

SISTEMAS PEER TO PEER PARA EL INTERCAMBIO DE MUSICA EN INTERNET

DE LA ILEGALIDAD DE NAPSTER A LA LEGALIDAD DE KAZAA, GROKSTER, GNUTELLA Y STREAMCAST

FELIPE SANCHEZ IREGUI

**Master in law
The University Of
Queensland(Australia)**

**Especialista en Derecho Comercial
Universidad Externado de Colombia**

**Abogado
Pontificia Universidad Javeriana**

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

**Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización
escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is
prohibited. All rights reserved**

INDICE

I. REBOBINANDO LA HISTORIA, EL BETAMAX DE SONY

II. INFRACCION DIRECTA, INFRACCION INDIRECTA O CONTRIBUTIVA Y LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO O VICARIOUS LIABILITY.

- a) **Infracción Directa**
- b) **Infracción Indirecta o contributiva**
- c) **Vicarious Liability o La Responsabilidad Legal por el hecho de un tercero.**

III. NAPSTER , LA ODISEA DE LA MUSICA EN INTERNET

- a) **Como funciona Napster**
- b) **Los Cargos Contra Napster**

IV. SISTEMAS P2P, ENTRE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD

- a) **Sistemas peer to peer centralizados**
- b) **Sistemas Peer to Peer semi descentralizados**
- c) **Sistemas Peer to Peer Descentralizados**

V. LAS ACCIONES LEGALES CONTRA LOS HEREDEROS DE NAPSTER: AUDIOGALAXY, AIMSTER, GROKSTER Y STREAMCAST

- a) **Audiogalaxy**
- b) **Aimster**

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

c) Grokster Ltd (Morpheus), Streamcast Networks (Musiccity), El Principio de la Legalidad de los Sistemas P2p

- 1) Los cargos contra Grokster y Streamcast**
- 2) Grokster y Streamcast hacia la legalidad**

VI. LA RESPONSABILIDAD LEGAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL USUARIO

- a) RIAA vs los Usuarios**
- b) Los tratados de la OMPI sobre derechos de autor y derechos conexos**

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP (Internet Service Provider) EN LOS SISTEMAS PEER TO PEER

- a) DMCA (Digital Milenium Copyright Act)**
- b) Europa**
- c) Principio general de responsabilidad civil en ausencia de leyes**

CONCLUSIONES

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

INTRODUCCIÓN

Cuando en 1978 Sony Inc fue demanda en Estados Unidos de América por infracción de derechos de autor contributiva, acción emprendida por varias compañías productoras de películas, Internet era tan solo una idea aun en proceso de maduración.

No obstante lo anterior, la decisión judicial tomada en el caso de Sony, vendría a convertirse en el eje de partida para resolver una de las más batalladas y controversiales decisiones judiciales que hasta la fecha han tenido lugar en Estados Unidos de América, el caso Napster.

Dos casos en materia de infracción de derechos de autor han sido especialmente significativos, SONY Y NASPETER, el primero de ellos será el punto de partida del presente estudio para contextualizar las infracciones de derechos de autor contributiva y la responsabilidad por el hecho de otro o vicarious liability. La decisión judicial en Napster, por su parte colocará al lector en el camino hacia los desarrollos de las nuevas infracciones en materia de derechos de autor a través de Internet por el empleo de sistemas peer to peer para el intercambio de archivos.

Adicionalmente, La bendición judicial a Streamcat y grokster será estudiada detalladamente sobre la base comparativa de la ilegalidad de Napster y la verdad indiscutible de las infracciones de derechos de autor por parte de quienes software para el intercambio de música en Internet.

De otro lado, este artículo explorará la responsabilidad legal de los proveedores de servicios de acceso a Internet a la luz de algunas decisiones judiciales y legislaciones particulares, incluyendo la de Estados Unidos de América y la actual Directiva de la comunidad europea sobre la materia.

I. REBOBINANDO LA HISTORIA, EL BETAMAX DE SONY

Universal City Studios, Inc. et al. v. Sony Corporation of America Inc. et al, es conocido como el caso Betamax y es sin lugar a dudas uno de los casos legales más significativos que existe en materia de derechos de autor en Estados Unidos de América y por ende materia obligada para los fines del presente estudio sobre infracciones a dicha área de la propiedad Intelectual en Internet.

En 1976 los dos programas de televisión más vistos por los televidentes en Estados Unidos de América y en gran parte del mundo eran KOJAK y COLUMBO, el problema era que dichos programas eran transmitidos el mismo día de la semana, a la misma hora pero obviamente en diferentes canales. Sony aprovecho esta circunstancia y con un gran despliegue publicitario anunció que tras una década de investigaciones había logrado desarrollar el primer aparato reproductor de video, capaz de grabar programas de televisión bajo una nueva modalidad el llamado "time shifting" o intercambiador de tiempo, lo que le permitía al usuario grabar un programa de televisión mientras observaba otro distinto. El concepto revolucionó al mundo, había sido inventado el VCR, electrodoméstico que vino a permanecer como el rey absoluto en gran parte de los hogares del mundo y que sólo pudo ser destronado por el DVD hace muy poco tiempo.

No obstante el gran impacto tecnológico que significaba la invención y comercialización del Betamax, Universal City Studios y waltdisney se mostraron muy preocupados por lo que ello podría representar, ya que a su juicio desde dicho momento cualquier usuario podría grabar indiscriminadamente y sin ninguna cortapisa los programas de televisión y las películas que estas compañías transmitían por televisión. Con base en lo anterior, las dos citadas compañías actuando en su propio nombre y en interés de muchos productores de Hollywood cuestionaron el Betamax por ser un instrumento tecnológico que facilitaría las infracciones de derechos de autor por parte de los usuarios, en detrimento de sus legítimos titulares.

El caso se presentó en el distrito federal de los Ángeles en 1976 y fue a juicio solo hasta Enero de 1979. Los cargos específicos contra Sony fueron esencialmente presentados como "contributory copyringht infringement" ¹ o infracción de derechos contributiva, puesto que la infracción directa de derechos de autor la ejecutaba era el usuario del Betamax, pero a juicio de los demandantes ello era solo posible sobre la base de que existiera un aparato o instrumento mecánico o electrónico que permitiera la infracción,

¹ La jurisprudencia y la legislación en Estados Unidos distinguen entre infracción de derechos de autor que es aquella reproducción, transformación o copia material de la obra que ha sido autorizada por el titular de los derechos de autor y el concepto de infracción de derechos contributiva, en donde un tercero es quien ha facilitado, promovido u obtiene una ventaja económica por la infracción de derechos directa.

mecanismo que en este caso concreto era comercializado por Sony quien obtenía un beneficio económico cierto por la venta de cada Betamax.

El caso fue resuelto inicialmente a favor de Sony, pero lo significativo fue el momento coyuntural de la demanda pues en Estados Unidos acababa de expedirse una nueva ley sobre derechos de Autor², la que además introdujo el concepto de "fair Use" o uso justo, regulado en forma concreta en la famosa sección 107 de la misma.

El concepto del uso justo consagra una serie de eventos en los cuales se considera que el uso de una obra por una tercera persona distinta a su titular se considera justo o legitimo. El aporte mas relevante de la sección 107 es sin duda alguna aquel que se refiere a los cuatro factores que deben ser considerados para determinar si hay o no un uso legitimo, a saber:

- 1) El propósito y carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos de carácter educativo y sin ánimo de lucro
- 2) La naturaleza de la obra protegida con derechos de autor
- 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida considerad como un todo
- 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida³

No obstante la aparente claridad del concepto del uso legitimo, lo cierto es que frente a un caso concreto, la línea divisoria entre lo que se considera infracción de derechos de autor y uso legitimo puede ser muy delgada. Este problema deberá ser resuelto para cada caso concreto y en tal sentido se han pronunciado las cortes Americanas cuando se han visto avocadas a resolver conflictos de esta naturaleza, pero siempre bajo el considerando de que los casos de uso legítimo no son de carácter taxativo.

Pues bien en 1979 cuando se resolvió la primera instancia la Corte afirmó que cuando un usuario grababa un programa de televisión usando un Betamax, a fin de poder verlo a una hora distinta de la que el programa había sido emitido inicialmente y solo con fines de entretenimiento (timeshifting), pues se estaba en presencia de una copia que estaba realizando dicho usuario de una obra protegida, cuyo objetivo específico era ser empleada para fines particulares y por ende quedaba enmarcada dentro del concepto de uso legitimo que prevé el Copyright Act de 1976. Adicionalmente agregó la corte que los

² The Copyright Act 1976

³ Copyright Act 1976, section 107, Traducción de Felipe Sánchez Iregui.

demandantes no habían probado que dicha actividad desplegada por un usuario particular causaba ningún daño o pérdida económica a los mismos.⁴

Respecto al problema que representaría la existencia de los videocasete para venta y renta y en donde se reprodujeran películas, siempre y cuando dichas reproducciones fueran autorizadas por los titulares de los derechos de autor, la Corte decidió el caso sobre la base de aplicar "el principio de la primera venta", el cual explicó argumentando que cuando una persona adquiere legalmente un producto protegido por las leyes de derechos de autor, esta legalmente facultada a disponer de dicho producto, pudiendo realizar una copia del mismo para su uso particular, prestar el producto original o venderlo, sin que ello constituya una infracción de derechos de autor.⁵

Como era de esperarse la decisión de primera instancia fue apelada y en 1981 la corte de apelaciones de estados Unidos de América reversó el fallo de primera instancia, la que lamentablemente para los demandantes nunca pudo hacerse efectiva, pues a la fecha de la misma el mercado de VCR en estados unidos había alcanzado una difusión tal que para dicho año ya la Sony vendía cerca de 1.400.000 VCR por año.⁶

La decisión final en el caso de Betamax fue dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1984 y hasta el día de hoy es considerada la decisión que sentó los precedentes, requerimientos y condiciones bajo los cuales es posible hablar de infracción de derechos de autor contributiva, a tal punto que en los dos últimos fallos a favor de compañías que distribuyen o comercializan software para el intercambio de música en Internet, **GROKSTER Y STREAMCAST** tuvieron como sustento el fallo a favor de Sony, el cual es citado como el principal precedente y los argumentos empleados en el mismo sirvieron para garantizar la victoria de los demandados.⁷

Por lo anterior, será necesario entonces detenerse en los conceptos básicos que fueron resueltos en el caso de Sony.⁸

⁴ <http://www.museum.tv/archives/etv/B/htmlB/betamaxcase/betamaxcase.htm>, traducción de Felipe Sánchez Iregui

⁵ Universal City Studios, Inc. et al. v. Sony Corporation of America Inc. et al, traducción de Felipe Sánchez Iregui

⁶ <http://www.museum.tv/archives/etv/B/htmlB/betamaxcase/betamaxcase.htm>, traducción de Felipe Sánchez Iregui

⁷ Vease Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 480 F. Supp. 429, 459 (C.D. Cal. 1979)

⁸ Las discusiones orales de los jueces en la decisión final puede ser escuchada en versión MP3 en <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/768/audioresources>

II. LA INFRACCION DIRECTA, LA INFRACCION INDIRECTA O CONTRIBUTIVA Y LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO O VICARIOUS LIABILITY

Antes de entrar en el análisis de fondo respecto de cada uno de los casos que significativamente han marcado la historia en materia de infracciones de derechos de autor en Internet en lo que a música se refiere, es indispensable poner en contexto al lector en relación con las modalidades de infracción de derechos de autor bajo la legislación de los Estados Unidos de América.

a) Infracción Directa

Al igual que en nuestro sistema de tradición civil latina, la violación de derechos de autor en Estados Unidos de América, se presenta cuando un tercero, sin autorización del autor o titular de los derechos de autor, realiza uno de los actos cuyo ejercicio está reservado exclusivamente a estos.

Bajo los parámetros del copyright Act de 1976 que regula lo concerniente en materia de derechos de autor en estados Unidos de América, la sola creación de una obra (pictórica, grafica, literaria o artística) cuando ella ha sido fijada en un material tangible confiere a su creador el derecho y protección de dicha obra, sin necesidad de ningún tipo de formalidad adicional.

La Ley del Derecho de Autor de 1976 confiere cinco derechos específicos a los titulares de derechos de autor, a saber:

"Reproducir la obra en copias o fonogramas;

*Preparar **obras derivadas** basadas en la obra;*

Distribuir copias o fonogramas de la obra al público vendiéndolas o haciendo otro tipo de transferencias de propiedad tales como alquilar, arrendar o prestar dichas copias;

Presentar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas, películas y otras producciones audiovisuales;

Mostrar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas coreográficas, pantomimas, obras pictóricas, gráficas y esculturales, incluyendo imágenes individuales de películas u otras producciones audiovisuales; e

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. **Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved**

En el caso de grabaciones sonoras, interpretar la obra públicamente a través de la transmisión audiodigital.⁹

Además, algunos autores de obras de artes visuales tienen el derecho de atribución e integridad como se describe en la sección 106A de la Ley del Derecho de Autor de 1976.

