) Unmediopara realizar la contratación electrónica de la obra y del acceso al uso permitido.
- h) Unmediopara facturar y recolectar los pagos.
- i) Unmediopara asegurar que esa identificación de los derechos de autor y las medidas de control, permanecerán vinculados a cada parte de la obra, cuando la misma se baje o se transfiera en forma digital de cualquier otra manera, o que la misma se imprima. (Ebersole, J., “Protecting Intellectual Rights on the Information Highways”, publicado por la Information Industry Association en 1994).

28. Lamejormanerade obtener estos objetivos es controlar tanto el software como el hardware. Los “tags” incorporados en el software son legibles por el computador y se utilizan para representar un derecho (la posibilidad de reproducción) o para transferirlo a otro

dispositivo que el hardware puede interpretar. Cuando un contenido protegido es cargado a un dispositivo seguro, éste controla las normas digitales y actúa en consecuencia. Estos procesos pueden considerarse una evolución tecnológica de la cinta de grabación digital de audio que no permitía que se hicieran copias de copias.

29. Para la protección de los derechos exclusivos en las redes digitales existen varios sistemas técnicos:

- a) El encriptado que es un término que se utiliza generalmente para describir un proceso mediante el cual los textos y las obras de audio o visuales se codifican utilizando complejos algoritmos matemáticos para hacerlos indescifrables a quien carezca de las llaves para abrir el código.
- b) Contraseñas o “passwords” que son identificaciones asignadas a individuos integradas generalmente por una serie de números, letras o palabras que permite a un grupo comunicado en red evitar el acceso de terceros a sus comunicaciones.
- c) Firmas digitales que se basan en “llaves” una en la entrada y otra en la salida del computador que cuando coinciden verifican la identidad de la persona que mandó el mensaje. Los sistemas de firma digital de “llave privada” y de “llave pública” pueden ser utilizados para otorgar seguridad a los sistemas de distribución de copias de obras protegidas.
- d) Marcas de aguas digitales: estas marcas de aguas digitales, que fueron inicialmente utilizadas en el mercado multimedia para las fotografías e imágenes de vídeo, ya tienen significativa importancia en la protección de los sonidos grabados. Existen varios sistemas y en general ellos permiten al titular verificar la autenticidad de la copia de un archivo de vídeo o de un sonido grabado. Su valor es un efecto disuasorio porque al conocer que la información está embutada invisiblemente en alguna parte de la obra el pirata puede no arriesgarse a copiarla o que el hardware de reproducción no baje el contenido que carece de la marca de agua.
- e) Sobre electrónicos: es un programa codificado que “envuelve el software” a ser transmitido y que sólo puede ser abierto utilizando la llave privada que corresponde al titular del derecho. Tiene la potencialidad de ser uno de los modelos básicos para el ECMS de los Estados Unidos. Estos sobre permiten al usuario que tenga la llave adecuada, examinar los contenidos, pero no copiarlos. (Oman, Ralph, “Estudios en el Foro Internacional de la OMPI para el Ejercicio y Gestión de los Derechos Intelectuales”, Sevilla, 1997).

30. La mayoría de estos sistemas requieren la instalación en las computadoras de un software especial que actúa como un notario electrónico. Controla la identidad del usuario, protege los derechos intelectuales del contenido, se contacta con el sitio donde el usuario efectuará el pago, y si todo está en orden descifra la obra digital.

31. Estos medios pueden destinarse tanto a la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual en la red, como a asegurar el respeto de los derechos exclusivos.

32. Entre los sistemas avanzados para la gestión colectiva figura el ERMS (Electronic Rights Management Systems) donde el titular tiene la posibilidad de establecer el precio de cada obra y de cada utilización de cada obra y la repartición de los derechos puede basarse

casiconexactitudelcienporcientoenlosdatosgeneradosautomáticamenteporlasredes digitales.

33. La CISAC está intentando la implementación de una base de datos virtual universal que abarque todas las obras musicales grabadas o registradas, denominado “Sistema de información común” (CIS).

