

OMPI/DA/MEX/2/05/1

ORIGINAL: Español

FECHA: 15 de noviembre de 2005



INSTITUTO MEXICANO DE  
LA PROPIEDAD INDUSTRIAL



ORGANIZACIÓN MUNDIAL  
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



INSTITUTO DE LA  
JUDICATURA FEDERAL (IJF)

## SEMINARIO SOBRE DELITOS EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

organizado por  
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

en cooperación con  
el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)

y  
el Instituto de la Judicatura Federal (IJF)

**México D.F., 28 a 30 de noviembre de 2005**

DERECHOS DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y LA PIRATERÍA

*preparado por el Sr. Miguel Ángel Emery, Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad San Andrés y Universidad de Palermo, Buenos Aires*

## INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual sobre las obras literarias se originó en el Copyright Bill de la Reina Ana en 1709. Fue una reacción a la tecnología de la imprenta que permitía la multiplicación de las copias de “obras útiles” y para estimular su producción se concedió a los autores un derecho exclusivo de publicar sus libros por 14 años y a los editores un monopolio por 21 años. En el Copyright, desde su origen, se protegió a los autores y a las industrias culturales.

Hasta la invención del fonógrafo en 1888, la música reproducida en partituras sólo podía ser gozada por quienes estuvieran presentes en su ejecución.

La música es una de las manifestaciones más importantes de las bellas artes: descansa, acompaña o eleva el espíritu.

A partir de su grabación y reproducción dejó de ser el privilegio de aquellos que coincidían en el tiempo y espacio con su ejecución, respondiendo a su vocación universal está al alcance de todos en el tiempo y lugar en que nos dispusiéramos a escucharla. La grabación permitió preservar las expresiones culturales nacionales y las interpretaciones de los artistas en el mejor momento de sus carreras, y constituye un segmento importante de la identidad cultural de nuestros pueblos. En esto consiste el mayor aporte de la industria fonográfica a la cultura.

La nueva tecnología de la grabación exigió adaptar las leyes de protección de los derechos intelectuales, para incorporar a la grabación sonora como bien protegido. En las primeras grabaciones eléctricas, el aporte artístico en la fijación de sonidos era mínimo, por ello se entendió que la grabación sonora era una forma de edición mecánica de la obra musical y que el grabador/reproductor era simplemente un editor de la obra musical y no tenía como tal derechos intelectuales propios mas que aquellos que le cedieran los autores.

La grabación fonoeléctrica vino a alterar esta visión y entonces debió otorgarse al autor de la fijación de los sonidos derechos intelectuales propios, a semejanza de los que gozan fotógrafos que fijan imágenes y los colaboradores de las obras cinematográficas donde se fijan imágenes y sonidos.

Los países anglosajones herederos del sistema del Copyright o aquellos como España, Portugal o Argentina, cuyas leyes mantienen la teoría de la “propiedad intelectual”, o sea un derecho real sobre un bien inmaterial, no tuvieron inconvenientes en extender el “Copyright” o la “propiedad intelectual” a los productores de fonogramas sobre sus fonogramas de rango y alcance similar al que se concede a los autores y productores de otras expresiones del espíritu.

## CONVENCIONES INTERNACIONALES

Los países del sistema continental o franco germánico, que habían considerado al productor como editor, tuvieron dificultades en ubicar la protección de los fonogramas en sus sistemas de derecho de autor, dificultad que más que técnica-jurídica fue política porque si los artistas y los productores obtenían derechos intelectuales semejantes a los de los autores competirían con estos en la cobranza de los derechos de ejecución pública, a lo que las sociedades de gestión autorales se opusieron hasta 1960, fecha en que se adoptó la Convención de Roma, a la que México adhirió con vigencia a partir del 18 de mayo de 1964, donde se estableció que los derechos mínimos que debían otorgarse a los productores de fonogramas era el de “autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas” (Art. 10), derecho autónomo esencial para luchar contra la piratería (copias ilícitas).

El difícil compromiso entre los países del Copyright / propiedad intelectual y los del sistema continental instrumentado en Roma se advierte en la deficiente definición de fonograma del artículo 3° b): FONOGRAMA: “Toda fijación de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”. No es necesario un análisis muy profundo para criticar esta definición, máxime cuando esta conversación versa sobre piratería donde el bien inmaterial que protege la ley son los sonidos resultantes de la fijación de las ejecuciones de una obra musical. Los “*sound recordings*” o sonidos grabados, como con propiedad denomina a los fonogramas la Copyright Act de los Estados Unidos, y que se definen como “obras que resultan de la fijación de una serie de sonidos musicales, palabras u otros sonidos”. La definición del Copyright Act es más adecuada, por cuanto en ella se refleja que la fijación definitiva de un fonograma comercial es el resultado de la combinación de varias fijaciones: cuerdas, vientos, voces, mezclados en la consola y no de una “primera fijación” de una ejecución.

Entre 1960 y 1970 estallan los efectos de otra “nueva” (en ese entonces) tecnología, la que permitió reproducir los sonidos de un disco de vinilo en un cassette o pasarlos de un cassette a otro cassette.

La reacción del derecho frente a esta tecnología fue el Convenio de Fonogramas al que México accedió el 21 de diciembre de 1973, cuyo prólogo ha mantenido actualidad a través de todos estos años: “Los estados contratantes, preocupados por la extensión e incremento de la reproducción no autorizada de fonogramas y por el perjuicio resultante para los intereses de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Convencidos de que la protección de los productores de fonogramas contra los actos referidos beneficiará también a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los autores cuyas interpretaciones y obras están grabadas en dichos fonogramas.”

Lo que no se dijo en el prólogo, pero que también tiene terrible actualidad, es que lo que más preocupa a los estados es la pérdida de los impuestos (IVA y ganancias), el cierre de fábricas, la pérdida de puestos de trabajo en las industrias lícitas, a lo que me referiré más adelante al tratar la importancia del fonograma, bien jurídico protegido, en la economía de México.

