

SOBRE LA TECNOLOGÍA DE COMPRESIÓN MP3 Y SU RELACIÓN CON DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: EL CASO NAPSTER

HUMBERTO ZUÑIGA SCHRODER

Abogado.

SUMARIO

- I. Introducción - II. Referencias generales sobre la explotación musical en Internet -
1. Sobre la Tecnología "MP3" - III. Napster y el caso de un monstruo - 1. Referencias Generales -
2. Surgimiento del Conflicto - IV. Acerca de las nuevas tecnologías y la vulneración
a los derechos de autor - 1. Breve referencia a la evolución del Derecho de Autor Musical. -
2. Problema en la calificación de los "Actos de Reproducción" - V. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Un reciente fallo judicial expedido por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en los EE.UU. ha causado revuelo tanto en la comunidad musical, como entre los usuarios de Internet. Napster, la gigantesca y controvertida red de intercambio de música mediante la utilización de la tecnología MP3, ha visto cuestionada su actividad a partir del mencionado pronunciamiento jurisdiccional, en el que no sólo se reconoce su participación en la violación a los derechos de autor de los titulares de obras musicales ilegítimamente reproducidas, sino también se cuestiona la indebida utilización, por parte de algunas personas, de la tecnología de compresión MP3, la cual permite "bajar" música de Internet para luego ser intercambiada.

Si bien dicho fallo ha sido celebrado por la RIAA (*Recording Industry Association of America*)¹, así como por grupos musicales y cantantes relacionados con la controversia, tales como Metallica y Dr. Dre (por sólo mencionar algunos), cabe señalarse que el mencionado pronunciamiento cuenta también con detractores (en especial, titulares de páginas web que ofrecen funciones similares, destacando entre ellos el mismo Napster), los cuales consideran que los consumidores tienen el derecho absoluto de crear y transferir música digital con propósitos no comerciales. El debate, como puede advertirse, es mucho más complejo de lo esbozado y día a día se recrudece; por ello, a partir del presente trabajo, se intentará graficar de manera puntual los principales argumentos que sustentan ambas posiciones, haciendo expresa mención a las normas de propiedad intelectual potencialmente infringidas por dicha controversia, sin olvidar detenernos en el análisis de la tecnología MP3 y sus alcances.

II. REFERENCIAS GENERALES SOBRE LA EXPLOTACIÓN MUSICAL EN INTERNET

1. Sobre la tecnología "MP3"

Como primer punto de aproximación al tema, consideramos necesario hacer una breve referencia acerca de la tecnología de compresión "MP3" utilizada de manera frecuente en la Red en los últimos años, lo cual requerirá a su vez hacer alusión a

¹ La RIAA es una entidad que representa a las compañías discográficas y que agrupa a A&M Records, Geffen Records, Interscope Records, Sony Music Entertainment, MCA Records, EMI, Atlantic Recording Corp, Island Records, Motown Record, Queen Record, Capitol Records, BMG Music, Universal Records, Elektra Entertainment, Arista Records, Polygram Records, Virgin America y a la Warner Bros.

conceptos estrictamente técnicos que intentaremos esbozar de la manera más clara y didáctica posible, con la finalidad no sólo de facilitar su comprensión, sino también para poder entender el contexto en el cual viene ocurriendo el problema que nos atañe.

La música en la Red es en gran medida sinónimo de MP3, concepto que tiene su origen en el *Moving Pictures Expert Group (MPEG layer)*, un consorcio industrial que desarrolla estándares de compresión de audio y video. La tercera generación del estándar MP (MP3), es un formato que comprime archivos de audio y video al mínimo posible sin disminuir la calidad de sonido, permitiendo por tanto una reproducción de muy buena calidad.² Dicha compresión resulta tan eficiente que, si su tema favorito tiene una extensión de 10 mega bites, el mismo podría reducirse gracias al MP3, a sólo 850 kilo bites, siendo posible almacenar alrededor de 300 canciones en un CD reescribible de computadora.³ Ello pues es razón suficiente para entender la enorme popularidad de dicho formato, habiéndose convertido en un lapso relativamente corto, en un *standard de facto* en Internet.

Cabe destacar que para algunos, la generalización del MP3 se debe a que resulta idóneo para comprimir e instalar música en Internet, encontrándose el usuario en la posibilidad de descargar los ficheros MP3 y reproducirlos, bien en la misma computadora, bien en terminales expresamente desarrollados para tal fin, y cuyo aspecto es similar al del clásico *walkman* para cintas analógicas ya que es igualmente portátil.⁴

Ahora bien, una interrogante que necesariamente surge hasta el momento es cómo se puede fabricar un archivo MP3. Ello es muy sencillo, requiriéndose únicamente dos programas: el llamado "descuartizador de CD's" ("*CD ripper*"), que transfiere el tema de un audio CD (o de cualquier otra fuente) a la computadora y la almacena como un archivo WAV (el formato musical básico de MS Windows). En segundo lugar, un codificador que generará el archivo MP3. Cabe señalarse que existe una cantidad de aplicaciones "shareware" disponibles en Internet para ambos pasos.⁵

Prosiguiendo con la explicación debemos precisar que, antes de bajar archivos, el usuario debe haberse agenciado de los medios para reproducirlos en su computadora. Puede escoger entre docenas de posibilidades. El reproductor más famoso entre el grupo estudiantil es el *WinAmp*, propiedad de America On Line. Este diminuto programa tiene muchos y muy útiles *plug-ins* pensados para que la computadora emita sonido *surround*, e incluso para programarla como un reloj despertador que lo saludaría cada mañana con sus canciones favoritas.⁶

Como siguiente punto, y dado que el usuario tiene ya los formatos de archivo y los reproductores, obviamente querrá encontrar algo de música. Esto es un poco más complicado de lo que parece. Cientos de sitios web contienen archivos gratuitos listos para ser bajados. Uno puede buscar el sitio por artista o por género, y también buscar las estaciones de radio *web* que transmiten la música que le gusta. *Real.com*,

² SALKINVER, Alex. "La gran fiebre del MP3 para bajar canciones de Internet", en "Business Week", Agosto de 2000. Año VI, Nº 71. Pág. 34

³ BOLF AUF DER MAUR, "Licenciamiento y pago de derechos de propiedad intelectual por interpretaciones musicales 'en vivo' por radiodifusión y por internet", en "Derecho de la Alta Tecnología", Buenos Aires, Estudio M&S, Año XI, Nº 120/127 febrero/marzo 1999.