De lo anterior es forzoso colegir que solamente el titular de los derechos de autor puede ejercitar estos derechos, los cuales es necesario decir no son de alcance ilimitado o absoluto. En efecto la sección 107 de la Ley del Derecho de Autor de 1976 establece ciertas limitaciones a estos derechos. En algunos casos, estas limitaciones son excepciones específicas de la responsabilidad del derecho de autor. Una de las más conocidas es la doctrina del "uso justo", la cual está basada en el principio de que hay ciertos usos que se le pueden dar a las obras de terceras personas que no constituyen una disminución o pérdida de los derechos del titular.¹⁰

Es importante mencionar que la infracción de derechos de autor directa, no exige que el infractor tenga una intención específica al momento de realizar la infracción, sin embargo si el infractor realiza la actividad con el ánimo de perjudicar al titular de los derechos de autor o de obtener un beneficio económico, el ofendido con la infracción queda facultado para exigir el pago de la indemnización de perjuicios correspondiente al tenor de lo previsto en la sección 504 de la ley de derecho de autor de 1976.¹¹

Una de las consideraciones importantes en materia de infracciones en materia de derechos de autor son los requerimientos que la jurisprudencia americana ha determinado para que se configure cada una de sus modalidades, a saber directa, contributiva o infracción por responsabilidad del hecho ajeno. Para el caso concreto de la infracción directa de derechos de autor se exige que demandante acredite:

- 1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor.

⁹ <http://www.copyright.gov>. En esta página puede encontrarse información más detallada sobre el funcionamiento de los derechos de autor en Estados Unidos de América.

¹⁰ " La sección 107 contiene una lista de los diversos fines con los cuales se puede considerar "justa la reproducción de una obra en particular, como los propósitos de crítica, comentario, noticias, información, enseñanza, estudio académico e investigación.
<http://usinfo.state.gov/espanol/ipr/justo.htm>

¹¹ Copyright Act 1976,

2) Que se realice una copia o reproducción de dicha obra por parte del demandado

En conclusión para que alguien pueda ser objeto de condena frente a un caso de infracción directa de derechos de autor, debe ser el demandado quien materialmente realice el acto cuyo ejercicio le está asignado exclusivamente al titular de los derechos de autor.

La ley de derechos de autor de Estados Unidos de América es de carácter federal y por ende cualquier caso de infracción de derechos de autor debe ser conocido por una corte del Distrito. Para ello existen cortes de distrito en cada estado y en muchos existe más de una, tal y como ocurre en New York donde hay cuatro.

El problema de las infracciones de derechos de autor es que normalmente el caso no es tan fácil de probar como cuando el supuesto infractor reconoce haber realizado la copia no autorizada o como cuando se encuentran los elementos con los cuales se realizó la infracción, por ejemplo una fotocopidora o una quemadora de discos de DVD de carácter industrial etc.

Así las cosas, en la mayoría de los casos el problema radica en poder probar la infracción, para lo cual las Cortes de Estados Unidos han establecido parámetros de prueba indirecta de la infracción. Existen dos criterios que permiten a una Corte en Estados Unidos determinar la infracción en forma indirecta, a saber: probando que el infractor tuvo acceso a la obra objeto de protección y que existe similitud sustancial entre la supuesta obra reproducida y la obra objeto de protección.¹²

En su artículo "Remedies for Copyright Infringement" David V. Radack afirma que: " Si el demandado puede demostrar que no tuvo acceso a la obra objeto de protección, de hecho entonces la supuesta obra infractora realmente no lo es pues habría sido creada en forma independiente, incluso si las dos obras son muy similares o casi exactas. Igualmente, si el demandado puede probar que entre las dos obras no existe similitud sustancial, pues no habrá infracción de derechos de autor"¹³

El acceso a la obra por parte del demandado, afirma David V. Radack, en el artículo que venimos comentando, puede ser probado por el demandante, acreditando que el demandado vio o tuvo conocimiento de la obra objeto de protección o que al menos tuvo una oportunidad razonable para verla o conocerla.

¹² Lease: "Remedies for Copyright Infringement" por David V. Radack ,
<http://www.tms.org/pubs/journals/JOM/matters/matters-9805.html>

¹³ Supra, traducción de Felipe Sánchez Iregui

El otro aspecto crucial en la prueba indirecta de la infracción es la similitud sustancial entre la obra objeto de protección y la supuesta obra reproducida y en esto debemos ser claros que dicha sustancialidad no solo puede referirse exclusivamente a la cantidad de la obra que es objeto de reproducción, sino aquellas partes de la obra que pueden ser consideradas relevantes. Para ello las Cortes en Estados Unidos sólo pueden entrar a resolver sobre el asunto, según las circunstancias de cada caso concreto.

b) Infracción Indirecta o contributiva

La infracción indirecta es realmente una teoría creada a lo largo de los precedentes judiciales y por ende no es construcción legal que pueda ser hallada en el copyright Act de 1976.

La infracción indirecta de derechos de autor tiene lugar cuando el demandado "con conocimiento de que una actividad que realiza un tercero es constitutiva de infracción de derechos de autor, la induce, patrocina o contribuye materialmente a ella"¹⁴

Como el lector puede haberlo deducido, para que se hable de infracción indirecta de derechos de autor, debe existir como prerrequisito, infracción directa cometida por un sujeto distinto al demandado. En este mismo sentido la jurisprudencia fue sentada en el famoso caso de **Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1371 (N.D. Cal. 1995)**¹⁵

Así las cosas, las condiciones que debe probar el demandante para que frente a un caso concreto se hable de infracción indirecta de derechos de autor son:¹⁶

- "1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor.

- 2) Que se realice una copia o reproducción no autorizada de dicha obra por parte de un tercero,

¹⁴ *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F. 2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971)., Traducción de Felipe Sánchez Iregui

¹⁵ Vease también *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

¹⁶ Vease también *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421, 423 (9th Cir. 1987) y *Inc. v. Payday, Inc.*, 886 F.2d 1081, 1085 n.3 (9th Cir. 1989)

- 3) Que el demandado tiene conocimiento de la actividad constitutiva de infracción de derechos de autor por parte de dicho tercero
- 4) Que el demandado contribuye materialmente en la infracción e induce o patrocina dicha actividad.¹⁷

c) Vicarious Liability o La Responsabilidad Legal por el hecho de un tercero.

Al igual que en el caso de la infracción de derechos de autor contributiva o indirecta la responsabilidad legal por la infracción de derechos de autor de un tercero es una teoría elaborada por las cortes y por ende todo su desarrollo es jurisprudencial.

En general la responsabilidad legal por la infracción de derechos de autor exige la presencia de infracción directa de un tercero y por ende la concurrencia de los siguientes requisitos debe ser probada por el demandante en un caso concreto:

- 1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor.
- 2) Que se realice una copia o reproducción no autorizada de dicha obra por parte de un tercero,
- 3) Que el demandado tenga derecho y habilidad para controlar los actos del tercero infractor de derechos de autor¹⁸
- 4) Que el demandado recibe un beneficio económico por razón de los actos del tercero infractor de derechos de autor¹⁹

¹⁷ <http://www.crblaw.com/> Traducción de Felipe Sánchez Iregui

¹⁸ Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1325-26 (D. Mass. 1994)

En lo atinente a la pretensiones dentro de una acción legal por razón de infracción de derechos de autor, ya sea por infracción directa, contributiva o por el hecho de un tercero, el demandante está facultado no solo para solicitar medidas cautelares "preliminary injunction" a fin de evitar que se sigan ejecutando los actos que configuran la infracción durante el tiempo en que se decide de fondo por el juez o la corte de conocimiento, sino que además el demandante puede exigir la indemnización de los perjuicios que se le han causado "actual damages"²⁰

La indemnización de perjuicios, se puede determinar, calculando todas las utilidades que dejó de percibir el autor o titular de derechos de autor. Por ejemplo calculando todos los discos que dejó de vender por razón de las copias ilegales que el infractor colocó en el mercado. Adicionalmente a lo anterior el demandante o titular de los derechos de autor puede exigir que dentro de los perjuicios, se le reconozcan y adicionen las utilidades que percibió el infractor en la reproducción ilegal, más todos los gastos por razón de honorarios de abogado y tramites procesales. Cuando los perjuicios son muy difíciles de probar, la Corte a petición del demandante puede condenar en lo que en estados Unidos se denominan "statutory damages" o daños legales que van desde quinientos a veinte mil dólares y si además se logra demostrar que el demandado intencionalmente infringió los derechos de autor estos daños legales pueden llegar hasta cien mil dólares por cada acto o hecho que configure la infracción.²¹

¹⁹ Vease *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 306 (2d Cir. 1963).

²⁰ Vease, Copyright Act 1976, sección quinta, Remedies

²¹ **Lease: "Remedies for Copyright Infringement" por David V. Radack ,**
<http://www.tms.org/pubs/journals/JOM/matters/matters-9805.html>

III. NASPTER , LA ODISEA DE LA MUSICA EN INTERNET

Es incuestionable que los productores de fonogramas, los cantantes e interpretes, los artistas y empresarios jamás imaginaron el gran dolor de cabeza que significaría Internet para sus intereses, así como tampoco imaginaron quienes hoy en día se sirven de Internet para descargar música en forma ilegal, que el brazo de la ley pudiera siquiera rozarlos.

Los pasos y procedimientos para la transferencia de archivos sean o no de música, a través de Internet son una actividad tan cotidiana que es muy poco probable que hoy en día un joven ejecutivo, un adolescente y hasta un niño los desconozcan.

La transferencia de archivos musicales fue algo que surgió entre los jóvenes mucho antes que existiera Napster pues bastaba que entre quienes intercambiaban música existiera una conexión, establecida simplemente a través de una cuenta de correo electrónico o email. Así por ejemplo si Juan era amigo de Carlos y conocía la dirección de éste último, podía enviarle archivos musicales, software, video juegos y otras muchas aplicaciones a través del e-mail, generalmente en forma comprimida para que éste último luego de recibido el correo procediera a descargarlo y grabarlo en el disco duro de su computadora.

La revolución de Napster y por ende su gran éxito técnico fue poder permitir que terceros que no se conocían entre si y cuya identidad muchas veces era absolutamente irrelevante, pudieran intercambiar archivos musicales por una vía distinta al tradicional correo electrónico o e-mail. Napster fue el nombre que el creador, Shawn Fanning, un joven de dieciocho años, le dio al software capaz de permitir el intercambio de música en las condiciones mencionadas.²²

²² **MUSICA ON-LINE El "pirata" Napster pasa a ser aliado, por** MIGUEL ÁNGEL CRIADO El acuerdo alcanzado el pasado 31 de octubre por el gigante multimedia alemán Bertelsmann con Napster, el ya celeberrimo servicio para el intercambio de música on-line ha provocado un terremoto en el seno de la industria musical de consecuencias, aún hoy, imprevisibles. En la rueda conjunta celebrada hace una semana se anunció la creación de una joint venture en el que BMG, la división musical de la multinacional teutona, aporta el capital y Napster, la tecnología. Objetivo: desarrollar un modelo de intercambio de canciones bajo suscripción por el que los usuarios de Napster podrán acceder al catálogo musical de la discográfica. Catálogo que incluye a artistas ya consagrados como Carlos Santana o la nueva estrella juvenil Christina Aguilera. Pero poco más se dijo, al menos públicamente. <http://www.el-mundo.es/ariadna/2000/A019/A019-10.html>

a) Como funciona Napster

El programa permite a los aficionados a la música compartir vía Internet sus librerías musicales o archivos de música en formato MP3.²³

Para lograr lo anterior, los usuarios interesados en intercambiar música se interconectan a través de un servidor central administrado por Napster, servidor que les permite buscar canciones de todo tipo de estilos en los discos duros de todos los usuarios conectados al programa y descargar archivos musicales en Mp3, siempre y cuando su tipo de conexión a la Red lo permita.

“El programa solicita al usuario una serie de datos en el proceso de instalación, como los referentes a la velocidad de conexión de que disponen, nombre de usuario y contraseña. Una vez conectados a su servidor se puede acceder mediante un rápido sistema de búsqueda a las canciones que se quieran, siempre y cuando se encuentren almacenadas en los ordenadores de los usuarios que en ese momento estén conectados con Napster. Junto con la canción, y el nombre del usuario o usuarios que la tienen almacenada en sus discos duros, se mostrará el tipo de conexión que estos poseen, modem, cable, DSL, el tamaño del archivo, su duración y su modo de compresión, lo que dará una idea de cual es el usuario más conveniente para efectuar la transferencia más rápida. Asimismo cada usuario es señalado con un color, rojo, amarillo y verde, que los clasifica según su velocidad de conexión.