El Convenio de Fonogramas es muy sencillo, los Estados Contratantes se obligan a proteger los derechos intelectuales a los productores de fonogramas concediéndoles un derecho de autor u un derecho específico (conexo), combinado con sanciones penales para quien reproduzca con fin de lucro un fonograma comercial.

Para facilitar la protección internacional inspirada en el art. III de la Convención Universal en su art. 5° establece que se presuponen cumplidas las formalidades si el fonograma lleva en su estuche el símbolo (P) acompañado por el año de la primera publicación y el nombre o marca del productor. El artículo 132 de la Ley Federal de Derecho de Autor (en adelante, LFDA) ha incorporado el requisito convencional al derecho interno mexicano, convirtiéndolo en una obligación de los productores de este país, asegurando así que los fonogramas aquí producidos cumplan con la formalidad que habilita su protección internacional.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdos ADPIC o TRIPS) hacen obligatorio para todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) legislar que “Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas” (Art. 14.2). El Art. 41.1 establece que “Los miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora... con inclusión de recurso ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones”. El Art. 50, referido a las medidas provisionales, faculta a los jueces “...para ordenar la adopción de medidas provisionales, rápidas y eficaces destinadas a evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual”.

Los Tratados de la OMPI de 1996, ratificados en noviembre de 1999, en primer lugar han clarificado la definición de “fonograma”, actualizándola en la declaración concertada respecto del Art. 3.2 del WPPT “Queda entendido, para la aplicación del Artículo 3.2, que por fijación se entiende la finalización de la cinta matriz (“Bande-mère)”. Es de mayor importancia resaltar que los Tratados han extendido la protección del campo analógico a las redes digitales como Internet. La declaración concertada del art. 1.4 del WCT indica que “el derecho de reproducción... es totalmente aplicable en el entorno digital, en particular a la utilización de las obras en forma digital. Quedan entendido que el almacenamiento en forma digital de un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción...”. A su vez, los arts. 7 y 11 del WPPT otorgan a los artistas y a los productores de fonogramas el derecho de reproducción, directa o indirecta, de sus interpretaciones fijadas o de sus fonogramas. Por otra parte, los arts. 18 y 19 del WPPT contienen disposiciones programáticas, tal como las tiene el Convenio de Fonogramas, pero en este caso creando a los Estados obligaciones relativas a dar protección jurídica y recursos contra la acción de eludir medidas tecnológicas incorporadas para la protección de los fonogramas y contra cualquier supresión o alteración de las informaciones electrónicas sobre la gestión de los derechos de los artistas y productores.

## LA PIRATERÍA FONOGRAFICA. CARACTERÍSTICAS PARA SU TIPIFICACIÓN PENAL

El pirata fonográfico reproduce el sonido de la fijación, no necesita robar la matriz o fijación, le basta captar el sonido desde un disco, de la radio o bajar un formato MP3 de Internet, la piratería se comete por la apropiación del bien inmaterial aunque la fijación (matriz) permanezca encerrada bajo siete llaves en la caja fuerte del productor.

La piratería fonográfica, tradicional o en el Internet, es de comisión pacífica, no es necesario que el delincuente recurra a métodos violentos, le basta ejercer el derecho que es de otro... De hecho, mercados y vendedores callejeros ofrecen copias piratas de los CDs que se han reproducido sin que para este verdadero hurto de propiedad intelectual sea necesario ejercer violencia alguna sobre su titular.

Hay desconexión entre la voluntad del transgresor y del titular de la propiedad intelectual: No se trata de una forma de defraudación, no media ardid o engaño entre los vendedores callejeros y los productores no media contacto alguno. Esto debe tenerse presente porque en muchas normas penales de nuestra región en materia de propiedad intelectual, patentes, marcas, diseños industriales o derechos de autor se usa la palabra “defraudación” para configurar el delito, lo que introduce confusión en los jueces penales ya que si no advierten que el término “defraudación” está utilizado en un sentido amplio y genérico como sinónimo de todo tipo de daño causado a un tercero, no encontrarán nunca en los ilícitos contra la propiedad intelectual el ardid o engaño propio de la figura penal de la defraudación.

No hay apoderamiento o traslación: Como se trata de la reproducción de un bien inmaterial (el sonido grabado) no hay apropiación, por cuanto esta debe recaer en cosas materiales en el sentido de la legislación civil. No es necesario, como se explicó, apoderarse de la matriz (fijación), basta reproducir el sonido.

Dolo: Se trata siempre de un delito doloso, no cabe las formas culposas. En el caso de mi compra de esta mañana debemos distinguir entre el dolo del delincuente o de la organización criminal que reproduce los discos en escala industrial del dolo del comerciante que bien puede representarse por el precio y la falta de facturas que está adquiriendo para su venta, y si aun así asumen el riesgo adquiriéndolos y poniéndolos a la venta en su comercio. El distribuidor o vendedor callejero pirata incurre en lo que la doctrina define como “dolo eventual”, es decir, la representación del autor de la realización del tipo – posibilidad, asumiéndolo en el caso de perpetrarse.

## LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA PARA LA ECONOMÍA DE MÉXICO

La industria de la música es, dentro de las industrias protegidas por el derecho de autor (IPDA), la de mayor impacto económico. La contribución de las industrias culturales a la economía mexicana fue en el año 2003 del 6,7% del PIB. De ellos, la música aporta 2,6%, prácticamente el doble del aporte de las industrias que le siguen en importancia, como el cine y la

editorial (1,4% y 1,3% respectivamente). También cabe señalar que el elemento musical es indispensable en otras actividades culturales de significación económica, como la ópera, el teatro, los centros de entretenimiento, etc. (Fuente: “¿Cuánto vale la cultura? – Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México” Ernesto Piedras, 2004).