34. “ASCAP, es una de las tres sociedades de gestión colectiva de cobranza por derechos de comunicación pública de obras musicales en los Estados Unidos y a la vez representa a más de 75.000 autores y editores norteamericanos. En 1997, ASCAP se convirtió en la primera sociedad de gestión en distribuir ingresos de licencias de la Internet”. “ASCAP buscó una manera eficiente y de bajo costo para identificar y recaudar los aranceles de licencias de los sitios comerciales y promocionales que ejecutan música cuyos derechos de autor pertenecieran a los miembros de ASCAP. Dado que la gran mayoría de los sitios de música en Internet, llevar a cabo esta tarea manualmente era una opción no implementable para la organización”. “ASCAP se asoció con Cyveillance para desarrollar una aplicación a medida de la tecnología Cyveillance para llevar adelante esta tarea. El resultado fue el EZ Eagle™, que escudriña la Internet continuamente para identificar títulos específicos de canciones que están siendo ejecutadas en sitios a través de los comúnmente accesibles formatos de archivos de audio y video. El EZ Eagle entonces prioriza los sitios en base al criterio del cliente y le permite a ASCAP establecer automáticamente los acuerdos de licencias que correspondan. La tecnología también efectúa un seguimiento de la catamien- to”. (Enrich, Eric “El Copyright en la Era Digital”, DAT No. 132).

35. Ya en 1986 la industria de la música había adoptado el ISRC (norma internacional ISO 3901) que proporciona un medio internacional de identificación de fonogramas y videos musicales. El ISRC identifica las obras fonográficas y sus soportes materiales. El ISRC asigna la grabación al primer titular de los derechos sobre ella, cada fonograma o videograma tiene su propio y único ISRC, que se compone de dos dígitos: dos dígitos indican el país, tres dígitos al productor fonográfico que realiza la fijación, dos dígitos al año de la grabación y cinco dígitos son asignados por el productor para identificar el fonograma. Estos números no pueden volver a ser asignados durante el mismo año calendario.

36. En España la Sociedad General de Autores de España desarrolló en el mercado el sistema MODE (music on demand), con tecnología de Lucent Technologies, que permite el uso privado de la música pero no efectuar un número ilimitado de copias (xxx.mode.net). (Enrich, Eric., ob. cit.).

37. La CISAC y otras entidades (FIRPF y AGICOA), están en la actualidad estudiando la forma más adecuada para asignar a cada obra cinematográfica un número de diez y seis dígitos que se denominará ISAN (“International Standard Audiovisual Number”), que tal como el ISRC es una norma ISO que sirve para identificarla obra independientemente de su soporte analógico digital y de su título y versión.

38. Hasta hace muy poco tiempo la industria cinematográfica no estaba afectada por el mismo tipo de problema que los sitios de divulgación de los MP3 que crearon para la industria fonográfica. Sin embargo, el programa DeCSS permite vulnerar el código de seguridad de las máquinas que graban y ejecutan DVDs y discos versátiles digitales y permite copiar películas. (ver infra V.f) “El caso Scour”).

39. Como se señaló, los Nuevos Tratados de la OMPI obligarán a sus Miembros a proteger estas medidas tecnológicas incorporadas por los titulares a los contenidos alcanzados por los derechos intelectuales, obligación que los Estados Unidos ya han cumplido a través de tres disposiciones legales introducidas en el Título I de la DMCA, introduciendo nuevas secciones al Título 17 del U.S. Code. La sección 1201 relaciona a las nuevas prohibiciones con el “Copyright Act” y establece ciertas excepciones; la sección 1203 contempla medidas civiles para la ejecución de la prohibición y la 1204 remedios criminales.

IV. LA INDUSTRIA DE LA MÚSICA Y EL INTERNET

40. Una de las industrias culturales donde se ha reflejado con mayor intensidad el impacto del comercio electrónico y los desarrollos tecnológicos sobre la propiedad intelectual es la industria de la música. En la red hay cientos de sitios musicales. A medida que la tecnología ha avanzado permitiendo mejor calidad de sonido y mayor rapidez en el “downloading” mayor ha sido la popularidad de estos sitios.