⁴ En "Mundo Electrónico", Septiembre de 2000, Número 312, Barcelona, Cédica Boixareu Editores S.A. Pág. 78.

⁵ En <http://www.1011.com/3963>

por ejemplo, ofrece muchas características similares, pero su colección de música no es muy extensa, mientras que *Listen.com* proporciona canciones de muestra de sitios web reconocidos y también de los rincones oscuros de la Red.

Ahora bien, para escuchar un archivo MP3, luego de bajarlo, generalmente se hace un clic en el icono que se encuentra en el escritorio. Idealmente, el archivo comenzará a funcionar de modo automático, mediante el reproductor que haya elegido. De lo contrario, tendrá que inicializar el reproductor antes de hacer clic sobre el icono de acceso.

Gran parte de la música que se puede bajar libremente de los sitios comerciales ha sido colocada por bandas recién formadas que pretenden publicitarse. Algunas canciones están en condición de "muestras gratuitas" de las últimas producciones de los artistas comerciales, y las acompaña una propuesta para comprar el resto del material.⁷ Asimismo, existen sólo unos pocos *websites* donde se pueda ofrecer música para ser "bajada" a cambio de una compensación adecuada.⁸ Sin embargo, la mayoría de los *sites* aún ofrecen ilegalmente música en Internet. Suelen estar dirigidos por estudiantes que a veces no son ni siquiera conscientes del hecho de que su actividad viola la propiedad de artistas y de compañías discográficas.⁹ Sin embargo, surge aquí la pregunta: ¿En qué medida se produce esta violación?

Desde un punto de vista legal, el hecho de copiar archivos en intervalos a distintos servidores desde donde pueden ser bajados por los consumidores, implica la afectación a derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor, entre los que podemos mencionar:

- a) El acto por el cual se ingresa el archivo al servidor (lo cual involucra derechos de reproducción).
- b) El acto mediante el cual los archivos se hacen accesibles en el servidor para poder ser bajados por los clientes (*downloading o downstreaming*).¹⁰

Ante dicha situación, la industria musical ha comenzado a tomar cartas en el asunto desde hace algunos años. Así, ya desde el mes de octubre de 1998 la *Recording Industry Association of America* (RIAA) había iniciado su accionar contra dicha industria, enviando cartas a los artistas musicales para solicitarles su apoyo en su lucha en contra del MP3, situación que desembocó con el tiempo en la interposición de una demanda por parte de dicha entidad contra *MP3.com* el 22 de enero de 2000¹¹, y finalmente, en la sentencia del 12 de febrero de 2001 a partir de la cual, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en los EE.UU. dispuso que Napster (entidad dedicada al servicio de intercambio de música en la red) debía finalizar la comercialización de material protegido por la legislación de derechos de autor. Dicho pronunciamiento, así como el tema Napster en general, serán materia de análisis en el siguiente acápite.

⁷ SALKEVER, Alex. Ob. Cit. Pág. 28.

⁸ *Ibid.*

⁹ A manera de ejemplo, *tenenice*: <http://www.tenice.com>, <http://www.teniceonline.com>, <http://www.galaxy.com>, entre otros.

⁸ Ruf Al Der Natur. Ob. Cit. Pág. 24.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 23.

¹¹ Mayor información puede encontrarse en: "From Betamax to Napster: The evolution of the 'Right to Copy' in 1992." www.nabec.com/risales/DigitalMusic.

III. NAPSTER Y EL OCASO DE UN MONSTRUO

1. Referencias Generales

Napster es un pequeño programa que ha supuesto una auténtica revolución para la música en Internet. Su misión es facilitar el intercambio de canciones en formato MP3, lo cual se conoce como red "peer to peer" (P2P), que significa algo así como "de igual a igual".

El concepto Napster fue desarrollado en 1999 por Shawn Fanning, estudiante de 19 años de la Universidad de Northeastern en los EE.UU. el cual, frente a los penosos buscadores de música en la Red disponibles hasta ese momento, decide implementar un software capaz de localizar y compartir ficheros multimedia a través de una sencilla interfaz que incluye un reproductor para MP3. En ese sentido Napster, además de buscar los archivos pedidos en una lista, ubicarlos y realizar la conexión entre sus usuarios, proporciona también un forum para que los melómanos con gustos comunes se pongan en contacto por medio de mensajes instantáneos, chats y listas de usuarios favoritos.

Para poder acceder a Napster, es necesario ir en primer lugar al *Napster download* para bajar el programa. La descarga es bastante rápida, ya que ocupa 1.6 Mb. Una vez instalado, Napster se ofrecerá a buscar ficheros MP3 en el disco duro de la computadora del usuario, y luego requerirá la designación de las carpetas que se quieran compartir con los demás miembros de la llamada "comunidad" (*"Napster Community"*).¹²

Cabe señalar, que Napster se conectará por sí mismo a un servidor (el servidor es la "computadora central" en la que se almacena la lista de todos los archivos MP3 disponibles). Si por algún motivo falla la conexión al servidor, en el menú "file" uno tiene la opción para conectarse.