La industria de la música ha representado en México un importante papel cultural y económico. En mi juventud fui particularmente sensible a las inolvidables creaciones del maestro Cantoral, José Alfredo Jiménez y Agustín Lara, que la industria fonográfica divulgó por toda Latinoamérica. México llega a estar entre los ocho principales productores de material fonográfico del mundo. Hoy la popularidad de Luis Miguel interpretando obras mexicanas es uno de los fenómenos discográficos de nuestra región. La banda musical de la telenovela “Rebelde”, se ha difundido por todo el continente y seguramente pronto serán populares en la Argentina Yuridia y Belinda.

La producción y puesta en el comercio de un disco involucra varias fases: la creación de las obras por el compositor y el autor; la selección de las obras y del intérprete que las ejecutará a cargo del productor; la labor artística y técnica de fijar los sonidos en el estudio de grabación; la fabricación de CDs y casetes; su promoción, publicidad y marketing. Todo ello requiere una importante inversión que incluye tanto el capital físico como el capital humano. A lo que cabe agregar que la particular característica del consumo de la música hace que no sea posible predecir cuándo una obra y un artista tendrán éxito, y que es la obra de éxito la que debe soportar, junto con sus costos fijos, los costos de aquellos fonogramas que por no haber tenido éxito no amortizan la inversión.

El total de unidades vendidas en México durante el año 2004 fue de 56.3 millones y el nivel calculado de piratería ascendió el año pasado a un 59,8%. El precio promedio de un disco legítimo es alrededor de \$50, o sea U\$S 4,51. Los piratas ofrecen veinte canciones por U\$S 1 y discos MP3 con ochenta canciones por U\$S 3.

El pirata no realiza inversiones, no tiene fracasos ya que sólo copia lo que tiene éxito, no paga derechos de autor ni impuestos.

El autor y el compositor se asocian con el éxito de sus ventas, recibiendo un porcentaje de las ventas legítimas que se conoce como “derechos fonomecánicos”. Por otra parte, cuando los discos se ejecutan en bares, clubes, eventos, fiestas, tiendas, supermercados, etc., recibe “derechos de comunicación pública”. En el año 2000, los autores recibían, de un total de \$ 63 millones, \$61 millones por derechos fonomecánicos nacionales y se giraban al extranjero \$ 2 millones. En el año 2001, los autores recibían, de un total de \$ 55 millones, \$33 millones por derechos fonomecánicos nacionales y se giraban al extranjero \$ 22 millones. En el año 2002, los autores recibían, de un total de \$ 38 millones, \$18 millones por derechos fonomecánicos nacionales y se giraban al extranjero \$ 20 millones. En el año 2003, los autores recibían, de un total de \$ 37 millones, \$17 millones por derechos fonomecánicos nacionales y se giraban al extranjero \$ 20 millones.

Esta estadística demuestra dos nefastas consecuencias de la piratería: a) el desaliento y la destrucción de la industria fonográfica nacional; y b) un verdadero atentado a la cultura nacional, ya que el productor carece de incentivo para invertir en obras y artistas mexicanos. Si no tiene éxito, soporta la pérdida; si lo tiene, pierde alrededor del 60% las ventas en manos de los piratas. El productor nacional se refugia en los éxitos extranjeros, donde conoce con seguridad cuál obra fonográfica va a ser vendida.

Según la misma fuente, el número de tiendas de música ha caído un 50% en los últimos cinco años a menos de 1.000 en todo México. Las publicaciones de discos han bajado en un 30% y la industria ha despedido 1/3 de sus empleados. Se calculó que en el año 2003, la industria discográfica perdió alrededor de 390 millones de dólares como consecuencia de venta de discos ilegales y que la hacienda pública dejó de percibir 105 millones de dólares por evasión de impuestos.

La música mexicana es claramente un sector de actividad económica en que históricamente el país ha tenido ventajas comparativas y competitivas respecto de otras actividades y otros países. La piratería tradicional y el moderno intercambio de archivos en Internet a partir del desarrollo del formato MP3, son un cáncer que corroe una de las actividades más consustanciadas con el ser cultural mexicano.

La piratería se exterioriza a través de un humilde vendedor callejero. Sin embargo, este vendedor constituye el último segmento de la cadena del fraude intelectual, deliberadamente exhibe una fachada de pobreza que alimenta un sentimiento compasivo, sin embargo se esfuerza mucho menos que una maestra, un agricultor o un charro en las tareas rurales. Detrás de los vendedores callejeros, está el crimen organizado, los fabricantes piratas o minoristas, y los intermediarios de la cadena comercial ilícita.

Uno de los más insondables misterios del negocio discográfico es el "hit", esa mezcla de talento, química con el público, oportunidad y suerte que determina el éxito. Cuántos artistas habrá lanzado un productor mexicano para llegar a un éxito, pero a los fracasos nadie los piratea, cuando se obtiene un éxito más del 80% de los discos que se venden son piratas. Un éxito local que debe pagar derechos de autor, regalías a intérpretes, gastos de grabación y de marketing debe enfrentar la desleal competencia de la piratería, que no tiene esos costos ni paga impuestos, con semejante competencia el panorama de los productores fonográficos mexicanos se hace muy difícil.

## LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La protección del derecho autoral tiene jerarquía constitucional a través del art. 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Art. 131 de la Ley Federal de Derecho de Autor concede a los productores de fonogramas derechos exclusivos a autorizar o prohibir: I.- La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos;

II.- La importación de copias de fonogramas hechas sin la autorización del productor; III.- La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones; IV.- La adaptación o transformación del fonograma.

Esta protección se concede por 75 años a partir de la primera fijación de los sonidos de un fonograma.

La piratería fonográfica constituye una infracción en materia de comercio, ya que “Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto: III.- Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley” (Art. 231 LFDA).

El Código Penal Federal impone graves sanciones a la piratería fonográfica, imponiendo prisión de tres a diez años y multa. “Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos a veinte mil días multa: I.- “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.” “Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior...” (Art. 424 Bis).