²³ “Técnicamente, el MP3 es una tecnología para codificar audio o video. Sin embargo, para sus millones de fanáticos es, sencillamente, el más popular formato de archivo disponible en Internet para **comprimir música**. Su nombre viene del MPEG (Moving Pictures Experts Group), un consorcio internacional de expertos que lleva más de diez años proponiendo ideas para codificar audio y video en formato digital, para que puedan ser transmitidos a través de redes y dispositivos informáticos.

Y la gran pregunta es : ¿Para qué comprimir audio? El audio es un tipo de información que consume **mucho** espacio: "64" minutos de música en un CD convencional equivalen a 650 megabytes (MB) de datos. En cambio, "64" minutos de música en MP3 ronda los 45 MB, es decir, **pesa como 14 veces menos**. Y por lo tanto nos ahorra muchísimo espacio en nuestro disco.

Los archivos en MP3 son creados gracias a "encoders" (programas de codificación), que comprimen la música original. El "encoder" analiza la información y descarta partes de ella que son casi imperceptibles para el oído humano. Por eso, si bien un archivo MP3 no tiene la calidad de un CD, es más que suficiente para ser escuchado con el equipamiento de audio de una computadora personal. Y, lo más importante, su capacidad de compresión de datos hace posible que cualquiera pueda **enviar o recibir música por Internet** sin gran esfuerzo.”
<http://personales.com/argentina/salta/infoaudio/2.htm>

El software de Napster guía al usuario en busca de la canción deseada hacia otro usuario que la tiene almacenada en su ordenador. Una vez encontrada, el primer usuario puede transferir esa canción hacia su disco duro utilizando una conexión temporal establecida por Napster. Con Napster, los archivos permanecen en los ordenadores de los usuarios, sin pasar por un servidor centralizado. Lo que hace el servidor de Napster es facilitar la búsqueda de archivos entre particulares, e iniciar el proceso de transferencia entre ellos. Además, y aunque no es un requisito necesario para el intercambio de archivos, es posible la comunicación directa entre las personas registradas a través del chat y sus diferentes canales, asociados cada uno de ellos a un estilo de música.²⁴

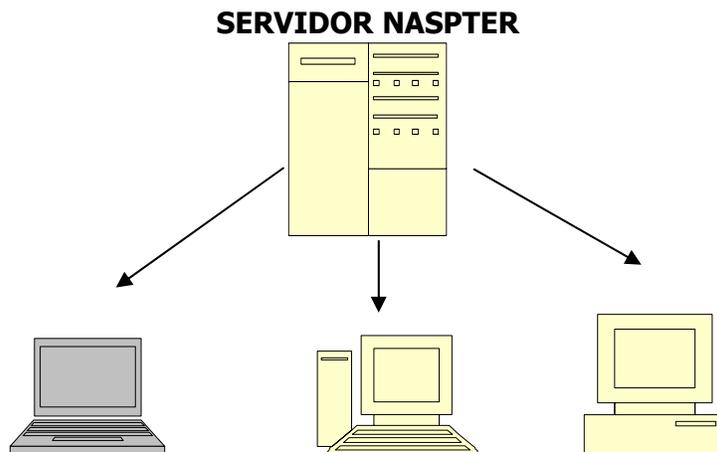
Aunque Napster vino a la vida comercial en Junio de 1999, ya para mediados del año 2000 había sido demandado en una de las acciones legales que más revuelo ha tenido en la historia de los derechos de Autor. Desde un punto de vista puramente académico, la demanda de Sony en 1984 dividió la historia de los derechos de autor en Estados Unidos en dos y Napster determinó una nueva era para los derechos de autor, pero en Internet.²⁵

²⁴ Napster, el software más polémico, por Alfonso Rodríguez,
<http://www.geocities.com/planetapop/napster.html>

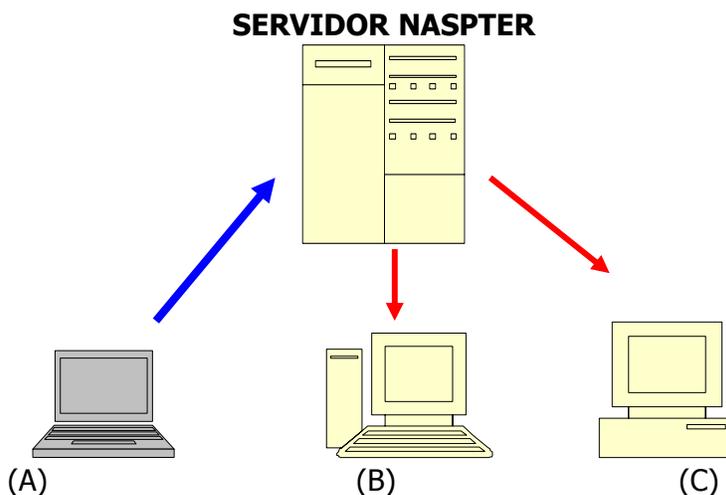
²⁵ La cronología detallada del caso Napster puede ser encontrada en
<http://www.cnn.com/SPECIALS/2001/napster/timeline.html>

DIAGRAMA FUNCIONAMIENTO NASPTER

PRIMER PASO: El usuario descarga el programa de Napster a su computador, el cual le permitirá intercambiar archivos musicales



SEGUNDO PASO: Un usuario (A) desea saber si una canción o archivo musical está disponible y envía la solicitud a Napster, para lo cual este último elabora una lista de todas las solicitudes y las envía a los usuarios (B) y (C) que estén en línea



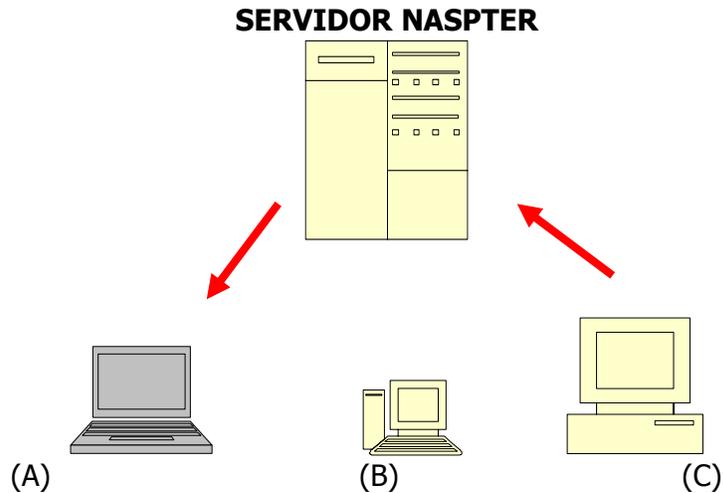
PASO TRES:

-El usuario (C) revela a través del software que ha descargado de Napster, que tiene la canción o el archivo musical solicitado por (A)

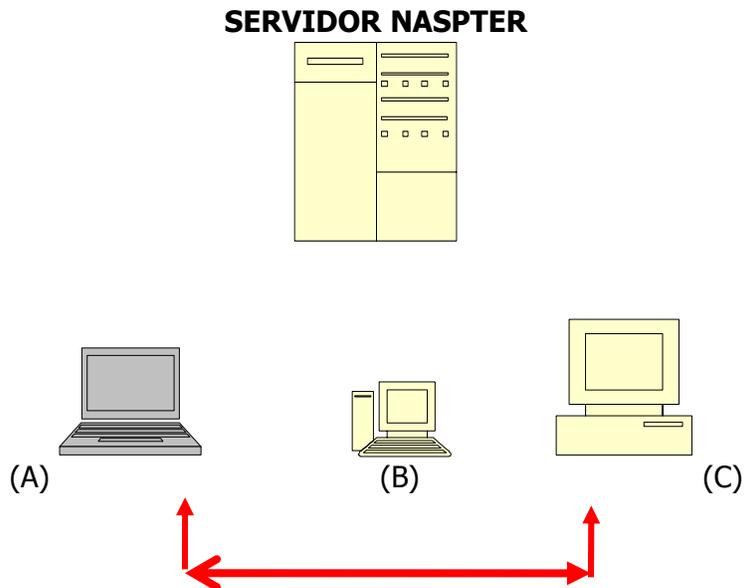
COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

-Napster a su vez incluye en una "lista virtual" que la canción que está esta buscando (A), está disponible en los archivos del computador del usuario (C), hecho que le es notificado al usuario (A) para que éste decida si desea empezar la descarga directamente del computador del usuario (C)



- En caso de que (A) decida empezar la descarga, Napster establece la conexión temporal entre ellos.



Como puede evidenciarse, un usuario del servicio de Napster no podría sin la ayuda de éste:

- a) Saber que otra persona que sea usuario de Napster también, está en línea y que tiene la canción en la que esta interesado en un momento dado,
- b) Saber cual de esos usuarios le conviene más para hacer la descarga de la canción, por tiempo de conexión, cercanía etc
- c) Realizar la descarga de la canción sin la conexión temporal que establezca Napster.

b) Los Cargos Contra Napster

En 1999, Seagram Co. Ltd.'s Universal Music, Bertelsmann AG's BMG, Sony Corp.'s Sony Music, AOL Time Warner Inc.'s Warner Music Group y EMI presentaron demanda formal contra Napster acusándolo de promover e incentivar la reproducción y distribución ilegal de música en una escala masiva, en particular a través de Internet.²⁶

Los cargos específicos fueron

- a) Infracción de derechos de Autor Contributiva
- b) Responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro Vicarious liability.

En lo que respecta al primer cargo los argumentos principales de los demandantes fueron expresados de la siguiente forma:

“Napster ha establecido un negocio redituable sobre la base promover y patrocinar la reproducción y distribución de archivos de música en formato MP3. Adicionalmente en forma intencional ha patrocinado la piratería de música al rehusarse a mantener información que permita la identificación de los usuarios, lo cual impide que se puedan ejercitar las acciones correspondientes contra estos por razón de las infracciones de

²⁶ La demanda original puede ser encontrada en <http://www.riaa.com/news/filings/napster.asp>

derechos de autor que cometen. Napster ha creado un santuario donde la música pirata ha florecido a escalas descomunales.

Napster provee a sus usuarios con la infraestructura, las facilidades, los medios tecnológicos y el soporte y los servicios permanentes que permiten que estas infracciones se cometan. Napster esta comprometido en este proceso desde principio a fin.

A través del empleo del software de Napster que permite el intercambio de archivos musicales, los usuarios escogen cuales de sus canciones en formato MP3 que reposan el disco duro de sus computadores desean poner disponibles para ser copiados por otros usuarios de Napster. Napster entonces elabora un inventario que cada usuario ha determinado y los combina y organiza en una base de datos y directorio que es mantenido en los servidores centrales de Napster y que pone a disposición de todos los usuarios de su software, en lo que el propio Napster denomina su "colección Virtual"

Napster ha puesto a disposición de sus usuarios una serie de herramientas tales como los buscadores, que le permiten a un usuario buscar las canciones no solo por artista sino también por el título de la canción. Adicionalmente ha creado vínculos o links a los archivos musicales, lo cual le facilita aun más a los usuarios la descarga de aquellas canciones respecto de las cuales existen dichos links.

Napster se encuentra involucrado en todo el proceso pues aun en el evento en que un usuario que esté permitiendo que otro descargue un archivo de música y que por un momento se desconecte de la red,- lo que obviamente ocasionaría la interrupción de la descarga,- localice inmediatamente a otro usuario disponible para continuar con la descarga.....²⁷

Los demandantes en el caso de Napster se encargaron de hacer claridad entre la infracción directa que cometía cada persona que se servía del software de Napster, y la infracción que cometía Napster, aclarando que respecto de la primera, cada usuario en concreto infringía dos derechos básicos de todo autor, es decir el derecho a la distribución pública y el derecho a la reproducción de la obra.

Así las cosas, como se podrá recordar, para que exista infracción contributiva se requiere que el demandante pruebe antes que nada que ha existido infracción directa, requisito éste que se encontraría satisfecho en los términos planteados. Respecto a los dos requisitos restantes, -el conocimiento de la infracción y la contribución material,- los demandantes puntualizaron el hecho de que Napster sabía de las actividades ilegales pues los demandantes habían notificado de este hecho por escrito a Napster y que en lo que se refiere a la contribución material, éste estaba involucrado de un modo activo en todo el

²⁷ [A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 \(9th Cir. 2001\)](#). Traducción de Felipe Sánchez Iregui

proceso de infracción al colocar a disposición de sus usuarios todas la herramientas mencionadas atrás.