41. Los sitios tienen un inventario de cientos de grabaciones que en la mayor parte son casi de la misma calidad que un CD, para que los usuarios de Internet puedan bajarlas y escucharlas, gratuitamente y en algunos casos los mismos usuarios pueden cargar canciones al sitio contribuyendo así a “enriquecer” el archivo musical. Es usual que estos sitios tengan “links” con otros sitios de este tipo, así con un par de clics del mouse el usuario tiene la posibilidad de acceder a miles de obras musicales.

42. La primera generación de los sitios musicales requería un alto nivel de experiencia en Internet para ubicarlos y también para saber usarlos. Las tecnologías de los últimos años han incluido avances en la compresión, en el hardware y en el software de las computadoras personales. El último y espectacular avance desarrollado hoy es el MP3, que es un formato capaz de comprimir la música para poder enviarla más fácilmente a la red, de manera que pueda ser copiada en el disco duro de una computadora, donde la música puede ser reproducida a través del sistema de audio con una calidad similar a la de un CD y también distribuida a terceros. El MP3 (www.MP3.com.) es un archivo de sonido de tamaño reducido (un minuto de sonido ocupa tan solo un megabyte). El único problema para el usuario es que los archivos son grandes y los pulsos telefónicos muy caros como para darse el lujo de bajarlos en cantidades significativas, pero el tiempo de bajada de un tema no excede 10” en las computadoras de escritorio.

43. Este avance se ha combinado con un producto lanzado en octubre de 1998 por Diamond Multimedia System: el RIO que es un reproductor de tamaño de un CD que guarda el contenido de varios álbumes de música transmitida en forma digital y lo reproduce para escucharse a través de auriculares, en forma semejante a un “walkman”.

44. Puede calcularse que existen más de medio millón de temas musicales disponibles en línea, desde la mayoría de los sitios se comunican sonidos grabados que han sido cargados y por ende reproducidos sin la autorización de los titulares de la propiedad intelectual.

45. Algunos cantantes y conjuntos colocaron sus canciones en el sitio Amazon.com, que es una verdadera vidriera virtual, con el objeto de promover sus discos y aumentar sus ventas. El resultado fue que como cualquiera navegante podía bajarlas de la PC y escucharlas y reproducirlas gratuitamente... las ventas disminuyeron.

46. Otros artistas "...han resuelto producir su propia música al margen del sello o creando sus propias compañías y lanzando música en Internet", cuando estos temas comienzan a entrar en el circuito del MP3 no producen beneficio económico sino para los artistas y para los compositores cuando éstos son los propios artistas, pero como la producción es barata y los artistas tienen la libertad de crear la música que les gusta a punta de una promoción "...que puede ir generando suficiente notoriedad como para que se les ofrezcan conciertos y eventualmente un contrato con un sello importante".
47. A mediados de 1999 se concretó una coalición global de más de cien compañías de música, productos electrónicos y de computación denominada "Secure Digital Music Initiative SDMI" que el 13 de julio publicó sus normas para el futuro de la comercialización de la música en línea y de tecnologías de computación. La SDMI adoptó especificaciones técnicas para los reproductores portátiles de música que permitirán a los consumidores recurrir a algunos pocos lugares en la Web para obtener buenos contenidos musicales en lugar de tener una larga lista de sitios que probablemente ofrezcan contenidos piratas.
48. La iniciativa SDMI busca asegurar la protección de la propiedad intelectual de la música grabada sin necesidad de bloquear el uso del MP3, lo que se ha entendido de imposible por la popularidad que ya goza este formato.
49. La primera fase de la iniciativa SDMI consiste en incorporar "screening technologies" que se integrarán en forma invisible a todos los reproductores digitales que permiten bajar la música a los reproductores portátiles de música equipados con medidas de seguridad. La segunda fase agregará nuevas "screening technologies" diseñadas para bloquear el "downloading" de música pirateada, lo que obligará a los consumidores a modificar sus reproductores portátiles para adaptarlos a las tecnologías SDMI a fin de ejecutar o copiar los nuevos lanzamientos de sonidos grabados que incluyan las nuevas tecnologías. Por otra parte la música pirateada, no autorizada, no va a ser receptada por el reproductor.
50. La iniciativa SDMI contempla un sistema construido al rededor de una firma digital o "marca de agua" cuyo protocolo será utilizado tanto en el hardware como en el software y que restringirá la decodificación del archivo por el reproductor a los temas que la contengan. A tal efecto, las cinco compañías más importantes han acordado incorporar, dentro de los próximos meses, las marcas de agua digitales en la futura producción de los CD que en el momento carecen de cualquier forma de protección, coordinando sus esfuerzos con una compañía de tecnología digital conocida en conjunto como las "4C", formada por Intel, Matsushita, Toshiba e IBM. El proyecto SDMI está en marcha y seguramente pronto importantes novedades en el comercio electrónico de la música grabada.
51. Confiados en el éxito de este procedimiento los grandes sellos han ingresado en el Internet Universal y BMG se han asociado en GetMusic.com, que es un sitio inicialmente destinado a la distribución minorista pero que pronto bajará música por un precio.
52. Warner y Sony adquirieron CDNow para crear una nueva marca para un muy desarrollado sitio musical y Warner confía en comenzar a vender temas para ser bajados antes de fin de año.
53. EM entró en asociación con Liquid Audio para la venta de temas y con Musicmaker para compilar bajadas por la red.