También es importante la pena para el vendedor callejero, ya que “Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, a quien venda a cualquier consumidor final en vías y lugares públicos, en forma dolosa, con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior” (Art. 242 ter.)

El Código Federal de Procedimientos Penales califica como “delitos graves” los previstos en el Art. 424 Bis del Código Penal, por considerar que afectan “...de manera importante valores fundamentales de la sociedad” y por lo tanto el juez en lo criminal que reciba una solicitud de “cateo” por parte del agente del Ministerio Público debe resolver la procedencia de la medida dentro de las 48 horas de presentada.

En el año 2004, se incluyó a la piratería en la Ley de Delincuencia Organizada, junto al terrorismo, secuestro, narcotráfico y lavado de dinero, lo que implica un incremento de las penas de prisión hasta dieciséis años para los cabecillas u organizadores de las organizaciones criminales vinculadas a la piratería.

Estas normas implican una toma de conciencia del legislador mexicano de la importancia del bien jurídico protegido: la música, emanación telúrica y sublime del espíritu mexicano. A las sociedades autorales de intérpretes y productores fonográficos corresponde la iniciativa para gestionar las medidas precautorias y perseguir por querrela a quienes depredan la cultura.

## LA PIRATERÍA EN INTERNET. LOS CASOS NAPSTER Y GROKSTER

A fin de implementar los nuevos Tratados de la OMPI, en Estados Unidos de Norteamérica se dictó en 1998 la Digital Millenium Act que regula en forma detallada la forma de hacer cumplir las disposiciones del Copyright Act en Internet.

Entre el 2001 (Napster) y el 2005 (Grokster), los tribunales americanos aplicaron el Copyright Act al intercambio ilegal en la red de archivos protegidos por el derecho de autor.

El Tribunal Federal de San Francisco confirmó una medida precautoria dictada en primera instancia, ordenando a Napster cesar en el servicio de intercambio de archivos musicales por entender: a) que los usuarios de Napster están involucrados en infringir el copyright de las compañías fonográficas, de los autores y de los editores; b) que se trataba de una acción intencional, o sea dolosa, para violar derechos intelectuales; c) que la facilitación mediante un buscador central del intercambio de archivos permitía sostener que Napster incurrió en responsabilidad legal objetiva por violación del Copyright de los productores, de los artistas y de los autores. Esta medida judicial llevó a la ruina económica a la empresa Napster, pero no puso límite a la imaginación de los programadores que se volcaron al desarrollo de aplicaciones que permitieran prescindir de un servidor centralizado, lo que es conocido como las redes P2P, cuyos exponentes más destacados son los intercambios de archivos Morpheus y Kazaa.

Ello impulsó a las empresas titulares del Copyright a iniciar acciones judiciales contra Grokster. En primera instancia, se consideró que como los programas podían ser utilizados para usos sustanciales no infractores (como la utilización de obras en dominio público) se aplicaba el precedente de Sony relativo a la licitud de las videograbadoras (time shifting). En marzo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos entendió que ese criterio del tribunal inferior era equivocado porque de acuerdo con una investigación de mercado presentada en el juicio, el 90% de los archivos intercambiados mediante el uso de los programas Grokster y Morpheus eran creaciones protegidas por el derecho de autor y que las compañías responsables por la distribución de estos programas (Streamcast y Grokster), con conocimiento de ese hecho, desarrollaron una serie de acciones encaminadas a promover la infracción de los derechos de propiedad intelectual y que ese hecho, unido a la distribución del software, configura una conducta violatoria de tales derechos.

La exposición detallada de los fallos americanos excede el marco y el tiempo de esta conferencia, por lo que los incorporo como Anexo II.

## CONCLUSIÓN

El panorama puede parecer desalentador, pero los fiscales, jueces y abogados presentes en esta sala demuestran que sigue viva una llamita de esperanza en la conciencia de muchos. No pueden derrotarlos en esta lucha, no están en juego los beneficios de algunas empresas locales o la preservación de intereses de empresas multinacionales, lo que puede perderse es algo mucho más importante: la preservación del talento y el incentivo para la creación de la música mexicana,

elemento indispensable para que la cultura de este querido país no quede sumergida en la globalización y mantenga su impronta, talentosa y orgullosa.

Agradezco a la OMPI y al Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual haber organizado este evento, participando del esfuerzo de **CONCIENTIZACIÓN, PRERREQUISITO INDISPENSABLE** de toda posibilidad de éxito para preservar el incentivo para el esfuerzo de la búsqueda y difusión de talentos mexicanos en la creación e interpretación de sus expresiones culturales.

[Sigue el Anexo I]

ANEXO I

**DERECHOS DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS**

A continuación se presenta una relación de los artículos contenidos en diversos ordenamientos jurídicos que se refieren a los productores de fonogramas, contemplando el fundamento constitucional de la materia Derecho de Autor, definiciones, los derechos que les asisten, las sanciones administrativas y penales, así como las disposiciones legales emanadas de los tratados internacionales analizados relativos al tema y de los cuales México forma parte:

**I.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Art. 28.-...En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las Leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

Párrafo octavo: (Que contiene excepciones).

Tampoco constituyen monopolio los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y las que para su uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

**II- LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR**

**1. - DEFINICIONES:**

**A) FONOGRAMA:**

Art. 121. - Fonograma es toda fijación, exclusivamente sonora, de los sonidos de una interpretación, ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos.

**B) PRODUCTOR DE FONOGRAMAS:**

Art., 130. - Productor de fonogramas es la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas

**2) DERECHOS:**

Art. 131. - Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir:

I.- La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos.

II.- La importación de copias de fonogramas hechas sin la autorización del productor.-

111. - La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones

IV.- La adaptación o transformación del fonograma, y

V.- El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieran reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.

Art. 131 bis: - Los productores de fonogramas tienen el derecho a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.