De lo expuesto puede colegirse que respecto del cargo de infracción de derechos de Autor contributiva, los demandantes tenían lo que en el argot de los tribunales de Estados unidos se denomina "un caso"

El segundo cargo, el de la responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro o vicariuos liability, fue argumentado por los demandantes en los siguientes términos:

"Como se ha establecido aquí, Napster **tenía el derecho de supervisar y controlar la conducta que infringía derechos de autor por parte de sus usuarios**, sin ninguna limitación, pudiendo prevenirla o incluso impedirla a través de limitar el acceso de un usuario infractor a los servicios de Napster o rehusándose a listar las canciones que eran puestas a disposición de otros para ser reproducidas, pero ha fallado en ejercer dicho control y supervisión, lo cual ha redundado en que los usuarios de Napster hayan infringido los derechos de autor de los demandantes.

Tal y como se ha establecido aquí Napster **percibió un beneficio económico** de la conducta infractora de derechos de autor por parte de sus usuarios, específicamente y entre otra cosas, a través de la publicidad que Napster vendía, la cual estaba muchas veces calculada en su valor en razón del número de usuarios de Napster"²⁸ (el énfasis es del autor de este artículo)

De lo expresado anteriormente se deduce que los demandantes acreditaron los requisitos que la Jurisprudencia Americana ha establecido para la responsabilidad por el hecho de otro en infracciones de derechos de autor.²⁹

²⁸ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Traducción de Felipe Sánchez Iregui

²⁹ 1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor.

2) Que se realice una copia o reproducción no autorizada de dicha obra por parte de un tercero,

3) Que el demandado tenga derecho y habilidad para controlar los actos del tercero infractor de derechos de autor

IV. SISTEMAS P2P, ENTRE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD

Al acrónimo P2P proviene de la simplificación de la expresión "peer-to-peer" que es definida por el diccionario Webopedia como:

Un tipo de red en el que cada estación de trabajo tiene capacidades y responsabilidades equivalentes. Está red difiere del sistema tradicional cliente/servidor en el que algunos computadores están dedicados a servir a otros.³⁰

Los sistemas peer to per fueron revolucionados por la compañía holandesa Fast track quien ha licenciado su software a otras empresas entre ellas MusicCity, Morpheus, KaZaA los que se explicaran en detalle más adelante . Este sistema peer to peer no necesita de un servidor central para funcionar como era el caso de Napster, adicionalmente es más rápido y permite un mayor número de usuarios al mismo tiempo.

"Su red funciona sin necesidad de un servidor central, por lo que no se puede exigir a las compañías que proporcionan el software que filtren las canciones. Para ellas es algo virtualmente imposible. Además, los datos viajan de ordenador a ordenador cifrados y a través del protocolo http, el mismo que usan todas las páginas web, por lo que las discográficas tampoco pueden intentar bloquear el servicio por medio de cartas intimidatorias a los proveedores de Internet, como se hizo con la red OpeNap.

Otra de las principales ventajas de FastTrack es que puede soportar hasta un millón de usuarios en una única red sin necesidad de un servidor central y sin que las búsquedas se hagan eternas, algo en lo que Gnutella falla. Para ello, la propia red asigna de forma automática, entre sus usuarios con mayor ancho de banda, el papel de "supernodos": ordenadores que, además de actuar como clientes, funcionan a modo de servidores cuando las necesidades de tráfico así lo reclaman. FastTrack asegura que esto no disminuye el rendimiento del PC llamado a filas, aunque si se desea se puede configurar el programa cliente para no trabajar en el modo "supernodo". Cómo sólo los equipos más potentes se ocupan de las búsquedas, éstas son mucho más rápidas. De este modo se evita el principal cuello de botella de las redes "peer to peer" descentralizadas, como Gnutella, en las que todos los ordenadores actúan como servidores y clientes y cada petición de búsqueda se mueve a través de conexiones que no siempre son tan rápidas

-
- 4) Que el demandado recibe un beneficio económico por razón de los actos del tercero infractor de derechos de autor

³⁰ <http://compnetworking.about.com/library/weekly/aa093000a.htm>, Traducción de Felipe Sanchez Iregui

cómo

seríadeseable.

La tecnología FastTrack, además, clasifica las canciones los archivos de forma mucho más eficiente que sus competidores. Al lado de cada MP3 figura el nombre de la canción, del grupo, el disco, el año de edición, el genero musical y el idioma en el que está cantado el tema. Con las películas o el software el sistema funciona igual: se pueden buscar vídeos especificando comedia, drama, aventuras o erótica (una de las etiquetas más fáciles de encontrar). Las descargas son rápidas y se eliminan los archivos incompletos. Cuando los archivos son especialmente grandes, FastTrack los parte en varios trozos, para aumentar la velocidad, que luego se montan cual puzzle. Si la descarga se interrumpe porque el ordenador que proporciona el archivo se ha desconectado, el programa automáticamente la continúa desde otro usuario distinto. Son muy raros los intentos fallidos.³¹

Pero pasemos a explicar en detalle los sistemas peer to peer desde el punto de vista de su operatividad.

“ Existen en general tres clases de sistemas peer to peer:

Sistemas peer to peer centralizados

Sistemas peer to peer semicentralizados

Sistemas peer to peer descentralizados³²

a) Sistemas peer to peer centralizados

El sistema **centralizado** es precisamente el que utilizaba y aun utiliza hoy en día Napster, en donde un servidor central es el que administra la red y permite la interconexión e intercambio de archivos y que fue ampliamente explicado anteriormente.

³¹ **Napster ha muerto, viva FastTrack por** Ignacio Escolar,
http://es.gsmbox.com/news/mobile_news/all/50868.gsmbox

³² <http://mail.gnu.org/archive/html/gridpt-discuss/2003-07/msg00007.html>. Traducción de Felipe Sánchez Iregui

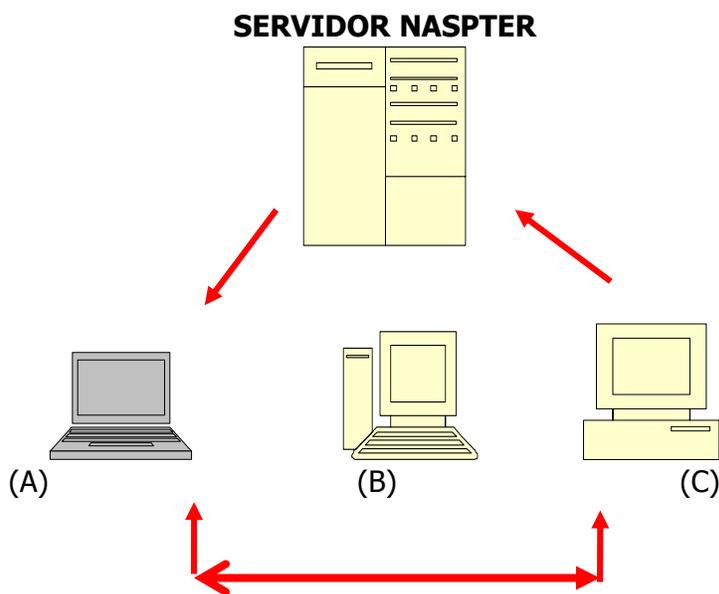


Diagrama sistema Centralizado

b) Sistemas Peer to Peer semi descentralizados

“El sistema **semi descentralizado** usa la idea de supernodos donde cada uno de los computadores o usuarios (peers) son agrupados y organizados jerárquicamente a los cuales se les asigna un supernodo o servidor que es escogido entre los mismos usuarios, generalmente por las mejores características técnicas que tenga un usuario en relación con los del mismo grupo.”³³

³³ Supra

“Cualquier usuario que emplee por ejemplo el programa de kazaа puede convertirse en un supernodo si el computador que posee es moderno y tiene capacidad de conexión a Internet en banda ancha.

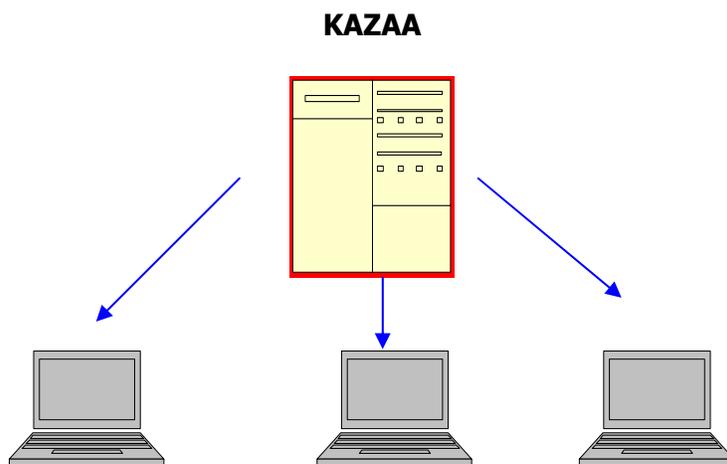
Si su computador funciona como supernodo, los otros usuarios cercanos a Usted, cargaran en su computador una pequeña lista de los archivos que ellos están compartiendo y cuando ello es posible, usando el mismo proveedor de servicios. Cuando ellos están buscando un archivo, ellos envían la petición de búsqueda a su computador ya que Usted está actuando como supernodo. La descarga tendrá lugar directamente entre el computador que cuenta con el archivo a compartir y el computador que hizo la petición del archivo, sin utilizar el supernodo.”³⁴

Es importante mencionar que el programa de Kazaа en sus funciones permite que un usuario que no quiera ser supernodo desconecte esta facultad del programa

DIAGRAMA SISTEMA PEER TO PEEER SEMI-DESCENTRALIZADO

En los sistemas peer to peer **semi-descentralizados** actuales no existe un servidor central que permita la interconexión y el subsiguiente intercambio de archivos. Si un usuario predeterminado deseara descargar una canción los pasos serian en esencia cuatro:

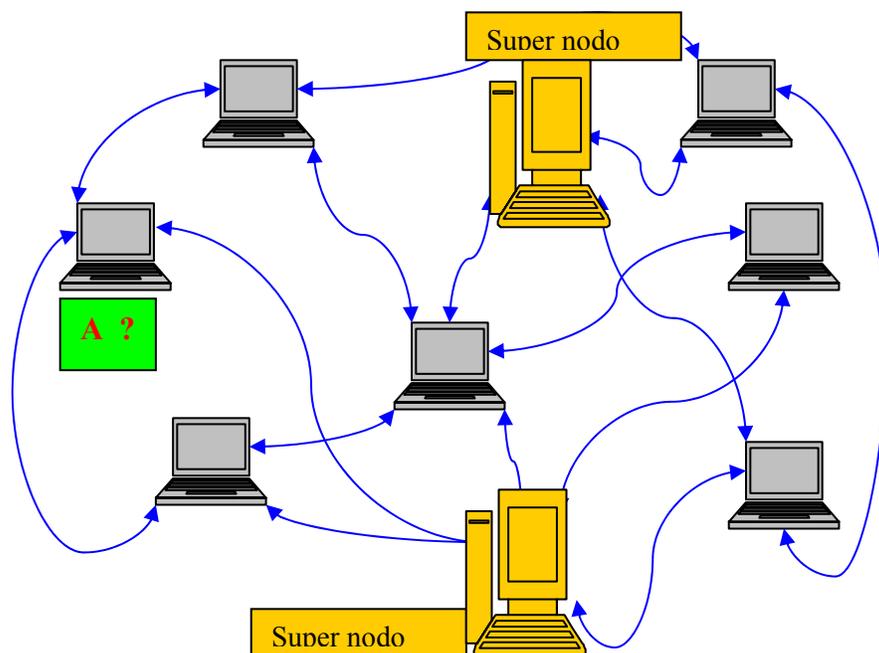
PRIMER PASO: Los usuarios interesados en intercambiar música a través de Internet, descargan el programa correspondiente a su computador, (KAZAA, MORPHEUS, etc) el cual le permitirá intercambiar archivos musicales.