V. LA PIRATERÍA MUSICAL EN LA RED

54. Ningún papel sobre el ejercicio del “copyright” en las redes digitales estaría completo sin una referencia aunque sea o mera a la posibilidad del “enforcement” (ejercicio de los derechos). Así como la industria fonográfica fue la primera afectada en el momento en que la red dejó de ser un conducto para el comercio electrónico de casetes y CD’s para convertirse en un multiplicador de la difusión y reproducción de los temas musicales, fue la primera en reaccionar contra este fenómeno e intentar que el derecho alcanzase a la tecnología.

55. Este es fuerzo que se dirigió por una parte a difundir entre los usuarios y particularmente entre los estudiantes universitarios la conciencia del ilícito. Más de doscientas universidades se han unido a este esfuerzo impidiendo que sus computadores se utilicen para hacer conexiones con Internet y bajar copias ilícitas.

56. Por otra parte mediante acciones judiciales e intimaciones se pararon la difusión de obras pirateadas en la red, la RIAA obtuvo el cierre de aproximadamente dos mil sitios que ofrecían canciones copiadas de discos comerciales y cargados al Internet.

57. De entre las publicaciones referidas a las acciones judiciales, he seleccionado algunos casos que corresponden a las legislaciones y tribunales de países con distintos sistemas de protección de los derechos intelectuales como son Estados Unidos (copyright) y Francia (derechos de autor y derechos conexos), que han dado similares respuestas a similares hechos que constituyen infracciones a la propiedad intelectual en las redes, también me referiré a soluciones de tribunales, belgas, suecos y algún caso argentino en el que tuve protagonismo directo.

A. Estados Unidos- Medidas precautorias:

58. Las medidas precautorias son esenciales para la protección de los derechos intelectuales, sin una medida preliminar adecuada el infractor puede continuar gozando de los frutos del comercio ilícito durante todo el transcurso del juicio y por ende la sentencia podrá llegar a constituir una declaración vacía de contenido porque el perjuicio consumado al titular de la propiedad intelectual sería irreparable. Por ello es interesante señalar que el tribunal del distrito sur de California el 21.11.97 en “A & M Records v. Fresh Kutz y Does I through X” hizo lugar a la medida preliminar solicitada por la actora ordenando a los demandados, el cesar de las actividades ilícitas de reproducción y distribución no autorizada de copias protegidas por copyright. Los demandados tenían un sitio en Internet cuyo único propósito era la reproducción, distribución e intercambio no autorizado de copias de grabaciones protegidas, sitio al que los navegantes de la red podían acceder mediante un software de “browsing” al alcance de cualquier persona. Sin la autorización de los titulares de los derechos intelectuales los demandados habían copiado cientos de grabaciones a un server conectado al Internet, luego pusieron las mismas en un sitio para la reproducción y distribución a millones de usuarios. En el sitio se afirmaba que él era el “mejor y más grande de todo Internet”, todos los días agregaban nuevas canciones. Así mismo los demandados fomentaban a los usuarios a bajar el material en infracción y por lo tanto crear copias adicionales en las computadoras de los usuarios, proveyéndoles además del software necesario para que pudieran escuchar la música grabada con una alta fidelidad, también estimulaban la contribución de los usuarios para cargar nuevas canciones al archivo.