Art. 133. - Una vez que un fonograma haya sido introducido legalmente a cualquier circuito comercial, ni los artistas intérpretes o ejecutantes, ni los productores de fonogramas podrán oponerse a su comunicación directa al público, siempre y cuando los usuarios que lo utilicen con fines de lucro efectúen el pago correspondiente a aquellos. A falta de acuerdo entre las partes, el pago de derechos se efectuará por partes iguales.

### **3) ACREDITACION Y PRESUNCION DE LA TITULARIDAD:**

Art. 132. - Los fonogramas deberán ostentar el símbolo (P) acompañado de la indicación del año en que se haya realizado la primera publicación.

La omisión de estos requisitos no implica la pérdida de los derechos que corresponden al productor pero lo sujeta a las sanciones establecidas por la Ley.

Se presumirá salvo prueba en contrario, que es Productor de Fonogramas, la persona física o moral cuyo nombre aparezca indicado en los ejemplares legítimos, precedido "P" encerrada en un círculo y seguido del año de la primera publicación.

### **4) DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN:**

Art.- 134. - La protección a que se refiere este Capítulo será de setenta y cinco años, a partir de la primera fijación de los sonidos en el fonograma.

### **5) REPARACIÓN DEL DAÑO: .**

Art.- 216 bis.- La reparación del daño material y/o moral, así como la indemnización por daños y perjuicios por violación a los derechos que confiere esta Ley en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público del producto original o de la prestación original

de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por esta Ley

El juez con audiencia de peritos fijará el importe de la reparación del daño o la indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en que no sea posible su determinación conforme al párrafo anterior.

Para los efectos de este Artículo se entiende por daño moral el que ocasione la violación a cualquiera de los derechos contemplados en las Fracciones I, II, III, IV y VI del Artículo 21 de esta Ley.

## **6) INFRACCIONES EN MATERIA DE COMERCIO:**

Art. 231. - Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

III.- Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley.

Art.- 232. - Las infracciones en materia de comercio previstas en la presente Ley serán sancionadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa:

1. - De cinco mil hasta diez mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones I, III, IV, V, VII, VIII Y IX del artículo anterior.

## **III- CODIGO PENAL FEDERAL.**

### **1. - CONDUCTAS Y SANCIONES:**

Art.- 424 bis.- Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos a veinte mil días multa:

I.- “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o

II.-...

Art.- 424 ter.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, a quien venda a cualquier consumidor final en vías y lugares públicos, en forma dolosa,

con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior.

## **2.- PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS.**

Art.- 429 Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de parte ofendida, salvo el caso previsto en el artículo 424, fracción I, que será perseguido de oficio. En el caso de que los derechos de autor hayan entrado al dominio público, la querrela la formulará la Secretaría de Educación Pública, considerándose como parte ofendida.

## **IV.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

Art.- 194. - Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 bis.

## **V.- LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.**

Art.- 2º. Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho como miembros de la delincuencia organizada:

I.- Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 196, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; y el **previsto en el artículo 424 bis**, todos del Código Penal Federal.

[Sigue el Anexo II]

## ANEXO II

**Evolución de la Tecnología y de la Jurisprudencia Norteamericana**  
**en la distribución no autorizada de contenidos protegidos por la**  
**Propiedad Intelectual**  
**Los casos Napster, Verizon y Grokster**

Desde su primer reconocimiento normativo en el Copyright Bill de la Reina Ana de 1709, los derechos de propiedad intelectual sobre las obras y producciones protegidas por el derecho de autor, constituyeron una siempre tardía reacción del derecho a las nuevas tecnologías, desde que fue la invención de la imprenta de tipos móviles de Gutemberg la que posibilitó la impresión y circulación irrestricta de copias de obras literarias, didácticas o científicas que hasta ese momento eran patrimonio exclusivo de bibliotecas y monasterios.

La tecnología digital tuvo sobre las obras protegidas un impacto semejante. Una vez que se ha digitalizado una obra, se puede realizar un número infinito de copias a muy bajo costo, cada copia será de la misma calidad que el original, incluso el material puede ser editado o modificado, resultando muy difícil descubrir la copia ilegal. Con el advenimiento de Internet, estas copias baratas que son idénticas a su original, pueden distribuirse anónimamente en grandes cantidades alrededor del mundo por infractores que no tienen miedo a ser atrapados o enfrentar cualquier castigo.

Dado que el desarrollo implica la aplicación de normas del derecho norteamericano, entiendo útil recordar que la prioridad que tiene la propiedad intelectual en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, cuyo art. 1º en su párrafo octavo da al Congreso el poder de *“Promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, confiriendo a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus escritos y sus invenciones”*, norma constitucional que al establecer igual grado de prioridad a los derechos de autor y a las innovaciones tecnológicas lleva implícita necesidad de compatibilizarlas, en los supuestos donde entran en conflicto, como son los casos “Sony” y “Metro-Goldwyn-Mayer” que se analizarán en este trabajo.

En cuanto a los fonogramas cuyo intercambio facilitaban con distintas tecnologías Napster, Grokster y StreamCast, el Copyright Act de los Estados Unidos los conoce como “sound recordings” (sonidos grabados) y los define como *“Obras que resultan de la fijación de una serie de sonidos musicales, palabras u otros sonidos”* (Secc 102, a, 7, USA-25).

Cabe señalar que los primeros instrumentos internacionales que contempló explícitamente una “agenda tecnológica” fueron los tratados de la OMPI de 1976, ratificado por México. Con referencia al artículo 1.4 del Tratado sobre Derecho de Autor se estableció en la declaración concertada que constituye la interpretación consensuada del Tratado que *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna”*.

Después de adherir al convenio, los Estados Unidos dictaron la Digital Millennium Copyright Act de 1998, cuyo Título Primero está destinado a la implementación de los tratados de la OMPI reglamentando en forma detallada los derechos de los titulares del copyright en las redes de comunicación, y cuyo Título Segundo se dirige a las infracciones en línea que afectan a los derechos intelectuales de los titulares de los contenidos protegidos por el Copyright.