³⁴ www.kazaa.com. Traducción de Felipe Sánchez Iregui

SEGUNDO PASO

El usuario (A), a través del software que ha descargado para el intercambio de archivos musicales y por conducto de un supernodo pregunta a quienes se encuentran en línea, si alguien tiene disponible el archivo musical en el que esta interesado

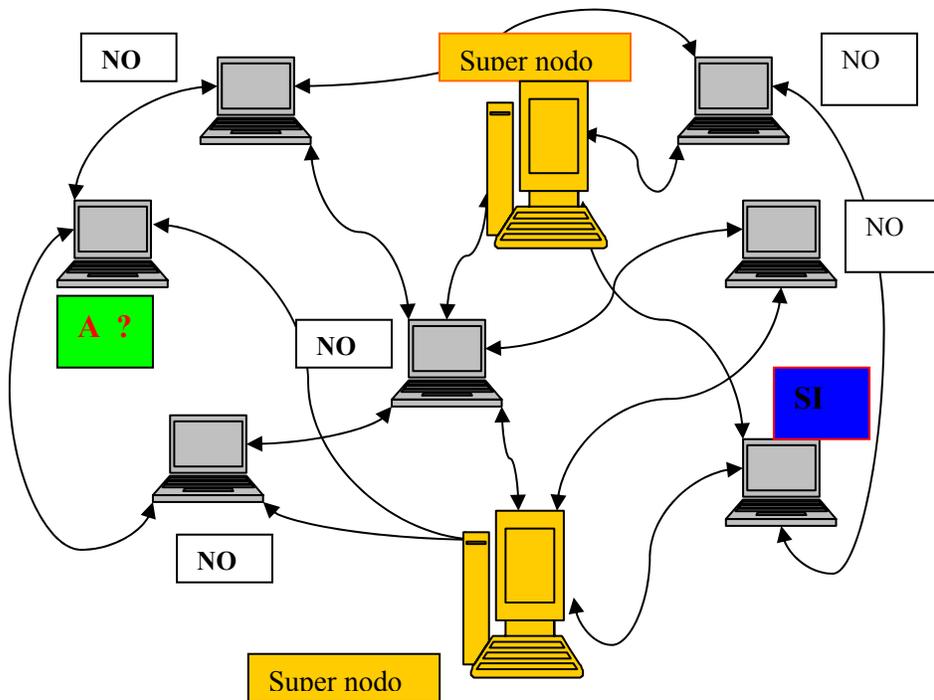


TERCER PASO

El software de intercambio de música a través de uno de los supernodos se encargará de buscar dentro de los computadores de cada uno de los usuarios que estén en línea y que hayan descargado el programa, si alguno de ellos ha puesto a disposición de los otros usuarios el archivo musical en el cual se encuentra interesado el usuario (A).

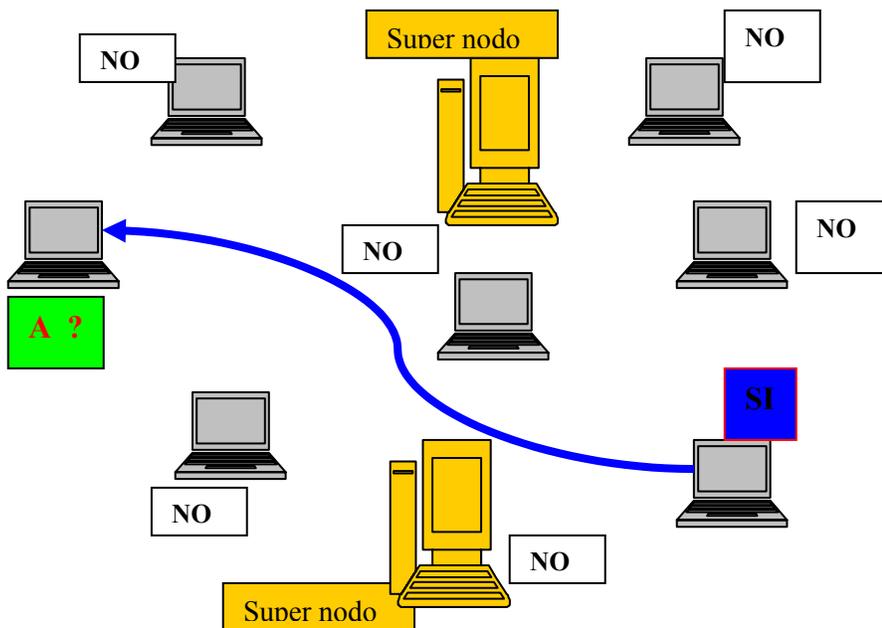
COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved



CUARTO PASO

A través del software de intercambio de música, se establece la conexión directa entre el usuario (A) es decir quien desea descargar la canción a su disco duro y el usuario que puso dicha canción a disposición de todos los que cuentan con el software de intercambio de música. Establecida la conexión, comienza la descarga.



COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

Como puede evidenciarse, un usuario del servicio de Kazaa podría sin la intervención directa de éste:

- a) Saber que otra persona que sea usuario de Kazaa también, está en línea y que tiene la canción en la que esta interesado en un momento dado,
- b) Saber cual de esos usuarios le conviene más para hacer la descarga de la canción, por tiempo de conexión, cercanía etc
- c) Realizar la descarga de la canción sin la conexión temporal directamente entre quien tiene el archivo y quien desea descargarlo.

c) Sistemas Peer to Peer Descentralizados

Finalmente, cuando el sistema peer to peer es **descentralizado**, todos y cada uno de los usuarios funciona como servidor y como cliente y para el caso del presente artículo, el mejor ejemplo es Gnutella, que es hoy en día considerado el padre de los sistemas peer to peer puros .

“Cuando hablamos de Peer to Peer, lo primero que suena es **Gnutella** (<http://gnutella.wego.com/>). De una forma muy abierta, lo podemos definir como una tecnología para compartir información sin restricciones entre sus miembros, a través de Internet.

Su funcionamiento es más o menos así. Cuando un usuario se conecta a esta red, comienza un conteo de los usuarios que están en, llamémoslo así, "su horizonte", que es un número máximo que de usuarios que se pueden ver, que en todo momento serán 10,000; esto se hace para segmentar su utilización y evitar que todos los usuarios se vean entre sí y disminuyan el desempeño del servicio. En principio, la información que buscamos, desde un chiste o un MP3 hasta un programa, los podremos encontrar dentro de nuestro horizonte.

Su importancia radica en que cada usuario comparte TODO lo que quiere, no sólo música o multimedia, sino también documentos, programas y demás; si desea ya no compartirlo, simplemente lo deja de hacer, desde su computadora y sin más preámbulo. Está demostrado que la información tiende a duplicarse en Internet, por lo que este tipo de situaciones no necesariamente implican la desaparición de algo en específico, además que

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

se evita las ligas rotas, páginas desactualizadas y los filtros que ponen los motores de búsqueda de Internet.

Otra de sus ventajas es que es descentralizado, cada usuario es cliente y servidor a la vez, ofreciendo libertad para compartir lo que queramos, al tiempo que es anónimo al no necesitar un registro previo ante nadie y nadie lleva registro de las palabras que un usuario busca.³⁵

³⁵ Tecnología Peer To Peer (P2P), <http://www.mexicoextremo.com.mx/noticias/p2p.php>

“Ejemplos de sistemas completamente distribuidos son Gnutella (y sus variantes Limewire, BearShare, Gnucleus), Morpheus y Freenet. Entre los dos modelos antagónicos (cliente servidor y completamente distribuido) existe una serie muy variada de modelos con *distribución jerarquizada*, donde la idea es agrupar en niveles según la capacidad de contenidos de cada participante. Esta variante es la que proporciona mejor escalamiento, pues distribuye mejor la carga tanto de proceso y el consumo de ancho de banda de comunicaciones. Algunos ejemplos son DNS, KaZaA, Fast-Track, Grokster, Groove, y OpenNap ; todos presentan una cantidad arbitraria de nodos fuente y solicitantes, y una cantidad proporcionalmente mucho menor de enrutadores.” **Redes P2P una nueva forma de almacenar y acceder a la información. Miguel Perez Subias.** <http://www.coit.es/publicac/publbit/bit141/especial/2.pdf>

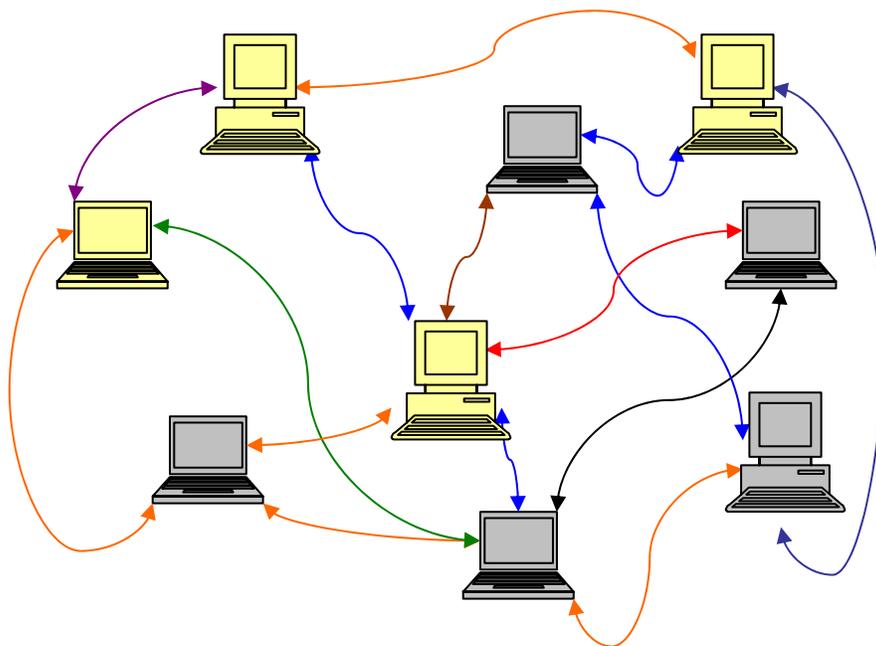


Diagrama sistema descentralizado

De lo expresado hasta aquí podemos colegir que en los sistemas Peer to peer actuales se pueden encontrar una serie de características comunes, dentro de las cuales la flexibilidad tal vez es la más importante, pues precisamente permite que todos los usuarios de la red se adecuen y puedan operar como servidores en sí mismos y por ende es el mecanismo ideal para el intercambio de archivos de toda clase. Adicionalmente pueden ser mencionadas las siguientes:

- 1. Todos y cada uno de los computadores que están interconectados en la red en un momento determinado pueden hacer funciones de servidor y cliente, dependiendo de las necesidades de la red.** Esta característica es muy importante pues en un momento dado por ejemplo un usuario puede requerir un archivo de música y solicitarlo a quienes se encuentren conectados y aquel o aquellos que cuenten con dicho archivo y lo hayan puesto a disposición de los otros miembros de la red, pasaran a convertirse en servidores potenciales de quien esta haciendo el requerimiento.
- 2. La red en si misma permite que usuarios con distintas capacidades técnicas, tales como velocidad de conexión, capacidad de procesamiento etc, puedan interconectarse a pesar de las mismas.**

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

Así entonces no importa si un usuario tiene conexión de alta velocidad y otros simplemente cuentan con una conexión telefónica tradicional, pues la misma red identifica cuales de esos usuarios tiene ventajas técnicas y saca el mejor provecho de ellas. En nuestro ejemplo hipotético del usuario que desea descargar música, el sistema P2P identificará que otro u otros usuarios por ejemplo cuentan con mayor velocidad de procesador y ventajas técnicas para hacer la descarga y le comunicará tal circunstancia a quien esta haciendo el requerimiento, para que éste seleccione el que a su juicio le ofrece las mejores alternativas para la transferencia de los archivos.

- 3. Las redes peer to peer actuales maximizan los recursos de todos y cada uno de los usuarios,** y en el caso de los sistemas semi-descentralizados en donde algunos usuarios asumen funciones de supernodos, la interconectividad es mejorada sustancialmente.

V. LAS ACCIONES LEGALES CONTRA LOS HEREDEROS DE NAPSTER: AUDIOGALAXY, AIMSTER, GRESCTOK Y STREAMCAST

a) AUDIOGALAXY

Este promotor de servicios de intercambio de música comenzó realmente como motor de búsqueda de archivos FTP, pero luego sus creadores decidieron empezar a ofrecer espacio gratuito en su servidor para músicos, disqueras y promotores musicales que quisieran colocar en la red aquellas piezas u obras que deseaban fueran conocidas por potenciales clientes.

“Así las cosas, los artistas y disqueras podían usar la interfase de Internet creada por Audiogalaxy y colocar en el sitio de éste sus archivos musicales en MP3 para que cualquiera que estuvieran interesados en ellos los pudiera descargar. Cuando Napster surgió en Internet, los propietarios de Audigalaxy pensaron que ese mecanismo era una gran oportunidad de colocar a disposición de un mayor número de usuarios en Internet, los contenidos con los que ya contaba Audiogalaxy y así surgió lo que se denominó el satélite de audiogalaxy.....”