Ahora bien, una vez conectado su sistema de búsqueda (la opción "search") le permitirá buscar un archivo MP3 entre todos los usuarios que estén utilizando el programa en ese momento. Los parámetros principales son el nombre del artista y el de la canción, aunque también se dispone de diversas opciones avanzadas. Tras localizar el fichero que nos interesa, el programa nos conecta directamente al computador en el que está el archivo MP3 y se inicia la descarga. Evidentemente, el número de canciones que podemos encontrar en Napster cambia constantemente según el número de usuarios que estén conectados; sin embargo, resulta fácil encontrar casi cualquier cosa que busquemos.

Realizados estos pasos, uno podrá tener acceso a la mayor colección de música jamás imaginada, sin costo alguno, y con una calidad de sonido inigualable.¹³

Es de destacar que Napster no cobra por sus servicios, por lo que no ha encontrado el método de generar ganancias.¹⁴ De momento viven del dinero de los inversores, pero cuentan con una enorme ventaja: su difusión es tal que se han situado a años luz de sus competidores, y no necesitan gastar prácticamente nada en marketing y publicidad. El dinero puede empezar a llegar a través de iniciativas como la del grupo de rock *The Offspring*, que por su cuenta y riesgo se lanzó a vender

¹² Mayor información puede encontrarse en <http://www.napster.com/whatsnew/14112.htm>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ En <http://www.expansion/india/usa/29/1200/13tecnologia/11tec.htm>

parafernalia Napster, aunque luego llegó a un acuerdo con la empresa, así como la de Hummer Wimblad, el cual apostó 15 millones de dólares por la viabilidad del nuevo monstruo que poco a poco iba expandiéndose en la red. Sin embargo, donde sí se puede medir el éxito de la compañía de Fanning es en la enorme popularidad de su programa porque en Internet, con una pizca de vista comercial, el número de usuarios siempre se traduce en dinero.¹⁵

Paradójicamente, el desmesurado éxito inicial de Napster llevaba implícito el germen de su ulterior ocaso: desde que dicha compañía comenzó sus servicios, literalmente millones de archivos MP3 de toda clase musical viajaron a través de Internet de un usuario a otro. Con esto, una parte de los consumidores obviaron a las discográficas, distribuidores y promotores y, obviamente, tanto los intérpretes como las compañías discográficas se mostraron hostiles contra Napster.¹⁶ Así, y a manera de ejemplo, el 25 de abril de 2000 el rapero Dr. Dre interpuso una demanda contra Napster por infringir sus derechos de autor, mientras que el día 03 de mayo de 2000, la banda de rock Metallica presentó una lista con 335,000 nombres para que se les expulsa de Napster. Por otro lado, resulta interesante señalar que el *single* de la cantante Madonna "Music" recorrió en junio de 2000 toda la red en desmedro de su titular, ocasionando el airado rechazo de sus representantes, los cuales llegaron a afirmar que la pista había sido "robada" y que no existía intención por el momento, de darla a conocer al público. Finalmente, creemos pertinente reproducir el rechazo del cantante Sean Combs (conocido también como Puff Daddy) el cual afirmó sobre el particular: "I couldn't believe it when I found out that this Napster was linking thousand of people to the new Notorius Big album, Born Again, a week before it even hit the streets" (sic).¹⁷ Dicha situación, como puede adivinarse, desembocó con el tiempo en una serie de sucesos que poco a poco contribuyeron a mermar al monstruo, hechos que serán objeto de estudio en el siguiente acápite.

2. Surgimiento del Conflicto

La batalla contra Napster comenzó el pasado 7 de diciembre de 1999, cuando la RIAA presenta una demanda contra la compañía, sobre la base de la ilegalidad de sus actividades; es decir, las casas discográficas consideran ilegal el intercambio gratuito de archivos musicales sobre los cuales existen derechos de autor.¹⁸ En enero se suman a este frente las universidades americanas que incluso llegaron a vetar su uso. Algunos sectores argumentan que el 60% de la capacidad de sus redes estaba ocupado por archivos MP3 que iban de un lado a otro de la red. Los estudiantes universitarios reaccionaron contra este acto, que calificaron de censura, creando el movimiento "Save our Napster".

El 26 de julio de 2000 una juez del distrito de Washington decretó la suspensión de las actividades de Napster a la espera del proceso judicial; sin embargo, los

¹⁵ Napster anunció recientemente que había alcanzado los 10 millones de usuarios (cifra que alcanzó AOL (America On Line) después de más de seis años) y que ese número crece a un ritmo de entre el 5 y el 25% diario, aunque ningún grupo independiente ha auditado sus cifras. Asimismo, *Newsmag/Forbes* ratifica el éxito: entre la primera y la segunda semana de abril de 2001 el modo de Napster incrementó en un 20% su tráfico. Para mayor información puede accederse a: <http://www.foxit.com/story/issue/14120001>

¹⁶ En <http://underthesurface.com/mo03/under031.htm>

¹⁷ Para mayores detalles, sugerimos acceder a los siguientes paginas: <http://www.meribe.com/mo03/under031.htm>; y <http://www.zitaf.com/zitaf/mo03/under031.htm>

¹⁸ Según la RIAA, Napster infringe las leyes de derecho de autor, facilitando a sus usuarios a: 1. Compartir los archivos musicales de tipo MP3 con derecho de autor con los otros usuarios conectados a la "comunidad Napster" sin la expresa autorización de sus autores o similares. 2. Realizar la búsqueda de archivos MP3 alojados en las computadoras de otros usuarios del Napster. 3. Transferir copias exactas de los archivos MP3 de una computadora a otra, vía Internet. Asimismo, la RIAA sostiene que esto es posible porque Napster ofrece el soporte técnico para la clasificación y búsqueda a través de su servidor central. Mayor información puede encontrarse en: <http://underthesurface.com/mo03/under031.htm>

abogados de la mencionada empresa, alegando que dicha medida supondría el fin de la compañía, lograron detener a última hora su cierre. Los principales argumentos que sustentaban dicha suspensión fueron los siguientes:

- a) Los usuarios de Napster infringen por lo menos, dos de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor; el derecho de reproducción y el derecho de distribución.
- b) Los usuarios de Napster no se comprometen a llevar a cabo un uso legítimo del material protegido.
- c) Napster tiene un impacto adverso en los mercados de audio a través de CD's y de reproducción digital de música.
- d) Napster conscientemente estimula la infracción a los derechos de autor.
- e) Napster no goza de protección bajo el *Audio Home Recording Act* (AHRA) de 1992, dispositivo que regula el derecho de los usuarios de copiar, para su uso personal, música difundida comercialmente.
- f) No existe evidencia alguna que certifique que las compañías de grabación hayan cedido sus derechos, u otorgado una licencia para estimular el comercio legal de MP3 a través de Internet.
- g) Un mandato judicial preliminar no viola los derechos de Napster derivados de la primera enmienda, debido a que los aspectos de la primera enmienda relacionados con los derechos de autor, son mitigados por la doctrina del "fair use". En esa medida, y dado que el mencionado mandato preliminar dispuso que los usuarios de Napster no son usuarios leales, los usos de material protegido que pudieran efectuar y que no fuesen leales, son correctamente prohibidos¹⁸.

Ahora bien, la defensa de Napster se basó en que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el año 1984, permitió a Sony seguir vendiendo su Videograbadora Betamax la cual según la parte acusadora (*Universal City Studios*), permitía a los usuarios de la VCR grabar programas de televisión con derechos de autor sin permiso. También alegó que su sistema de intercambio de archivos se encontraba protegido bajo el "acto de grabación casera" el cual permite a la gente grabar sus programas musicales o programas en casettes o video casettes para su uso personal.¹⁹

El largo litigio fue ganado finalmente por Sony en el Tribunal Supremo. El dictamen del tribunal fue tajante: "Una nueva tecnología que puede ser utilizada para la piratería u otras violaciones del copyright no puede ser prohibida mientras tenga sustanciales usos no ilegales".²¹ En ese sentido, el acto de "traslado de tiempo" (grabar un programa de TV y verlo luego) y el "traslado de medio" (trasladar de la PC, archivos MP3 a un MP3 player por una cuestión de comodidad, caso *Diamond MP3 Player*) es un acto legítimo si es para un uso personal y no para su distribución.²²

En el caso de Napster, la corte de apelaciones falló a favor de la RIAA por las siguientes razones:

¹⁸ En: <http://www.stopnapster.com>

¹⁹ En: <http://www.legaltimes.com/mr00/under00.htm>

²⁰ En: <http://www.legaltimes.com/vermel/articulo/01m01r1214.htm>

²¹ En: <http://www.legaltimes.com/mr00/under00.htm>

a) Napster facilitó la distribución ilegal de material con derecho de autor, con el suficiente conocimiento de que esos archivos se encontraban en el sistema Napster.

b) El Betamax de Sony está protegido por la ley de productos manufacturados. En ese sentido Napster, a diferencia del Betamax, no es un producto manufacturado; es un software que sin los servidores de los proveedores de Internet o sin las computadoras de los usuarios, es totalmente inútil.

c) La legitimidad del "traslado de medio" no se puede aplicar a Napster ya que cuando un usuario de Napster se conecta al sistema, todos los archivos MP3 de ese usuario quedan expuestos para ser "bajados" por millones de usuarios que no son poseedores del CD original.²³

En relación con esta sentencia, varias estrellas de la música "rock" y "pop" han acudido al Congreso de Estados Unidos para defender la transmisión de canciones a través de Internet. El Comité Judicial del Senado ha celebrado una vista sobre el futuro de la música a través de Internet. En él han participado artistas como Alanis Morissette la cual señaló que *"para la mayoría de los artistas esta llamada piratería trabajó en su favor, porque ayudó a la expansión de su música en lugar de enriquecer a las compañías discográficas"*.²⁴

Resulta sin embargo paradójico que, existiendo actualmente en la red infinidad de programas similares a Napster, sólo Napster tenga problemas.²⁵ Ello podría deberse a lo siguiente:

- Napster es el más conocido.
- Los otros programas no poseen un servidor central.
- No se conoce a los directivos de los otros servicios a quienes se pueda demandar.

Sin perjuicio de ello, quisiéramos finalizar el presente acápite refiriéndonos a lo que para algunos²⁶ es una reflexión que se desprende necesariamente del tema: hoy en día (se afirma), un CD virgen puede conseguirse por menos de US\$ 1.00 dólar americano, existiendo grabadoras de CD's de bajo costo que graban todo tipo de música. De ello surge la pregunta: ¿porqué molestarse en ir hasta una disquera pagando como mínimo US\$ 15.00 dólares americanos por uno o dos temas que a uno le interesan, si por Internet se consiguen la mayoría de las canciones que se

²³ Ibid.

²⁴ En <http://www.terra.es/internet/articulo.html?int1414.htm>

²⁵ A manera de ejemplo, podemos mencionar los siguientes:

1. Grutella: <http://www.grutella.xpg.com>; el defecto de este método era la facilidad para ubicar al responsable: el servidor central. Para no incurrir en el mismo error, Grutella eliminó el servidor central y en su lugar, transfirió a cada interesado en un archivo de archivos MP3. El sistema que utiliza Grutella funciona con un software de explotación, si alguien quiere conseguir un tema, se comunica con un usuario y si este no lo tiene en su listado, se lo deriva a otro usuario y así sucesivamente, hasta dar con el archivo deseado. Obviamente es mucho más lento que tener un servidor central.