## **I. Estados Unidos: El Napster**

El Napster fue un sitio organizado por Napster Inc. sobre la base de crear un programa que permita conectar a quienes lo visitan con archivos MP3. Las funciones del Napster actuaban como un servicio gratuito de información a través de un servidor central que operaba como motor de búsqueda. El usuario que se conecta al Napster puede utilizar una “lista de éxitos” (“hot list”) que permite al usuario buscar a otros usuarios que tiene disponible en el archivo del MP3 la canción de éxito que desea “bajar” el visitante. Napster popularizaba su sitio 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. Desde su lanzamiento, en mayo de 1999, Napster tuvo un crecimiento veloz, según sus propias estimaciones la empresa tenía unos sesenta millones de usuarios al momento de dictarse y confirmarse la medida precautoria que ordenó cesar sus operaciones.

Paradójicamente, Napster como empresa 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 publicada con el irónico título “Compartir, si, pero no lo mío”, con clara alusión al dual enfoque empresario de Napster cuando la propiedad intelectual es ajena o cuando se trata de “su” marca o “su” software.

La RIAA y la popular banda Metallica solicitaron una medida precautoria contra el Napster. La medida fue concedida en primera instancia por la Jueza del Distrito de California Marilyn May Patel. El 27 de julio de 2000 ordenó detener intercambio de los contenidos protegidos por el derecho de autor, resolución a la que la Cámara de Apelaciones otorgó efecto suspensivo, confiriendo un plazo para escuchar, en segunda instancia, los argumentos de la defensa de Napster.

La empresa Webnoize que monitorea la economía digital estimó que alrededor de doscientos cincuenta millones de canciones fueron bajadas utilizando el Napster en el fin de semana previo a la resolución de la Cámara, un millón y medio de usuarios se conectaron o intentaron conectarse al sistema al mismo tiempo, frente a la posibilidad de que se confirmara la medida precautoria.

Con fecha 12 de febrero de 2001, la Cámara de Apelaciones de San Francisco confirmó la decisión de primera instancia, resolviendo que: “*NAPSTER debía cesar en el servicio de intercambio de archivos musicales*”, devolviendo los autos a primera instancia para que se hiciera efectiva la medida, condicionándola a que los actores identificaran las obras protegidas alcanzadas por la misma.

Los principales argumentos del Tribunal de Alzada pueden resumirse en los siguientes (Fuente: Alen N. Dixons, “Summary of Napster Opinión”, A&M Recors, Inc. v. Napster, Inc., No. 00-16401, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 12 February 2001):

- Los usuarios de Napster infringían los derechos de reproducción y distribución de los titulares de los sound recordings protegidos por el Copyright.
- El Tribunal desestimó la defensa basada en las limitaciones que establece el Copyright Act para el “uso honesto” (“fair use”) de las obras protegidas por el Copyright Act, dada la magnitud de la utilización no autorizada.
- Tener la posibilidad digital de realizar “bajadas” de contenidos protegidos gratuitamente en el sistema de NAPSTER, necesariamente afecta la posibilidad de que los titulares de derechos intelectuales obtengan una retribución por la utilización de los mismos. Estos fundamentos del fallo coinciden con la disposición del art. 9.2. del Convenido de Berna, ya que por su envergadura la infracción constituía un “*atentado a la explotación normal de la obra*”.
- Los usuarios de NAPSTER estaban involucrados en “utilización comercial” y no en “uso personal” de las obras musicales. “*Los usuarios del NAPSTER reciben gratuitamente algo que ellos, de ordinario, deberían comprar*”.
- El Tribunal de Alzada consideró acertados los fundamentos del Tribunal de primera instancia sobre la negativa incidencia sobre el presente y el futuro del mercado digital, al poner a disposición gratuitamente contenidos protegidos, razonamiento visionario, dado que al cierre de Napster aparecieron los software P2P de KAZAA, Grokster y StreamCast para permitir el mismo intercambio gratuito de archivos.
- Se rechazó la defensa de NAPSTER basado en el precedente “Sony” –que analizaremos al tratar el caso Grokster/StreamCast-, decidiendo que la puesta a disposición gratuita de contenidos protegidos por el “copyright” que hacía Napster no puede considerarse equivalente al “time shifting”, fundamento que utilizó la Corte para convalidar la legalidad de la tecnología incorporada a las videograbadoras.
- Con su conducta y con pleno conocimiento de las consecuencias, NAPSTER estimuló y facilitó las infracciones. Si un operador de un sistema de computación conoce que existe en su sistemamaterial específicamente infractor y no actúa para purgar ese material, está contribuyendo directa y voluntariamente con el infractor. NAPSTER proveía el sitio y facilitaba la infracción.
- NAPSTER podía encontrar el material infractor ubicado en sus índices de búsqueda y el derecho de impedir el acceso de los usuarios al sistema, y no lo hizo. Ignorar con un propósito de lucro, actos en infracción que pueden ser perfectamente detectados es una conducta ilícita que da lugar a responsabilidad.

## **II. El panorama Post-Napster. La medida de prueba anticipada. El caso Verizon.**

El caso NAPSTER permitió al Tribunal americano determinar que el sistema centralizado de intercambio de archivos contravenía las disposiciones de la Digital Millenium Act, dictada, como se ha dicho, a fin de actualizar la Copyright Act según las necesidades del mundo digital, conformándola a las obligaciones asumidas en los Tratados de la OMPI de 1996.

NAPSTER intentó legalizar su actividad, cobrando una regalía por las bajadas, pero no pudo competir con otros servicios gratuitos de bajada de archivos MP3 conocidos como “Punto a Punto” (P2P), cuyas más populares expresiones fueron KAZAA, Grokster y StreamCast.

Estos sitios difieren de NAPSTER en que no operan desde un servidor central. El sistema P2P permite que el péido de búsqueda de un usuario sea pasado de usuario a usuario en la red hasta que encuentra el archivo buscado. De esta manera, cuando un usuario busca recibir un archivo digital lo hace sin que esa información le sea buscada o provista por un ordenador que actúa como un motor de búsqueda.