“Durante el verano en que Napster fue demandada por RIAA (Recording Industry Association of America), nosotros seguimos el caso muy de cerca. Nosotros nos dimos cuenta de que cualquier acción en ese caso podría directamente afectarnos. En algún momento después de que RIAA nos contactó y entramos en negociaciones con ellos. Comenzamos activamente a bloquear todas las canciones que ellos nos solicitaban (a pesar de que ellos no lo solicitaban de una forma muy eficiente, pues cada miembro tenía su propio formato de archivo de texto o base de datos artistas o nombres de canciones y RIAA tan solo nos enviaba CDs repletos de información desorganizada. Nos tomo designar a una persona tiempo completo para ingresar toda esa información)”³⁶ y ³⁷

³⁶ **R.I.P. Audiogalaxy, by kennon.** <http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675>
Traducción de Felipe Sánchez Iregui

³⁷ **Audiogalaxy, fin de la historia.**

El candado apareció el lunes. Ese día, la empresa responsable de Audiogalaxy llegó a un acuerdo extrajudicial con las discográficas por el que accedía a bloquear todas las canciones que circulaban por sus redes mientras no contasen con una autorización explícita por parte de los propietarios del copyright. La decisión ha supuesto el fin del heredero más popular de Napster para el intercambio gratuito de música a través de Internet.
http://es.gsmbox.com/news/mobile_news/all/90624.gsmbox

A pesar de los esfuerzos de los propietarios de Audiogalaxy, RIAA procedió a demandarlos oficialmente e incluso en los apartes de la demanda se atrevió a afirmar que el programa que había diseñado Audiogalaxy para bloquear las canciones que había suministrado RIAA, hubiera podido ser realizado en mejor forma por un programador de primer año de programación.

En julio 2 de 2002 la demanda fue presentada a través de una acción en donde varias disqueras actuaron en conjunto y aunque los argumentos empleados por los demandantes fueron esencialmente los mismos que contra Napster, en esta acción en particular agregaron un cargo por competencia desleal.³⁸

“El sistema implementado por Audiogalaxy, va más allá de lo que podía hacer Napster, pues al crear el índice de canciones en su librería, puede hacerlo por artistas o géneros musicales que son puestos a disposición de todos los usuarios que cuenten con el programa de Audiogalaxy.”³⁹

Tal vez una de los argumentos más fuertes contra Audiogalaxy, fue que a través de sus archivos musicales podían encontrarse canciones y álbumes que aun no habían sido lanzados al mercado para su venta.

A finales de Julio de 2002, Audiogalaxy y RIAA llegaron a un acuerdo para terminar dicha acción legal, acuerdo reservado en muchas de sus partes pero que según algunos involucró el pago de una significativa suma de dinero⁴⁰

b) AIMSTER

Es sin duda también uno de los casos más interesantes por la tecnología que involucra y muy poco conocida por los usuarios fuera de Estados Unidos.

Aimster, ahora conocida como Madster combinó el uso de los llamados mensajes instantáneos con la transferencia de archivos y los sistemas de encryptamiento. Aimster, se hizo famosa especialmente entre usuarios del sistema de mensajes de AOL.

Aimster vino a al vida virtual en el año 2000, utilizando el sistema de mensajes instantáneos de AOL y funcionaba de una forma sencilla. El usuario debía descargar del sitio de Aimster en Internet, el software correspondiente en forma gratuita e instalarlo en su computador. Dicho software le permitía al usuario ver cuales de los suscriptores de AOL que estaban en red y que usaban el sistema de listas de usuarios llamadas AIM de AOL

³⁸ La demanda completa puede ser encontrada en <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/recordcos/zmbaudglxy52402cmp.pdf>

³⁹ <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/recordcos/zmbaudglxy52402cmp.pdf>

⁴⁰ **R.I.P. Audiogalaxy, by kennon.** <http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675>

estaban en línea. En sus últimas versiones Aimster ya trabajaba con ICQ y otros sistemas de mensajes instantáneos

En su forma más simple, el usuario que quería compartir un archivo musical con uno de sus amigos, simplemente determinaba si dicho conocido estaba en línea y a través de un mensaje instantáneo al que adjuntaba la canción, se la enviaba al destinatario final. En su versión más elaborada, un usuario interesado en una canción, preguntaba a través del software de Aimster por una canción específica y éste buscaba la canción entre quienes la hubieren puesto a disposición de los otros usuarios que habían descargado el programa de Aimster.

Una vez que el programa de Aimster localizaba la canción que estaba siendo buscada por dicho usuario, mostraba en la pantalla del usuario los resultados de la búsqueda y el usuario podía empezar la descarga directamente desde el computador de quien la tenía en sus archivos.

Adicionalmente el usuario a través del chat podía preguntar por canciones específicas para que se las enviaran o las pusieran a su disposición.

El 27 de Noviembre de 2002, una corte del distrito ordenó a Aimster poner a sus actividades y cumplir con la orden cautelar que en su contra se había dictado en Octubre 30 de ese mismo año.

Los cargos contra Aimster fueron al igual que en el caso contra Napster y Audiogalaxy, infracción de derechos contributiva y responsabilidad por el hecho de otro o vicarious liability en una acción emprendida por RIAA en la cual los dos cargos fueron probados.

El sistema de Aimster realmente permitía el intercambio de archivos sobre la base de un software que operaba en un administrador central que era el que canalizaba las búsquedas. Así las cosas, las argumentaciones en el caso contra Napster fueron repetidas por **RIAA**, y la decisión judicial las encontró plenamente aplicables.⁴¹

c) GROKSTER LTD (Morpheus), STREAMCAST NETWORKS (MusicCity), EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS SISTEMAS P2P

Sin duda una de las decisiones más interesantes es la que tuvo lugar el pasado mes de Julio cuando por primera vez en un caso que se esperaba siguiera los precedentes en donde los sistemas de intercambio de música habían sido severamente atacados por los jueces en Estados Unidos, pero que a la postre marcó la diferencia y determinó el principio de la legalidad de los sistemas p2p.

⁴¹ El texto completo de la decisión puede ser encontrado en www.riaa.com

El fundamento para la acción emprendida por the Metro-Goldwyn-Mayer tuvo como base el hecho de que los programas P2P que pueden ser descargados de Grokster y de streamcast en Internet sirven para el intercambio de películas y otros contenidos digitales, incluyendo música a través de dicho medio.

Es importante resaltar que StreamCast, era conocido en el mundo de intercambio de archivos a través de Internet como MusicCity antes de que cambiara su nombre por razones comerciales.

Como se verá más adelante, la acción fue dirigida contra dos de las compañías más grandes que en la actualidad promueven el intercambio de archivos digitales sea música o no a través de Internet. Para ello a lo largo del análisis de la decisión judicial será necesario hacer algunas aclaraciones que permitan determinar por que frente a cada uno de los demandados aunque la decisión de absolución de los cargos fue la misma, los argumentos en la parte motiva fueron sustancialmente distintos.

El origen común de los dos programas, el de STREAMCAST y el de GROKSTER se denomina Fast track, un software que fue desarrollada por Niklas Zennström y Janus Friis quienes también fueron demandados dentro de la misma acción.

Aunque las dos compañías demandadas utilizan la misma red para el intercambio de archivos y están orientadas por un origen tecnológico común, cada una de ellas distribuye a través de los sitios que tiene en Internet, software gratis que puede ser descargado por cualquier usuario y cada una de ellas promociona su marca y presta sus servicios de publicidad en forma independiente.

No obstante lo anterior, STREAMCAST no utiliza hoy en día la tecnología Fast Track que solía emplear en sus primeros días, ya que la reemplazó por la tecnología de Gnutella denominada "open" y distribuye su propio software denominado "Morpheus" que en la actualidad es uno de los más empleados para el intercambio de archivos a través de Internet.

GROKSTER por el contrario aun emplea la versión de Media Desktop de KAZAA, pues tiene una licencia de éstos, quienes operan la misma tecnología FastTrack mencionada anteriormente.

En conclusión GROKSTER Y KAZAA emplean hoy en día Fast Track y STREAMCAST utiliza una versión "open" de Gnutella. Este aspecto tecnológico es importante tenerlo presente ya que como recordara el lector, dentro de la clasificación de los sistemas P2P:

- a) Napster, es centralizado,
- b) KAZAA y por ende GROKSTER quien tiene licencia de aquel son sistemas P2P semi-descentralizados que utilizan la tecnología de supernodos la cual se explico anteriormente y

- c) STREAMCAST que utiliza tecnología Gnutella es un sistema P2P totalmente descentralizado que también fue explicado anteriormente.

1) Los cargos contra Grokster y Streamcast

Para los demandantes, los sistemas de GROKSTER y STREAMCAST utilizan una tecnología igual a la de Napster, y por ende al igual que éste son responsables por

- a) Infracción de derechos de Autor Contributiva
- b) Responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro Vicarious liability.

“ Aunque novedoso en importantes aspectos, ambas plataformas, Grokster y Morpheus operan de una manera conceptual a como funcionaba Napster tal y como se describió en *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

En ambos casos, el software puede ser transferido al computador del usuario o “descargado”, desde el servidor que opera cada uno de los demandados. Una vez instalado el usuario puede elegir “compartir” ciertos archivos localizados en su computador, incluyendo por ejemplo, archivos musicales, de video, aplicaciones de software, e-books y archivos de texto.

Cuando el software que ha sido descargado es instalado y el usuario decide utilizarlo, dicho software automáticamente lo conecta a una red peer to peer (Fast track en el caso de Grokster y Gnutella en el caso de Morpheus) y permite que cualquier archivo que se desee compartir pueda ser transferido a otro usuario que se encuentre simultáneamente conectado a la misma red Peer to peer.

Ambos software, el de Morpheus y el de Grokster provén un rango de medios a través de los cuales un usuario puede buscar a través de toda la red, la información disponible para compartir. Por ejemplo, un usuario puede elegir buscar solo archivos de música y luego ingresar la palabra clave de búsqueda, el título, o el artista. Una vez la búsqueda comienza, el software exhibe o despliega una lista (o lista parcial) de aquellos usuarios que se encuentran en ese momento conectados a la red peer to peer y que han puesto a disposición de otros usuarios aquellos archivos que están siendo buscados por el usuario inicial, incluyendo el tiempo estimado o requerido para la transferencia de cada archivo.

El usuario puede entonces hacer click sobre una lista específica para iniciar la transferencia directa desde el computador donde se encuentra el archivo solicitado al computador de quien lo solicitó. Cuando la transferencia ha finalizado tanto quien solicitó

el archivo como quien lo compartió, cuentan con copias exactamente iguales del mismo y este último ahora posee una copia que puede inmediatamente empezar a compartir con otros usuarios. Múltiples transferencias a otros usuarios ("uploads"), o desde otros usuarios ("downloads"), pueden ocurrir simultáneamente a y desde un simple computador de cualquier usuario."⁴²

2) Grokster y Streamcast hacia la legalidad

El caso fue decidido por el Juez STEPHEN V. WILSON y sin duda alguna es una de las más grandes pérdidas que en materia judicial ha tenido que afrontar RIAA (Recording Industry Association of America) quien desde entonces decidió tomar acciones legales directamente en contra de quienes descargan archivos de música a través de Internet.

STEPHEN V. WILSON, empieza en la parte motiva de su fallo haciendo referencia al caso de Napster, aclarando que tanto en dicho caso como en el de Grokster y Streamcast es indiscutible que existe infracción de derechos de autor directa por cada uno de los usuarios que han decidido compartir archivos musicales a través de Internet haciendo uso de los programas de los demandados.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico lo anterior es cierto no solo bajo el régimen legal anglosajón sino desde la perspectiva de los sistemas de tradición civil latina y bajo los parámetros de los actuales tratados de la OMPI de derechos de autor y derechos conexos. Dado que solo el autor o titular de los derechos de autor está legalmente facultado para realizar o autorizar copias de sus obras y que solo excepcionalmente se permite a terceras personas realizar una sola copia sin fines de lucro y para uso personal, es claro que cuando alguien permite que terceras personas "copien" del disco duro de su computador archivos musicales o de otro género que pertenecen a terceras personas, esta realizando una distribución y reproducción de la obra fuera de los parámetros de la excepción.

El juez Wilson pasa luego a ocuparse del caso y en concreto respecto del cargo de infracción de derechos de autor contributiva, recalca la importancia de se acrediten los dos factores esenciales para declararla, es decir el conocimiento de la actividad que infringe derechos de autor y la contribución material. Respecto del primer factor entra a mencionar el caso de Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., argumentando que no basta el conocimiento genérico de que un producto pueda llegar a ser usado para infringir derechos de autor. En otras palabras, cuando Sony inventó el Betamax, sabía que podía ser usado no solo para hacer copias legales con fines de uso privado, pero también era consciente de que con el mismo se podían hacer copias ilegales de películas.

⁴² METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS, INC v GROKSTER, LTD.'S AND STREAMCAST NETWORKS 2003. Traducción de Felipe Sanchez Iregui

Ese conocimiento no fue suficiente para declarar a Sony culpable de infracción contributiva.

Señala adicionalmente que los software de Grokster y streamcast pueden ser usados para actividades ilegales, pero también para transferir archivos en forma legal, tal como documentos cuyo autor ha puesto libremente en la red para ser accedidos por cualquier persona, o software libre de licencia etc. Señala Wilson adicionalmente que en el caso contra Napster tomado como base el caso de Sony, el juez de conocimiento no determinó la infracción contributiva solo por el hecho de que los sistemas peer to peer pudieran ser usados también para actividades ilegales.