59. El Tribunal encontró que los demandados habían reproducido y distribuido productos fonográficos que se encuentran protegidos por el Copyright Act y que ese acto constituía una

infracciónal derechodereproducción delosdemandantes ypor lotantounaviolaciónala sección17USC §101delCopyrightActdelosEstados Unidos,agregandoelfalloqueenla creación,administraciónymantenimientodelsitio, losdemandadoshabíanayudado, estimuladoycontribuidomaterialmentealainfraccióndelosderechosintelectualesdelos actores,yquelo habíanhechodolosamente, actuandocontotaldespreciodelosderechos intelectualesdelosproductoresfonográficos,susartistasyloscompositoresdelascanciones.

B. Francia –Protección del derechodereproducción:

60. Paralelamente,elmismoprocesosehabíadesarrolladoenFranciadondeen1996se sometióalTribunaldePrimeraInstanciadeParíselcasodeloperadordeunsitioquehabía digitalizadocancionesprotegidas sinautorizacióndelosautores, lashabíaincorporadoala memoriadesucomputadoraylas habíapuestoadisposicióndelaspersonasconectadasal Internet.Lostitularesdelderechodeautor invocaronlaviolacióndesusderechosde reproducciónycomunicaciónal público.Ladefensadeloperadorfuesostenerquesolamente habíaefectuadoreproduccionesparausoprivado,loqueconstituyeunalímitoal derechodelosautores, alegandoquelacomunicacióndelascancionesnoera imputableaél, sinoalaspersonasconectadasalaredque, sinsuautorización,acudíanasu“sitio”que pretendíaasimilaraun“domiciliovirtual”.Porotrolado,considerabaquenohabía infringidolosderechosdereproducción,puestoquenohabíadistribuidocopiasdelosdiscos fonográficos.ElTribunaldePrimeraInstanciadeParísconfecha14deagostode1996 juzgó quehabíaviolacióndelderechodereproducciónyaque: *“quienincorpora, sinautorización delautor, unaobraprotegidaalamemoriadesucomputadorapersonalconectadaa Internet,lareproduceypropiciasuutilizacióncolectiva”* (RIDA;171,P.361).ElTribunal consideróqueeloperadoreresponsabledeesa violacióndelosderechosdeautor, ensu doblecalidadde“proveedordeloscontenidos”(yaqueintrodujolas cancionesenlarede)yde “administradordeaccesoalsitio”. Nosepronunciósobrelapresuntaviolacióndelos derechosdecomunicaciónal público.Elproveedordeaccesoalsitiofuesobreseidopuesto quecerróelaccesoalmismoencuanto supodelaprotestadelosautores.(DerechodeAutor enInternet -Jurisprudencia,BoletíndeDerechodeAutor -UNESCOXXXI,No.3,p.42).

C. Suecia:El casoOlsson:

61. TomyOlsson es unestudiante sueco quedesde suhogaren unpuestode provincia establecióhipervículosensuspágina deInternet dirigiendogratuitamenteal públicoalossitios queconteníanarchivosMP3.Cincuentaytrescompañíasdediscos encontraron infringidos susderechosdeautor yeligieronlavíacriminalparaladefensadesusderechos.La Corte Supremade Suecia, sibien encontró que laconductadeOlssonnoestabatipificadaenlaley penalconfirmóquelaprovisióndelos“links”deInternetdestinadosafacilitarlabajadade losformatosMP3constituyeunainfracciónaloshderechosdeautorquepermitealos ofendidos hacercasarenlacción infractoray obtenerreparación de dañosyperjuicios.La decisióndelTribunal fue juzgadacomoun precedente favorable para eliminarde Suecialos serviciosinformáticosimitadoresdelNapster.

D. Bélgica: Sentencia contra un ISP que distribuía MP3 (enero de 2000): responsabilidad de los proveedores de servicios de acceso a la red. Competencias de la:

62. EnelcrecimientodelcomercioelectrónicoydelInternetengenerallasempresasde telecomunicacionesestán más involucradas quenuncaensus transaccionesyasean éstas legaleso ilegales.Lainmensamayoría sonempresas legalmente constituídas quenotienen

ninguna intención de infringir los derechos de propiedad intelectual, sin embargo sus sistemas pueden ser utilizados para ese propósito.