Frente a estas nuevas tecnologías resultó imperioso a los titulares de los contenidos protegidos buscar la forma de poder identificar a los usuarios que utilizan este sistema de forma profesional, lo que dio origen al caso Recording Industry Association of America v. Verizon Internet Services, donde se intimó (bajo una “subpoena”) que el proveedor de servicios en línea (IPS) identificara a ciertos usuarios que, por la frecuencia de sus bajadas, eran sospechosos de estar involucrados en el intercambio P2P de “sound recordings”.

El tribunal de primera instancia consideró que el Art. 502 (h) de la Copyright Act, modificado por la DMCA, alcanza a aquellos que como Verizon prestan servicios de mera transmisión de comunicaciones. Verizon cuestionó la legalidad de la orden judicial que le ordenaba producir la información requerida, basando su cuestionamiento en argumentos procesales y constitucionales, vinculados estos últimos a la protección del derecho a la privacidad (intimidad) y a la libertad de intercambio de expresiones sin censura previa, valores constitucionales que consideró fundamentales para las comunicaciones en red.

La DMCA, por su parte, es regulatoria de otro derecho constitucional: “el copyright de los autores”. El fallo de primera instancia entendió –a mi juicio correctamente- que existiendo dos disposiciones constitucionales en pugna, debía aplicarse aquella que específicamente reglara la cuestión en pugna, en este caso la infracción a los derechos de autor.

Al revocar la medida preliminar, el Tribunal de Segunda Instancia no consideró el dilema constitucional. De los tres argumentos que presentó Verizon, recogió uno de carácter meramente procesal, entendiendo que la DMCA no autoriza la emisión de una orden (“subpoena”) a un proveedor de servicio de Internet que actúa solamente como un mero conductor de comunicaciones, en tanto la identificación de los usuarios constituiría una medida de prueba anticipada que no forma parte de un litigio en trámite, siendo por lo tanto improcedente (Conf. Lipszyc, Delia. “Nuevos Temas de Derecho de Autor”, Zavalía, pág. 401).

### III. Grokster y StreamCast

#### a) Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., et al vs. Grokster, Ltd. et al (Corte Suprema de los Estados Unidos N° 0480, 27 de junio de 2005).

El caso que comentamos englobó la demanda de varias compañías discográficas, productoras de cine y publicadoras de videojuegos. Entre los actores que se sumaron a la causa a favor de la industria se hallan los músicos Elvis Costello, Dido, Tom Jones, Diana Krall y Avril Lavigne. **En total fueron 50 demandantes** a las que también se añaden empresas de la talla de Intel, Yahoo y Apple.

En primera instancia no se consideró que los software Grokster y Morpheus distribuidos por Grokster y StreamCast, que permitían el intercambio de archivos P2P entre las computadoras de los usuarios, infringiesen las normas del copyright incluidas en el Copyright Act de los Estados Unidos de 1976.

En noviembre de 2004, un tribunal federal de San Francisco confirmó la sentencia de primera instancia, basándose en el antecedente de la Corte "Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417", e interpretando que aún cuando los usuarios de los softwares habían infringido los derechos intelectuales de los autores, la distribución de un producto susceptible de importantes usos legales no podía dar origen a responsabilidad por las infracciones de los usuarios a menos que el distribuidor tuviese un efectivo conocimiento de esas infracciones en casos específicos y no actuase para remediarlos. Al así hacerlo, citó que el Tribunal Supremo de Estados Unidos había resuelto en 1984 que "no se puede prohibir el desarrollo de una tecnología cuando existen usos legítimos para la misma y no puede considerarse culpable a una empresa por el uso ilegal que los usuarios le den a su tecnología". En el caso Sony se tuvo por probado que el principal uso de la video casetera VCR era permitir a los televidentes el acceso diferido de la programación ("time shifting") y que aunque la tecnología de VCR permitía reproducciones ilícitas y podía facilitar la comercialización de las mismas, ese no era su uso principal. El Tribunal de Apelaciones encontró que era de aplicación la doctrina Sony porque los demandados no tenían un efectivo conocimiento de las infracciones debido a arquitectura descentralizada del software.

El fallo del Tribunal de Apelaciones fue recurrido ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en el voto del Juez Soucer expresó que la cuestión a ser juzgada consistía en determinar si la aplicación extensiva del precedente Sony hecho en segunda instancia constituía o no una valoración excesiva de los preceptos constitucionales que estimulan la creación de nuevas tecnologías, y que la cuestión estaba centrada en la demostración que pudieran hacer los actores de que el principal objetivo del avance tecnológico era una actividad infractora.

La Corte encontró que las demandadas Grokster y StreamCast claramente desarrollaron una serie de pasos encaminados a promover la infracción de los derechos de propiedad intelectual y que ese hecho, unido a la distribución del software configura una conducta violatoria de tales derechos que genera responsabilidad.

Para considerar el caso, el Juez Soucer describió en forma detallada la forma de operación de los servicios de los demandados de acuerdo a lo que había resultado de la prueba producida en autos, que encontró reveladora de la forma en que operaban los software y del negocio que realizaban los demandados en base a las predilecciones de los usuarios. El software de Grokster se denomina también Grokster y emplea lo que se conoce como "FastTrack Technology" que es un protocolo desarrollado por terceros y de la cual Grokster tiene licencia. Streamcast distribuye un producto muy similar, salvo que su software, llamado Morpheus, se basa en lo que se conoce

como la tecnología Gnutella. Un usuario que baja e instala cualquiera de los dos software posee el protocolo para mandar pedidos por archivos directamente a las computadoras de terceros que estén usando software compatibles con FastTrack o Gnutella. En la red FastTrack abierta por el software Grokster el pedido de usuario se dirige a una determinada computadora con una capacidad de índices de búsqueda a través del software y de un designado “supernodo” o dirigirse a otra computadora que tenga un poder y capacidad comparables para recopilar índices temporarios de los archivos al alcance de las computadoras de los usuarios que se conectan al FastTrack. El “supernodo” o computadora de índices, busca en su propio índice y comunica el pedido de búsqueda a otros supernodos. Si se encuentra el archivo, el supernodo informa sobre su dirección al computador que lo solicita y el usuario peticionante puede bajar el archivo directamente del computador ubicado por el supernodo. El archivo copiado se coloca en un carpeta preseleccionada para compartir los contenidos (generalmente películas o fonogramas protegidos por el derecho de autor), a pedido de la computadora del usuario requirente, donde, a partir de esa bajada, se encuentra disponible por otros usuarios para bajarlo en el momento que así se lo requieran, junto con cualquier otro archivo que se encuentre en esa carpeta.