El conocimiento de la actividad ilegal no puede ser meramente circunstancial o previsible, por el contrario se requiere que el demandado tenga un verdadero conocimiento de la actividad de infracción directa que se está ejecutando en un momento determinado y omite detener dicha actividad cuando ello le sea posible. En el caso de Napster dicho conocimiento quedo probado con una declaración que el mismo Napster entregó en donde reconoció que muchos de sus usuarios intercambiaban música en forma pirata.

Señala el Juez que en el caso a su cargo era evidente que Grokster podía llegar a tener y de hecho tenía conocimiento de que muchos de sus usuarios empleaban el software para realizar actividades ilegales, pero el punto es que Grokster no podía hacer nada para detenerlos.

Respecto del segundo factor, es decir la contribución material, el Juez Wilson señala que en el caso de Napster el noveno circuito encontró que la misma estaba demostrada por el hecho de que sin el soporte y los servicios que prestaba Napster los usuarios no hubieran podido encontrar y descargar la música que ellos querían. En el caso de Grokster, éste utilizaba el mismo software de KAZAA por licencia que obtuvo de Consumer Empowerment BV, y por ende no tenía acceso al código fuente ni podía modificar las funciones del programa.

Grokster, agregó, no operaba con un sistema centralizado como el de Napster, por el contrario empleaba la tecnología de Fast track de supernodos. Un nodo es punto final en Internet, es decir típicamente, el computador de un usuario conectado a Internet es un nodo. Un Supernodo es un nodo que tiene funciones ampliadas y que acumula información de otros nodos

Wilson en la sentencia que venimos comentando, aclara que el computador o nodo de un individuo que use el software basado en el sistema Fast Track, seleccionara automáticamente si tiene funciones de supernodo en un momento determinado, así el computador de un usuario puede ser supernodo un día y al siguiente ya no, dependiendo de los recursos y las necesidades de la red.

Así las cosas, técnicamente Grokster no tenía a juicio de Wilson control sobre los supernodos en un momento dado y una vez que un usuario entraba a la red, toda la conexión se hacía a través de supernodos los que direccionaban y procesaban los

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

requerimientos o búsquedas que estaba realizando dicho usuario independientemente y sin ninguna intervención o control de Grokster.

Según Wilson, el caso de Streamcast (morpheus) es distinto al de Napster por dos razones, primero porque ellos son los propietarios del software que operan y en segundo lugar porque el sistema que operan está basado en una red abierta peer to peer que trabaja sobre la plataforma de Gnutella.

"Gnutella es una verdadera red peer to peer aun más descentralizada que fase Track. Un usuario se conecta a la red de gnutella a través de contactar a otro usuario que ya este conectado. Esta conexión inicial es usualmente realizada en forma automática después de que el computador de un usuario contacta uno cualquiera de de los muchos directorios públicamente disponibles, conformados por quienes ya están conectados a la red de Gnutella. En lugar de usar supernodos, los usuarios se interconectan de usuario a usuario para hacer la búsqueda de los archivos en los que están interesados"⁴³

Así las cosas podrá deducir el lector que el Juez Wilson encuentra que no existe contribución material y por ausencia de uno de los factores que configurarían la infracción contributiva, decide absolver a los demandados respecto de este cargo.

Respecto del segundo cargo, el de responsabilidad por el hecho de otro o vicarious liability, el Juez Wilson vuelve y se apoya en el caso de Napster y recalca la necesidad de reunir los dos elementos para declararla, es decir que el demandado tenga la habilidad de supervisar la actividad que se considera infracción de derechos de autor y que tenga un interés económico directo en la misma.

Para Wilson es claro que los demandados Streamcast y Grokster reciben un beneficio económico cierto derivado de la publicidad que venden. Sin embargo respecto del control y supervisión señala que la misma no se da debido a la forma técnica en que operan ambos software según ya se explicó y concluye que incluso, si los demandados desaparecieran de la escena de Internet, los usuarios seguirían realizando actividades que configuren infracción de derechos de autor.

⁴³ Supra

VI. LA RESPONSABILIDAD LEGAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL USUARIO

b) RIAA vs los Usuarios

Justo después del fallo en donde se exoneraron de los cargos a Streamcast y Grokster, RIAA decidió entonces empezar a demandar selectivamente a quienes utilizarán programas a través de los cuales se intercambiaban archivos de música. Las demandas empezaron el pasado mes de octubre y al día de hoy son más de 387 personas las que en Estados Unidos han sido el blanco de RIAA.⁴⁴

El argumento es claro, aunque no hay responsabilidad legal de quienes distribuyen el software, si existe infracción directa de derechos de autor por parte de quienes usan software como el de KAZAA, específicamente por distribuir obras protegidas a través de Internet. Esto quedó evidenciado en los fallos contra Napster, Streamcast y Grokster en donde los jueces de conocimiento declararon que era un hecho probado que existía infracción directa por distribución de obras por parte de quienes utilizaban dicho software⁴⁵

⁴⁴ "Vamos a empezar a apuntar nombres y preparar demandas contra los usuarios de redes P2P (de igual a igual) que distribuyen de forma ilegal archivos musicales y canciones en mp3 a millones de usuarios", ha dicho el presidente de RIAA, Cary Sherman.

Esta Asociación de compañías discográficas, de la que forman parte empresas como AOL Time Warner, Vivendi, Bertelsmann, Sony y EMI, no pretende demandar a todos los usuarios de los programas P2P sino sólo a un grupo selecto que se estima son los que más daño causan a la industria discográfica, aunque las demandas podrían situarse en el orden de los miles." http://infotk.blogs.com/infotk/2003/10/demandarn_a_usu.html

⁴⁵ " Entre la nueva tanda de demandas emprendidas por la RIAA, se encuentra como acusada Megan Dickenson, una niña de 15 años de edad a la que la industria discográfica reclama 825.000 dólares en concepto de indemnización.

Megan Dickenson, es una adolescente de Seattle, usuaria habitual de KaZaA a la que la industria discográfica acusa de trasvasar aproximadamente 1.100 canciones con dicho programa de pares.

La demanda de la industria discográfica le reclama 750 dólares por canción, por lo que el montante económico asciende a 825.000 dólares.

No obstante la industria discográfica se conformaría con 3.500 dólares para dar el asunto por zanjado." <http://www.aclantis.net/article3303.html>

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

Esta batalla a los sistemas de intercambio de archivos a través de redes peer to peer se dará en todos los frentes y prueba de que es así es que ya en España también se han presentado demandas

“Los usuarios que están descargando u ofreciendo programas pirata a través de plataformas P2P (peer to peer, programas para compartir) deben empezar a preocuparse.

38 empresas españolas de software han presentado una denuncia ante la **Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía (B.I.T.)**, contra esta práctica habitual en la Red. En un principio, la iniciativa partió de 32 empresas, pero al darse a conocer la denuncia se sumaron seis más. Las compañías no desean facilitar su identidad por temor a represalias de un sector de Internet.⁴⁶

No obstante el auge que las demandas que venimos comentando han tomado en Estados Unidos, para todo existe quien ve las cosas desde una perspectiva distinta. Así por ejemplo EFF (Electronic Frontier Foundation. www.eff.org) que es una asociación sin ánimo de lucro y que ha sido una de las más arduas defensoras de que Internet no tenga ningún tipo de regulación publicó en su página en Internet una serie de recomendaciones para que las personas no sean demandadas por RIAA e incluso creo una base de datos con un programa que permite a un usuario por nombre o por dirección IP saber si la RIAA ha solicitado ante una corte la citación de una persona por compartir archivos de música.⁴⁷

De hecho en Enero 21 de 2003 en el caso de RIAA v. VERIZON, una corte del Distrito determinó que los titulares de derechos de autor podían obtener ordenes o citaciones para exigir a los proveedores de servicios en Internet (ISPs) revelar la identidad de sus clientes que hayan infringido derechos de autor a través de sistemas de intercambio de archivos peer to peer.⁴⁸

Megan Dickenson se justifica alegando que en ningún momento se le advirtió que estaba realizando algo ilegal.

⁴⁶ **Primera denuncia contra usuarios P2P Profesionales y descargadores, en el punto de mira**
<http://www.terra.es/tecnologia/articulo/html/tec9427.htm>

⁴⁷ A primero de Diciembre de 2003 existen 2244 citaciones o subpoenas relacionados con personas que comparten música en Internet en Estados Unidos de America. Un subpoena o citación puede solicitar por ejemplo que un proveedor de servicios e Internet, lease AOL , 007 mundo, cablenet etc, sea obligado a revelar ante un Juez la identidad y datos de un usuario de dicho proveedor de servicios. <http://www.eff.org/IP/P2P/riaasubpoenas/>

⁴⁸ El fallo puede ser encontrado en
http://www.techlawjournal.com/courts2002/riaa_verizon/20030121.asp

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

En lo que respecta a la situación de Latinoamérica, ésta no se queda atrás y es claro que los sistemas de intercambio de música son un problema de índole mundial. En materia legal puede afirmarse que quienes en Latinoamérica se dedican a esta práctica, también pueden estar en la mira de RIAA u otras organizaciones o compañías disqueras pues es evidente que existe infracción de derechos de autor tanto patrimoniales como morales por la realización de tales prácticas.

Así por ejemplo, Colombia, Venezuela, Ecuador Bolivia y Perú a los cuales se les aplica la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena entran en la categoría mencionada.

“Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o **divulgarla**;
- b) Revindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechos habientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. ”

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;**
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;**
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;**

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. "(el subrayado y resaltado son nuestros)"⁴⁹

Cuando un usuario emplea software como el de KAZAA, MORPHEUS, o similares y a través de ellos pone a disposición de otros usuarios o distribuye obras protegidas tales como software, música u otros archivos, está incurriendo en infracción de derechos patrimoniales y morales de autor pues al permitir que terceros reproduzcan dichos archivos del disco duro de su computador, está distribuyendo públicamente la obra, que como se prevé en las normas transcritas, es un derecho exclusivo del Autor.

En países como Argentina, Uruguay, Paraguay, al igual que varios países de Centroamérica la conclusión es exactamente la misma.

Argentina:

"*Artículo 2.-* El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma"⁵⁰

Chile:

Ley 17.336 del 28 de agosto de 1970,

"

CAPITULO V

DERECHO PATRIMONIAL, SU EJERCICIO Y LIMITACIONES

Artículo 17.- El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros.

Artículo 18.- Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

- a) Publicarla mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición y, en general, cualquier

⁴⁹ Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena

⁵⁰ **Ley 11.273, <http://www.cerlalc.org/documentos/argenn.htm>**

otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro;

b) Reproducirla por cualquier procedimiento;

c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquiera otra forma que extraña una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción.

d) Ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizado en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio.”⁵¹

b) Los tratados de la OMPI sobre derechos de autor y derechos conexos

Adicionalmente a todo lo expresado debe ser mencionado que el derecho de reproducción está consagrado en las legislaciones mencionadas como un derecho exclusivo tanto de los titulares del derecho de autor, como de los titulares de los derechos conexos. No obstante lo anterior, en la mayoría de las legislaciones se permite excepcionalmente la reproducción de la obra en un solo ejemplar, con fines privados y sin ánimo de lucro.

Lo que debe quedar claro es que la fijación en el disco duro o en la memoria random de un computador de una obra, constituye sin lugar a dudas un acto de reproducción de la obra, que agotaría la excepción que venimos comentando. Lo anterior es muy importante por cuanto muchas personas, especialmente usuarios de Internet tienen la concepción errada de que la reproducción debe comportar la posibilidad de movilidad del soporte material, lo cual no es cierto.

Lo anterior debe ser concordado con los tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor y derechos conexos, mal llamados tratados Internet por algunos, los que vinieron precisamente a tratar de regular la transmisión, divulgación y reproducción de obras a través de las nuevas tecnologías.

“Artículo 6 Derecho de distribución

⁵¹ <http://www.cerlalc.org/documentos/chile.htm>

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.
- 2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

Artículo 8

Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*.1)ii), 14.1)ii) y 14*bis*.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Artículo 10

Limitaciones y excepciones

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.⁵²

Como puede evidenciarse, es claro que cualquier persona que tenga en su computador una obra que haya reproducido (suponiendo en ejercicio de su derecho de obtener una copia, para fines privados y sin ánimo de lucro) y luego decida permitir que terceros accedan a ella por cualquier medio, estarían violando las disposiciones del tratado de la OMPI, el cual no sobra decir ha sido adoptado por una gran cantidad de países del mundo, muchos de ellos latinoamericanos.