2. CateMX: <http://www.catemx.com> hay que bajar el Play!, un software desarrollado exclusivamente para poder escuchar las canciones. En el sitio se pueden descargar más de 50 canciones de Frank Sinatra, el trío de Tom Jones, Tina Turner y Tom Waits, entre otros.

3. Sounr: <http://www.sounr.com> además de música, permite bajar películas enteras (actualmente está en beta).

4. Inetsh: <http://www.inetsh.com> intercambios no solo MP3, sino imágenes y videos.

5. Amster: <http://www.amster.com> cambia la transferencia de archivos y el AOL Messenger. Comparte archivos sólo con los que están en la lista de amigos de AOL.

6. Macster: <http://www.macster.com> es una versión de Napster para las computadoras Macintosh.

7. Macella: <http://www.macella.com> es una versión del Grutella para computadoras Macintosh.

Mayor información puede encontrarse en <http://ubel.terra.com/esp00/under000.htm>

²⁶ En <http://www.terrestre.com/under000.htm>

están buscando? ¿Las compañías discográficas no deberían bajar los precios acorde con los tiempos en que vivimos? Si bien no compartimos necesariamente dicho argumento, el mismo resulta interesante y, porqué no decirlo, absolutamente comprensible. Tal vez un vistazo a la legislación que de una u otra manera se encuentre relacionada con la controversia, pueda darnos nuevas luces sobre el particular.

IV. ACERCA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR

1. Breve referencia a la evolución del Derecho de Autor Musical

Una de las principales razones por las cuales surge el derecho de autor musical fue debido a la necesidad de combatir la piratería, entendiéndose por tal a la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción.²⁷ En palabras de Lypszyc, la piratería "... consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, de ejemplares ilegales (libros e impresos en general, discos, casetes, etc.), de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de éstas, de programas de ordenador y bancos de datos. El término "piratería" se utiliza también para calificar la representación, la reedición y todo otro uso no autorizado de la obra, una emisión de radiodifusión, etc."²⁸

Haciendo un poco de historia, el derecho de autor musical fue en principio establecido formalmente en Inglaterra, a partir de un fallo de la Corte de 1777. Johann Christian Bach (el menor de los hijos de J.S. Bach y el compositor más famoso de su época en Londres) había solicitado una medida de la Corte en contra de la publicación no autorizada de una de sus obras. Se sentenció que la música efectivamente caía en la esfera de protección de la *Copyright Act* de 1709, referida a "Libros y otros escritos".²⁹ Con el tiempo, ello desembocó en la expedición, en el año de 1886, del Convenio de Berna³⁰, considerado como el "abuelo" de todos los tratados sobre derecho de autor, y que fija los estándares mínimos y el trato nacional a darse en el campo de los derechos de autor.

El Convenio de Berna constituye un dispositivo de suma importancia para el tema que nos ocupa, debido a que en su artículo 9º garantiza a los autores el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras. Asimismo, el artículo 11º concede el derecho exclusivo a los autores de obras musicales, de autorizar las interpretaciones públicas de sus obras, incluyendo cualquier comunicación al público de las mismas, mientras que el artículo 11º (bis) expresamente extiende el derecho exclusivo a la radiodifusión de obras.

Las palabras empleadas en el Convenio de Berna para definir la reproducción, "por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma" plantean una amplitud del alcance del derecho que abarcaría la fijación electrónica permanente y aún transitoria de una

²⁷ El Decreto Legislativo Nº 832, Ley sobre el Derecho de Autor, define a la reproducción como "la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de todo o parte de ella" (artículo 2º, numeral 37).

²⁸ LYPZYC, Delfa, "Derecho de Autor y Derechos Conexos", Buenos Aires: Ediciones UNESCO/ERLAC/IZAWAJA, 1993, Pág. 660.

²⁹ WALLIS, Roger, Charles Baden - Fuller, Martin Kretschmer, George Michael Kinnis, "Nuevas contribuciones de estrategia en el campo de los derechos de la Propiedad Intelectual: el desafío a sus principios establecidos de reciprocidad y soberanía en el Derecho de Autor Musical" en "Derecho de la Alta Tecnología", Buenos Aires: Estato Mae, Año XI, Nº 128/127, Febrero / marzo 1998.

³⁰ El Convenio, concertado en 1886, fue revisado en París en 1896 y en Berlín en 1908, completado en Berna en 1914, y revisado en Roma en 1928, en Bruselas en 1948, en Estocolmo en 1967 y en París en 1971, y fue emendado en 1979.

obra en una memoria RAM, en un CD u otro soporte digital, siempre y cuando esta fijación sea susceptible de comunicarse o de extraer copias de ella.³¹

Ahora bien, debemos precisar que, si bien el mencionado dispositivo establece un marco general de protección, con el tiempo surgió la necesidad de regular de manera más puntual y específica ciertos problemas relacionados con el derecho de autor y derechos conexos. En esa medida, en el año 1961 es expedida la "Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión", dispositivo que provee normativa para el trato nacional y estándares mínimos en el campo de los "derechos vecinos", y que otorga además a los intérpretes la posibilidad vaga de prevenir ciertos actos atentatorios contra sus derechos.

No nos detendremos a analizar los pormenores de dicha norma, al exceder los límites del presente trabajo; lo que sí haremos será hacer hincapié en el "Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas" (WPPT) firmado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (simultáneamente con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), ya que el mencionado dispositivo se ocupa de los derechos de propiedad intelectual de dos tipos de beneficiarios: los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) por un lado; y los productores de fonogramas (la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la fijación de los sonidos) por otro.