Como se ha dicho, estos sitios difieren de NAPSTER en que no operan desde un servidor central. El sistema P2P permite entonces que el pedido de búsqueda de un usuario sea pasado de usuario a usuario en la red hasta que encuentra el archivo buscado. De esta manera, cuando un usuario de Grokster o Morpheus busca recibir un archivo digital lo hace sin que esa información le sea buscada o provista por un ordenador controlado por Grokster o StreamCast.

La prueba de los actores, a juicio de la Corte, dio pábulo para estimar que la mayoría de los usuarios infringe sus derechos de reproducción. De ella resultó que se habían bajado más de 100 millones de copias de los softwares en cuestión y que ello determinó que se hubieran compartido mensualmente miles de millones de archivos a través de las redes FastTrack y Gnutella. El Tribunal encontró que la magnitud de la infracción era asombrosa al punto de causar vértigo.

Los expertos en estadística propuestos por los actores llegaron a la conclusión de que el 90% de los archivos que se intercambiaban correspondían a grabaciones sonoras o audiovisuales protegidas por el derecho de autor y que sólo un 10% se utilizaba para otros fines, como comunicaciones entre universidades y bibliotecas o intercambios de obras en el dominio público.

La Corte expresó que todo el caso se centraba en decidir cuál de los dos valores debía declararse preponderante: el estímulo del adelanto tecnológico o la protección del copyright. Entendió que en este caso, como nunca había sucedido en el pasado, la forma de distribución digital de los contenidos protegidos amenazaba a los titulares de los derechos intelectuales porque todas las copias eran idénticas al original y constituían una matriz para reproducciones clones del original y que por ende era procedente imponer responsabilidad no sólo a los usuarios infractores sino también a los distribuidores de los softwares, responsabilidad fundada en su potencial para usos ilícitos.

La Suprema Corte expresó que existen tres elementos que evidencian claramente la conducta ilícita de los demandados, y que la llevaron a declarar la preponderancia de los derechos de los actores:

1. Los actos fueron desarrollados en forma intencional para captar a los usuarios de NAPSTER

Los actores aportaron al expediente pruebas que demostraron exhaustivamente que en el momento en que Grokster y StreamCast comenzaron a distribuir su software libre, hicieron público su objetivo de que los usuarios los utilizaran para bajar obras protegidas y que ambos demandados promovieron activamente la infracción de los derechos intelectuales.

El programa OpenNap (Napster abierto) de StreamCast fue creado para ser compatible con el programa de Napster, y su objeto manifiesto era captar las direcciones de e-mail de los usuarios de Napster. El resultado de esa maniobra fue establecer una red OpenNap destinada a distribuir copias del programa Morpheus y estimular a los usuarios para utilizarlo. StreamCast difundía entre los anunciantes su potencial para captar a los usuarios de Napster y nuevos usuarios, creando así una empresa similar a la que fue Napster. Expresaba que como resultado de la medida precautoria dictada por el Tribunal de Apelaciones de San Francisco, Napster pronto iba a cobrar por la bajada de contenidos protegidos que OpenNap ofrecía gratuitamente. La intención de favorecer las infracciones resultaba además del hecho de que el material promocional de StreamCast mostraba cuarenta de los éxitos más famosos, obviamente protegidos por el derecho de autor, como ejemplo de la clase de archivos que Morpheus ponía a disposición de los usuarios.

El programa de Grokster se denominaba sugestivamente Swaptor (en referencia explícita al intercambio de archivos). Grokster insertó códigos digitales en su página web, de tal manera que un usuario que buscara Grokster mediante un motor de búsqueda se conectara directamente con Napster.

2. La omisión deliberada de no desarrollar ni implementar mecanismos tecnológicos de “filtrado” destinados a impedir o hacer disminuir el tráfico de archivos de contenidos protegidos por el derecho de autor

A pesar de los reclamos de los titulares, ni Grokster ni StreamCast impidieron a nadie continuar utilizando su software para compartir archivos.

Si bien la infracción al derecho de reproducción se realiza por cada usuario particular que reproduce en el disco rígido de su computadora el archivo intercambiado, los demandados no monitoreaban ni controlaban el uso de su software, no obstante que tenían la capacidad para hacerlo.

Esta omisión de actuar genera en el concepto de la Corte una responsabilidad a título de “contributory infringement”, responsabilidad que se genera cuando alguien conoce que se está cometiendo una infracción y no colabora materialmente para que ella no se perpetre.

3. El lucro manifiestamente obtenido por las demandadas en la distribución y promoción de su software, el cual se vio incrementado a medida que se incrementó el uso de dicho programa de computación.

La imputación de responsabilidad se perfecciona en cuanto los demandados, además de promover y facilitar las infracciones directas, lo hacen con el ánimo de obtener con ello un beneficio.

La Corte subrayó que StreamCast y Grokster obtenían un lucro directo mediante la venta de espacios de publicidad, haciendo que la publicidad apareciera en las pantallas de las computadoras que empleaban sus software.

**Conclusión:** La Corte anuló el fallo del tribunal de apelaciones y devolvió el expediente con el objeto de que se dicte nueva sentencia pero esta vez fundada al criterio establecido en su decisión.

[Fin del documento y de los Anexos]