63. Ello plantea el problema de su responsabilidad por la infracción a los derechos. El tema es suscitado por cuanto los proveedores y “routers” suministran cuentas de acceso a Internet, computadores, discos y equipos de telecomunicaciones y software para todos los usuarios. Los paquetes de información almacenados en el “router” del proveedor de accesos se transmiten a la velocidad y con tal volumen que el proveedor carece de posibilidad de controlar el tráfico o de supervisar las actividades de los terceros que envían la información a sus sistemas de computación, aunque se ansus clientes.

64. Cuando se trata de determinar si los proveedores de servicios tienen responsabilidad por los contenidos protegidos transmitidos en infracción de los derechos de los titulares, se han sostenido los dos extremos, que existe una responsabilidad objetiva que los haría responsables siempre, o que no siendo editores ni distribuidores del material ilícito carecen totalmente de responsabilidad.

65. En general los tribunales han encontrado responsabilidad cuando los proveedores de servicios, actuando con conocimiento de la actividad ilícita, inducen, dan causa o contribuyen materialmente a las conductas ilícitas de los usuarios. Esta responsabilidad ha llegado a ser extendida cuando se ha podido demostrar que pudiendo haber conocido la ilicitud de estas conductas el proveedor de servicios no ha facilitado o distribuido los contenidos que se obtenían a ganancia empresarial, lo que no constituye más que la aplicación de los principios generales del dolo y enriquecimiento sin causa en nuestro sistema codificado por tribunales del sistema del “common law”. (F. Lawrence Street, “Law of the Internet”, p. 416).

66. El 2 de noviembre de 1999 el Tribunal Comercial de Bruselas, en audiencia pública sobre la medida precautoria de “cesary desistir” requerida por IFPI y Polygram Records N.V., confirmó que también para el derecho de ese país, la notificación fehaciente al ISP de que el almacén de información en su servidor origina una distribución ilegal de fonogramas, determina que de continuarse esa conducta configure una infracción a la competencia de la sancionada por el Art. 93 de la Ley sobre Prácticas Comerciales, causando daño a los intereses comerciales de los titulares de los derechos intelectuales infringidos.

67. El Tribunal Belga ordenó a Belgacom Skynet N.V. cesary desistir inmediatamente de su práctica, estableciendo un “astreinte” o multa de quinientos mil francos belgas por día a partir del día durante el cual la demandada continuase ofreciendo el servicio contrariando la orden judicial. Además condenó a la demandada a publicar en su página de Internet un sumario del fallo y a publicarlo en cinco diarios a elección de los actores damnificados, a costadel infractor.

E. Estados Unidos: El Napster:

68. El Napster es un sitio organizado por Napster Inc. sobre la base de crear un programa que permite conectar a quienes lo visitan con archivos MP3. Las funciones del Napster actúan como un servicio gratuito de información que opera como un motor de búsqueda. El usuario que se conecta al Napster puede utilizar una “lista caliente” (“hotlist”) que permite al usuario buscar a otros usuarios que tienen disponible en el archivo de MP3 el fonograma que desea “bajar” el visitante. Napster populariza sus sitios sosteniendo que ofrecía “un regreso a

la idea original de compartir información a través de sus usuarios”. En realidad, lo que ofrecía es el acceso gratuito a sitios piratas.

69. Paradójicamente la empresa Napster fue muy celosa con sus derechos de propiedad intelectual cuando la banda de rock Offspring empezó a vender camisetas con el logotipo Napster y se negó a compartir información técnica relacionado con su software, lo que dio origen a una nota periodística con el irónico título “Compartir, sí, pero no lo mío”.