En lo que respecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, el Tratado les concede cuatro tipos de derechos patrimoniales respecto de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (no en fijaciones audiovisuales como las películas): el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de alquiler y el derecho de puesta a disposición. Definamos cada uno de ellos:

- *El derecho de reproducción* es el derecho a autorizar la reproducción directa o indirecta del fonograma por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

- *El derecho de distribución* es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares del fonograma mediante venta u otra transferencia de propiedad.

- *El derecho de alquiler* es el derecho a autorizar el alquiler comercial al público, del original y de los ejemplares del fonograma tal como esté establecido en la legislación nacional de las partes contratantes (excepto para los países que desde el 15 de abril de 1994 tienen vigente un sistema de remuneración equitativa por dicho alquiler).

- *El derecho de puesta a disposición* es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público, por medios alámbricos o inalámbricos, de cualquier interpretación o ejecución fijada en un fonograma, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Este derecho cubre en particular, la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en Internet.³²

Cabe destacar además, que el Tratado concede tres tipos de derechos patrimoniales a los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones

³¹ En: <http://publicaciones.derecho.org/doi/10.24.1.1461.000115>

³² En: <http://www.wipo.org/ipa/infocentre/ipainfo/wpp1.htm>

o ejecuciones no fijadas (en directo): el derecho de radiodifusión (excepto cuando se trate de una retransmisión), el derecho de comunicación al público (excepto cuando la interpretación o ejecución constituya una ejecución o interpretación radiodifundida), y el derecho de fijación.³³

Finalmente, conviene señalar que los intérpretes y productores de fonogramas gozarán del derecho a una equitativa remuneración única por el uso directo o indirecto de sus fonogramas publicados con fines comerciales para la radiodifusión, o para cualquier comunicación al público (artículo 13^º,1). Los fonogramas disponibles al público, de tal manera en que sean accesibles desde el lugar y en el momento que individualmente elijan, deberán ser considerados como publicados con fines comerciales.³⁴

Esta sucinta descripción de la normatividad relacionada de alguna manera con el tema de derecho de autor musical, tiene por finalidad esencial hacer hincapié en la prohibición general de hacer reproducciones totales o parciales del contenido de una obra bajo cualquier forma y por cualquier procedimiento.³⁵ Dicha potestad es un derecho exclusivo del autor en su órbita patrimonial, lo cual lo faculta a utilizar los medios legales para impedir la reproducción no autorizada, sin perjuicio del reclamo por los daños ocasionados. Esto, obviamente, guarda relación con el hecho de que ingresar (*uploading*) una obra con *copyright* en un servidor de Internet (al que el público puede acceder y "bajarla" o "downstream") implica una reproducción de la obra, hecho que como hemos visto hace un momento, resulta proscrito por la legislación vigente en materia de derechos de autor.

2. Problema en la calificación de los "Actos de Reproducción"

Pasando a analizar el problema en sí, observamos que la posibilidad de intercambiar reproducciones digitales por la red implica que del archivo inicial se ha hecho una copia, que es la que se envía al destinatario; ello equivale por tanto a realizar "copias pirata" instantáneas, lo cual es difícilmente penalizable, puesto que no hay ganancia ni lucro y además, debido a que dicho acto se ampara en la licitud de la copia privada. El posterior envío de dicha copia puede intentar calificarse como acto de comunicación pública; sin embargo, a ello puede oponerse, además de lo anterior, la inexistencia de un público y de una accesibilidad instantánea a las obras, aparte de la libertad de comunicación y la confidencialidad de las comunicaciones privadas. En cuanto a si se trata de un acto de distribución, ello choca con la necesidad de puesta a disposición del público de soportes materiales de la obra. Y el que no exista un sistema de remuneraciones compensatorias por copia privada similar al existente por los aparatos reproductores de imagen y sonido, material de fotocopia y soportes para la grabación, no significa que esta actividad sea punible, sino que no se ha regulado un sistema de compensación.³⁶

En el caso de las comunicaciones de obras entre dos particulares, reconoce Desumont la imposibilidad de hablar de "público" y el consiguiente problema de calificarlas de "comunicaciones públicas".³⁷ En contra de esta calificación están, según este autor, los argumentos del "respeto a la esfera privada, la analogía con el carácter

³³ *Ibid.*

³⁴ *Raffi Aut Der Musr. Cit. Cit. Pág. 27.*

³⁵ Sin embargo, debemos entender que este derecho tiene algunas limitaciones como el derecho de cita, el derecho de información por la prensa y el fair use.

³⁶ En <http://www.cdmusica.es/infocdmusica/infocdmusica.htm>

³⁷ Citado por Thierry Desumont, "Copyright: le régime de la répartition musicale" (R.D.A., octubre 1996) en www.univ-paris1.fr/revue/revue/revue.htm

privado de las conversaciones telefónicas y del correo, así como el número mínimo de individuos implicados en la comunicación". Olvida el autor el argumento más importante: que no es posible considerar esta comunicación como caso de "comunicación pública", pues ninguna norma acoge el supuesto, ya que todas exigen una pluralidad actual o posible de destinatarios, y en el particular caso que nos ocupa no hay pluralidad ni siquiera posible. La relevancia de lo expuesto hasta el momento radica en que las comunicaciones de obras entre particulares, al no estar enmarcadas dentro del supuesto de "comunicación pública", no pueden ser susceptibles de ser calificadas como "actos de reproducción", razón por la cual entraría a actuar todo lo dicho para la "copia privada".

Para hacer frente a estos problemas se han planteado dos soluciones: promulgar nueva legislación y emplear la tecnología para la protección de las obras. La primera de ellas, la vía legislativa, se centra en hacer las leyes más severas (a favor de los poseedores de los derechos), prohibiendo actividades que antes estaban permitidas y haciendo que las infracciones del derecho de autor sean más caras para los infractores. Por otro lado, la vía tecnológica consistiría en sistemas de seguridad que permitan seguir la pista de las acciones realizadas sobre la obra por parte del usuario final: incluirían códigos que proporcionen prueba de la propiedad y protección de la copia, y que permitan detectar si se hacen alteraciones en la obra, además de seguir la pista del movimiento de contenidos a través de la red, contar cada uso que se haga de la obra (lo que permitiría la facturación y el cobro), etc.³⁶

Respecto a la primera de las soluciones planteadas: pese a la obsolescencia de las normas de derecho de autor, durante toda la década de los noventa ha habido iniciativas legislativas para actualizar estas normas, de forma tal que sean adecuadas para las peculiaridades del nuevo entorno digital.

Adicionalmente a los dispositivos reseñados en el acápite anterior, en Estados Unidos, en 1998, se aprobó el texto final de una ley que busca adaptarse a la nueva situación tecnológica: la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998. El contenido de esta ley está basado, con algunas modificaciones, en las recomendaciones del "White Paper" de la IITF (*Information Infrastructure Task Force*), documento que sugería una revisión de la *Copyright Act* para ser aplicada en la era digital.³⁷ Básicamente, en el marco de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) se encuentran reguladas medidas de protección tanto de música como de software, así como de los trabajos escritos divulgados en Internet, proscribiendo el uso de tecnologías que puedan romper las protecciones de estos medios. Asimismo, la DMCA regula la existencia de delitos federales por infracciones a los sistemas de protección tecnológica o por quitar o alterar información sobre el manejo del derecho de autor bajo circunstancias específicas. Finalmente, la DMCA establece un procedimiento de notificaciones y paralizaciones de servicio a los usuarios que infringen derechos de autor.³⁸

Por su parte, en lo que respecta al caso europeo, las cuestiones que hoy nos

³⁶ En <http://www.marfil.unesp.br/infotec/usuarios/whitepaperact.html>

³⁷ Cabe destacar que los aspectos más importantes de dicho documento se centran en el derecho de reproducción, sugiriendo distintas medidas protectoras del mismo, tales como:

- Otorgar control a los propietarios de los derechos de autor sobre cualquier uso de las obras en forma digital, incluso sobre reproducciones temporales en la memoria de los computadores de los usuarios, así como sobre cualquier transmisión de obras en este entorno, contemplando éstas como distribución de copias al público.

- Convertir a los proveedores de servicios en línea a convertirse en la "policía" de los derechos de autor.

- Enseñar en las escuelas la nuevas reglas del "liber-copyright".

En: http://www.fordham.edu/~lauri/98/Comunicacion08_mtz.htm

³⁸ Mayor información puede encontrarse en: <http://www.usdoj.gov/eolaw/eolaw-1998-08/whitepaper.html>, <http://www.dpi.gov.ar> y en <http://www.kenned.com/advocatus/white2001.htm>

ocupan fueron objeto de profundo estudio por diversos organismos en Europa: a partir del "Informe Bangemann"⁴¹ y la consiguiente Comunicación "Hacia la Sociedad de la información en Europa: plan de acción", fue elaborado el "Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información", en cuyas comunicaciones sobre seguimiento se llega a afirmar que el marco legislativo europeo y las medidas existentes no responden a los nuevos retos que plantea el desarrollo de la sociedad de la información.⁴²

Sin perjuicio de la eficacia de las normas y documentos expedidos, una postura que resulta interesante a efectos de combatir el problema es aquella planteada por Barnett el cual, examinando lo que denomina "megatendencias" (*mega-trends*), acoge la posición de Goldstein: "En este momento, como ha señalado el profesor Goldstein, se adivinan dos nuevos mecanismos de protección que pueden llegar a sustituir la Copyright Law como forma de protección de derechos de autor. El primero viene definido por la llamada *encryption* o codificación digital de las obras; y el segundo por la *inupción de la contratación en masa en el mundo del copyright digital*".⁴³

En efecto, estos mecanismos que no viven totalmente al margen de la legislación sobre propiedad intelectual, pueden ser válidos para la protección de derechos de autor. En cuanto a la *encryption*, lo que hay que incluir en la misma es un código que impida su copiado, tanto en la memoria interna de la computadora receptora como en soportes tangibles. Otra posibilidad sería el programar las obras para que sólo sean accesibles un número determinado de veces o con fecha de caducidad. A manera de ejemplo, hacer que un disco cualquiera que compramos en la red sólo pueda escucharse 30 veces, o durante un año desde la compra, y que esta característica se transmita a las copias que de él se hagan.

Obviamente, este género de protecciones sólo valen para los archivos que se "bajan" de la red, no para los que se crean a partir de la digitalización por el propio usuario de obras que haya obtenido en soporte analógico.

Ahora bien, en lo que respecta a la "contratación en masa", lo que se busca es incluir en todos los contratos de compraventa de obras en la red, cláusulas que prohíban la copia o transmisión a terceros (distintos del usuario adquirente) de la obra. Se trataría en suma, de extender a las obras las restricciones contractuales que hoy se incluyen en los contratos de licencia de uso de software. La idea es hacer prevalecer estas cláusulas contractuales sobre la permisividad de la copia privada y

⁴¹ Es de destacar que el Informe Bangemann tiene su origen en la solicitud formulada por el Consejo Europeo en su reunión de diciembre de 1993 celebrada en Bruselas, sobre la necesidad de elaborar un informe acerca de las medidas específicas para el establecimiento de infraestructuras en el ámbito de la información. En esa medida, el mencionado informe habla del "efecto multiplicador de la información" y se refiere a los rasgos esenciales de la infraestructura de la misma, partiendo de la interconexión de redes y la interoperabilidad de servicios y aplicaciones para trabajar en conjunto. Asimismo, enumera 10 aplicaciones para tanto la Sociedad de la Información Digital, el teletrabajo, la educación a distancia, la red de Universidades y centros de investigación, los servicios telemáticos para los Pymes, la gestión del tráfico por carretera, el control del tráfico aéreo, las redes de asistencia sanitaria, la notificación electrónica, la red trans-europea de Administraciones Públicas y las autopistas urbanas de la información. Mayor información puede encontrarse en:

<http://www.info2000.es/c/esp/idos-red/docs/informelang/informebang.htm>

<http://www.observatorio.unizar.es/ECCO/IMPACTO/1002HT.htm>

<http://www.carm.es/basilead/ocn.htm#1>

⁴² Dicho Libro se compone de dos capítulos. En el primero se describe el funcionamiento teórico de la Sociedad de la Información. Se destaca la importancia del desarrollo de la Sociedad de la Información para la Comunidad Europea y, en particular, se muestra cómo se inventa se desarrolla en el marco jurídico del Mercado Interior. En dicha parte se trata de determinar los retos que plantea la realización de la Sociedad de la Información. En el segundo capítulo, la Comisión, basándose en las contribuciones de los sectores interesados, ha delineado nueve temas en su opinión prioritarios para los regímenes de protección de los derechos de autor y derechos afines de cara al funcionamiento de la Sociedad de la Información. Mayor información puede encontrarse en: <http://europa.eu.int/comm/information/9904/vb20152.htm>

⁴³ Citado por Stephen R. Barnett, "Evolución reciente de la Intellectual Property Law en los Estados Unidos", en: *Revista de Derecho Mercantil* N° 231, enero-marzo 1999. Dicha información fue extraída de: <http://www.uned.es/abaco/abaco3/19990301.htm>

la libre transmisibilidad de contenidos legalmente adquiridos por la red, prohibiendo en suma por la vía contractual lo que la legislación permite.

Evidentemente, resultaría oportuno conciliar estas propuestas junto con los dispositivos internacionales antes señalados, y lograr eventualmente una adecuación de ellas con las normas nacionales que regulan el tema de Derecho de Autor en nuestro país (entiéndase, el Decreto Legislativo N° 822), ya que al ser Internet un tema que genera controversias desde la perspectiva de la propiedad intelectual⁴⁴, su estudio debe ser efectuado acorde con los cambios tecnológicos y legislativos que operan en el mundo y que nuestro país no debe pasar por alto.

Para finalizar, y sin perjuicio de lo expuesto hasta el momento, debemos tomar en cuenta lo siguiente: los derechos de autor son susceptibles de verse modificados por los nuevos avances tecnológicos, lo que supone un elemento de inestabilidad. Esta es la razón por la que actualmente deben ser redefinidos. Como se ha indicado anteriormente, hoy en día cualquier información puede ser digitalizada y distribuida instantáneamente por el mundo. La aparición de Internet hace necesaria la revisión de muchos conceptos inherentes a los hasta ahora vigentes derechos de autor y la creación de otros nuevos.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como ha podido ser apreciado a lo largo del presente trabajo, el problema relacionado con la tecnología de compresión MP3, tiene una actualidad manifiesta y una perspectiva de solución no del todo alentadora; sin embargo, el reciente fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito en los EE.UU. sobre el caso Napster ha dado un vuelco al asunto, ya que ha puesto sobre aviso a los titulares de páginas web que ofrecen servicios similares, los cuales buscarán de ahora en adelante ajustar el ejercicio de sus actividades al marco legal que a la fecha regula la propiedad intelectual en general⁴⁵.

A manera de reflexión: la existencia de programas que faciliten motores de búsqueda de obras intelectuales no es controlable. Si funcionan (y como hemos visto lo hacen), existirán. Pero además, y aunque se prohíban los programas buscadores, siempre podrá realizarse el intercambio privado de archivos mediante el encuentro de aficionados a la música en foros, chats o páginas web, y posteriormente enviando y recibiendo las composiciones musicales vía e-mail. Téngase además en cuenta que los "defraudadores" según las compañías implicadas suelen ser siempre estudiantes de secundaria o universitarios. Estos personajes se ven diariamente en las aulas, y nadie puede impedirles que intercambien las canciones que tengan grabadas en archivos informáticos⁴⁶. Ello, como puede apreciarse, constituye un patrón de conducta arraigado de manera endémica en nuestra sociedad, razón por la cual urge no sólo la implementación de dispositivos que paulatinamente vayan ajustándose a las nuevas necesidades derivadas del desarrollo de la tecnología, sino también de políticas educativas que busquen desarrollar un correcto uso de Internet.

⁴⁴ A manera de ejemplo, dentro del campo de la propiedad industrial, resulta de evidente actualidad el conflicto entre los nombres de dominio en Internet, y las marcas de productos o servicios. Los alcances de dicho problema pueden ser consultados en mi anterior trabajo "Dominio Names vs. Derechos Marcarios: Aproximaciones al Conflicto" en THEMIS, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 2000, Número 41.

⁴⁵ Para el caso específico de Napster, el pasado mes de octubre de 2001, el problema dio un giro inesperado, tras el anuncio de BMG, propiedad del gigante alemán Bertelsmann, de invertir 55.9 millones de euros en la compañía de Internet para desarrollar técnicas que permitan el intercambio legal de música mediante un sistema de pago. En ese sentido, el acuerdo celebrado el 17 de mayo de 2002 entre ambas compañías permitirá a Napster ofrecer un servicio de intercambio de música seguro y ajustado a ley. Mayor información sobre dicho servicio puede encontrarse en <http://www.napster.com>.

⁴⁶ En <http://www.univie.ac.at/teaching/qualificaster.html>