70. La RIAA y la popular banda Metallica iniciaron acciones judiciales contra el Napster. El caso fue resuelto por la Jueza del Distrito de California Marilyn Hall Patel cuyo juicio estuvo claro que los millones de usuarios del Napster no se dedicaban solamente a intercambiar sus piezas musicales favoritas. “Cuando la infracción alcanzó una magnitud mayor a la de los demandantes tienen derecho a reclamar sus derechos de autor” expresó la Jueza después de una audiencia de más de dos horas en la Corte de San Francisco ordenando el 27 de julio de 2000 detener el intercambio de materiales protegidos por derechos de autor, resolución que la Cámara de Apelaciones dejó en suspenso por el plazo necesario para escuchar los argumentos de la defensa en esta instancia.

71. Alguien señaló, no sin razón que el brazo cortado de la ley había alcanzado al Napster por que operaba en un país donde el derecho de autor se respeta y las leyes se cumplen.

F. Estados Unidos: El caso “Scour” (julio 19 de 2000):

72. En estas cosas una tecnología más avanzada determinó que las organizaciones representantes de los productores cinematográficos (MPAA), de los productores fonográficos (RIAA) y de los editores musicales (NMPA) iniciaran un juicio solicitando medidas precautorias y la reparación de daños y perjuicios por la piratería de sus obras imputada a la acción de Scour Inc. A través de su Scour Exchange (o SX), un servicio informático que permite compartir archivos, Scour permite y estimula a sus usuarios a encontrar y bajar archivos que contienen películas cinematográficas, fonogramas y obras musicales y reproducirlos en el disco rígido de los usuarios. Se señaló que a partir de que Scour introdujo el servicio SX en su sitio el número de visitantes aumentó de doscientos cuarenta y dos mil a cuatrocientos cuarenta y tres mil visitas mensuales. Todo el negocio de Scour y sus beneficios se construye a través de una masiva y diaria infracción de los derechos intelectuales de los productores cinematográficos, fonográficos y de los autores. No tenemos noticias del resultado de esta acción.

G. Datafull: Argentina:

73. El domingo 4 de junio de 2000 la sección Espectáculos del Diario La Nación anunció espectacularmente “Internet cambia las reglas de juego: **El disco estalla en la red**”: los nuevos programas que permiten el libre intercambio de archivos musicales en la red, directamente del computador al computador ponen en jaque a la industria discográfica. En un reportaje especial, con fotografías un conocido hombre de espectáculo y un programador anunciaban el hallazgo del MP3 solidario diciendo que era “un buscador que se conecta con las computadoras de personas de cualquier parte del mundo y se fija que tiene. No tenés que instalar ningún programa. Podés ser un burro y escribir “Beatles” te aparece un montón de personas que tienen Beatles en cualquier parte del mundo”. El programa se denominaba “MP Trez” (Trez: significa tecnología a porrastre de eventos zonales). El sitio ofrecía un listado de los “Top Ten”, es decir los diez temas más buscados por los visitantes de MP Trez, que por supuesto contenía publicidad que lo financiaba.

74. Los abogados de la industria en la Argentina prepararon una medida precautoria y preconstituyeron la prueba ante un notario público ubicando varios sistemas nacionales y extranjeros de los “Top Ten”, bajándolos y reproduciéndolos en un CD R operación que no llevó más de una hora para varios sistemas.
75. El problema fue comunicado a la Sociedad de Autores SADAIC la que decidió solidarizarse con la industria ante el despojo de la música a sus asociados y a los autores de las sociedades representadas. Es de hacer notar que mientras Datafull contestó de manera despectiva la intimación que le formuló la industria de cesar en la “puesta a disposición de los fonogramas”, cuando recibió la intimación de SADAIC decidió inmediatamente levantar el servicio de MP3 y negociar con la industria una alternativa legítima de difusión de fonogramas en su sitio.
76. Las enseñanzas del caso argentino que nos diferencian mucho de los antecedentes citados son que; en primer lugar, aún frente a la novedad de la infracción, la vieja ley de propiedad intelectual de 1933 permitió a los titulares, “disponer” que los fonogramas y las obras musicales no se ofrecieran para ser intercambiadas, y, en segundo término, tanto más importante que la solidaridad de los titulares de los derechos intelectuales es hoy más que nunca imprescindible para responder a los nuevos desafíos que crea la tecnología, tanto para procurar las reformas legislativas necesarias para el futuro, como para aplicar hoy las normas dictadas para un mundo real, que cuando son sabias, alcanzan al mundo virtual.

[Fin del documento]