Aun más significativo respecto de las transmisiones de archivos, especialmente los musicales a través de Internet, es el tratado de la OMPI, SOBRE INTERPRETACIÓN O

⁵² TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR , *adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996*

EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996 en donde de modo expreso se estableció:

Artículo 2

Definiciones

A los fines del presente Tratado, se entenderá por:

- a) "artistas intérpretes o ejecutantes", todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore;
- b) "fonograma", toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual;
- c) "fijación", la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo;
- d) "productor de fonogramas", la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos;
- e) "publicación" de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma, la oferta al público de la interpretación o ejecución fijada o del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente;
- f) "radiodifusión", la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento;
- g) "comunicación al público" de una interpretación o ejecución o de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. A los fines del Artículo 15, se entenderá que "comunicación al público" incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

Artículo 6

Derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones:

1. la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y
2. la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

Artículo 7 **Derecho de reproducción**

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

Artículo 8 **Derecho de distribución**

- 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad.
- 2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con autorización del artista intérprete o ejecutante.⁵³

Sin lugar a dudas las disposiciones de los tratados de la OMPI implícitamente distinguen entre reproducir y distribuir.

Como se mencionó en la mayoría de las legislaciones del mundo se permite que las personas por vía de excepción realicen copias de obras protegidas por los derechos de Autor, siempre y cuando dicha copia se realice con fines privados. En este sentido la Oficina de derechos de autor de Canada, se pronunció el pasad 12 de Diciembre en donde para dicha entidad, no es ilegal reproducir o bajar música de Internet (download), pero compartirla si lo es (upload).

⁵³ TRATADO DE LA OMPI, SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996

“¿ DESCARGAR MUSICA NO ES ILEGAL PERO COMPARTIRLA SI?

Canadá, Un paso adelante en el control de swapping a través de Internet?

En una decisión controversial, La Oficina de Derechos de autor en Canada, ha decidido que la descarga de música utilizando sistemas peer to per no es ilegal, pero que poner a disposición de otros (distribuir) música protegida por derechos de autor si es ilegal.

En otras palabras, si un usuario, a través de un programa como KAZAA, MORPHEOUS o GNUTELLA decide descargar música a su computador desde el computador de un tercer usuario, no estaría infringiendo derechos de autor. No obstante lo anterior, el tercero que pone a disposición de muchas personas archivos musicales si estaría incurriendo en infracción de derechos de autor.

Esta decisión estuvo precedida de una serie de circunstancias únicas en materia de descargas de archivos a través de Internet, en donde los ISP (proveedores de acceso a Internet) tuvieron algo que ver. En efecto, el pasado otoño Bell Canadá generó un sobre cargo a todos aquellos de sus usuarios que hubieren o que en el futuro descarguen más de de unos limites razonables o toques que se fijaron (entre 2 gigabytes y 20 gigabytes por mes). Esta medida cuya implementación exigió a Bell Canadá establecer medidas tecnológicas costosas, podría ser el mejor control al problema del swapping en el mundo.

Según la interpretación de la Dirección de Derechos de Autor de Canadá, adoptada este viernes 12 de Diciembre, “Para el régimen legal, (canadiense agregamos) no es importante la fuente de donde el material es copiado. No hay requerimiento alguno en la sección VIII de que la fuente de la copia tenga que ser otra copia no ilegal. En consecuencia, no es relevante si la fuente de la grabación, es una pista o canción que previamente estaba en un CD que pertenecía a quien hace la copia, un CD que hubiere obtenido en forma prestada o si la pista musical había sido descargada de Internet.

Aunque la fuente no es relevante, la destinación si lo es. La Dirección de Derechos de autor considera que la sección 80 crea una excepción (refiriéndose a derecho de reproducción que debe estar solo en cabeza del titular de derechos de autor), siempre y cuando se reúnan y mantengan dos condiciones, a saber: La reproducción o copia debe ser para el uso privado de quien la realiza debe ser hecha en un medio que grabación, según lo previsto e la sección 79”

En la misma decisión, la Dirección de Derechos de autor impuso al gobierno una tarifa de 25 en moneda canadiense que deben recaudar los fabricantes, con cargo a los compradores, de cada aparato que comercialicen y reproduzca MP3, los cuales equiparó a grabadores de cassettes y de CDs en blanco. De modo específico la decisión busca que con con la reolección de ese dinero, se puedan en alguna forma mitigar las pérdidas que sufren los autores e interpretes por las reproducciones de copias personales.

La decisión que es muy interesante respecto de las estadísticas y formas de reproducción de música en Canadá, así como respecto del análisis jurídico de la

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

aplicabilidad de la excepción, puede ser encontrada en <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>.⁵⁴

⁵⁴ Música en Internet. www.ewnesslaw.com

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP (Internet Service Provider) EN LOS SISTEMAS PEER TO PEER

No puede dejarse de lado en este artículo y en cualquiera que pretenda abarcar el problema actual de la música en Internet, el análisis de la responsabilidad legal que podría caberle a los proveedores de servicios en Internet.

Es evidente que la responsabilidad legal de los ISP no requiere mayor distinción ya sea que se trate de sistemas centralizados, semi-centralizados o descentralizados, siempre y cuando los ISP tan solo se limiten a proveer acceso a Internet. No obstante lo anterior, no deja de ser relevante detenerse a estudiar que responsabilidad legal podría caberle a una empresa que presta servicios de conexión y acceso a Internet para quienes a través de sistemas peer to peer se dedican a cometer infracciones de derechos de autor.

De hecho el pasado dos de Diciembre la suprema corte en Canadá escucho a varias asociaciones de compositores que deseaban que los ISP pagaran por las descargas de música que se hacen a través de los servicios que estos prestan ⁵⁵

En Estados Unidos de América, los ISP podría decirse que han tenido que afrontar demandas por todas las razones, incluyendo infracción de marca, fraude contractual, calumnia e injuria.

En dicho país, por ejemplo el caso más reconocido en donde se discutió por primera vez la responsabilidad de los ISP fue Religious Technology Center v. Netcom, que tuvo lugar en 1995 en donde archivos que contenían material protegido por leyes de Autor, y que pertenecían a la iglesia de cientología fueron colocados en Internet en un grupo de noticias controlado por Netcom un ISP. En este caso concreto un usuario colocó los archivos utilizando un servicio de boletines (BBS) que proveía servicios a través de Netcom. El demandante le exigió a BBS y Netcom que retiraran el material de Internet y estos se rehusaron y en la decisión judicial el juez simplemente afirmó que ninguno de los dos era responsable por infracción directa de derechos de autor ni de infracción de derechos de autor por el hecho de otro (vicarious liability) pues no había tomado acciones directas para que la infracción ocurriera, ni habían percibido ningún beneficio económico por la reproducción en Internet del material protegido

No obstante lo anterior, el juez encontró que en el caso concreto, Netcom podría haber llegado a ser responsable por infracción de derechos contributiva, si Netcom hubiera

⁵⁵ **Canadian Songwriters Want ISPs to Pay for Downloads.**
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A32610-2003Dec3.html>

conocido que la publicación de dicho material infringía derechos de autor, pues si había contribuido materialmente en la infracción.⁵⁶

Otro caso en el que si hubo declaración de responsabilidad legal por infracción de derechos de autor tuvo lugar en Playboy Enterprises v. Frena, en donde éste último fue declarado responsable por infracción de derechos de autor al permitir que se reprodujeran fotos de propiedad del demandante.

a) DMCA (Digital Milenium Copyright Act)

El gran temor de los proveedores de servicios en Internet, llevo a que en 1998 tras una gran antesala, lograran que una sección completa de la nueva ley llamada The Digital Milenium Copyright Act se ocupara de la responsabilidad de los ISPs.

La actual sección 512 que aparece en el titulo 17 del Código de estados Unidos es sin duda una de las más conocidas hoy en día y la cual puede brindar respuestas concretas frente a eventuales casos en donde se discuta la responsabilidad de un proveedor de servicios de Internet por razón de los actos de clientes abonados .

Bajo dicha disposición legal, que solo es aplicable a proveedores de servicios de Internet, se permite que existan reproducciones de obras protegidas por leyes de derechos de autor si, y solo si se realiza en una de las siguientes cuatro circunstancias:

- a) Transmisión transitoria de la obra través de la red.
- b) Funciones de caching
- c) Almacenamiento de materiales en interés y en nombre de sus usuarios o abonados.(servicios de hosting o almacenamiento de información)
- d) Suministro de herramientas de localización (links, directorios, motores de búsqueda)⁵⁷

Como era de esperarse la misma ley definió cada una de esas cuatro circunstancias, las que ciertamente eran aplicables para el año 2000, pero que hoy en día no se ajustan a los sistemas peer to peer modernos.

"Debido a que el congreso no anticipó los sistemas de transferencias de archivos peer to peer cuando promulgó esas cuatro circunstancias seguras, muchos productos p2p no se ajustan a esas cuatro funciones. Por ejemplo, de acuerdo con una decisión que fue tomada en las primeras demandas contra Napster, un ISP no puede usar como excusa a la infracción de derechos de autor, la transmisión transitoria dentro de la red a menos que el tráfico en cuestión pase a través de su propia red privada. Muchos

⁵⁶ Vease Religious Technology Center v. Netcom

⁵⁷ Vease DMCA sección 512

productos P2P por su propia naturaleza no se ajustaran a este requerimiento, al igual que Napster⁵⁸

Como bien lo señala el investigador Fred von Lohmann en su artículo "Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law after Napster" , adicionalmente a lo anterior, la misma legislación exige a los OSP (online Service provider) que cumplan con una serie de requerimientos, a saber:

- 1) El proveedor de servicios debe adoptar, razonablemente implementar y notificar a sus usuarios una política de terminación de las cuentas de los mismos cuando repetidamente sean infractores
- 2) El proveedor de servicios se debe ajustar y no interferir con las medidas técnicas Standard o generalizadas que hayan sido ampliamente adoptadas sobre la base de un consenso de quienes pertenecen a dicha industria. (por ejemplo implementar el uso de robot.txt)
- 3) El proveedor de servicios online, debe designar un agente de derechos de autor para que reciba las quejas sobre infracciones de derechos de autor, registrar dicho agente ante la oficina de derechos de Autor y colocar toda la información relevante de contacto en su propia pagina en Internet.
- 4) El proveedor de servicios online, debe tramitar todas las quejas sobre infracciones de derechos de autor y remover o deshabilitar el acceso al material que el titular de derechos de autor le notifique que infringe sus derechos.
- 5) El proveedor de servicios online, debe no haber tenido conocimiento de la infracción o haber sido conciente de la infracción derivada de los hechos en que tal actividad pudiera estar presentándose.
- 6) El proveedor de servicios online no debe recibir beneficio económico directo de la actividad que infringe derechos de autor, en una situación en donde El proveedor de servicios online tenga control sobre tal actividad⁵⁹

⁵⁸ "Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law after Napster" by Fred von Lohmann.
<http://www.gtamarketing.com/P2Panalyst/VonLohmann-article.html>

Para el autor de este artículo, la responsabilidad legal de los proveedores de servicios de Internet puede ser tratada desde tres perspectivas, a saber:

- a) Responsabilidad absoluta, que llevaría que estos servicios desaparecieran, pues es virtualmente imposible controlar todos los contenidos que viajan en la red.
- b) Responsabilidad limitada a los eventos de conocimiento de la infracción o en los que razonablemente se tengan indicios de infracción. Este es el sistema americano que se presentó anteriormente, en donde se permiten ciertos actos que por su propia naturaleza configurarían infracción de derechos de autor, pero que no son considerados infracción solo para permitir la operatividad de Internet bajo regulaciones específicas y
- c) Responsabilidad sobre la base de autorregulación, pero con criterios mínimos que es el caso de la unión Europea.⁶⁰

b) Europa

Precisamente el caso europeo está determinado por la Directiva 31 del año 2000, en donde se regularon los aspectos del Comercio Electrónico, pero simultáneamente se definió la responsabilidad legal de quienes prestan servicios relacionados con Internet, ya

⁵⁹ Supra, Traducción no literal de Felipe Sánchez Iregui

⁶⁰ LOS ISP Y LOS CONTENIDOS NOCIVOS. [16-04-02]

Noelia

G.N.

“Tal y como se esperaba el Parlamento Europeo ha decidido eximir a los proveedores de servicios de Internet de la obligación de perseguir y bloquear los contenidos que alberguen. Se ha optado por que continúe la autorregulación de los contenidos en Internet, a través de sistemas de calificación de contenidos, utilización de programas informáticos de filtrado y sistemas de regulación individualizados.

Con esta decisión se ha desechado la idea de que los ISP controlen los contenidos impidiendo el acceso a los mismos. No se ha de olvidar que la responsabilidad primordial de los contenidos recae sobre los autores y los suministradores de los mismos.

Sin embargo, la ausencia de control de contenidos no es absoluta ya que las autoridades judiciales pueden imponer a los ISP la obligación de supervisar contenidos presuntamente ilícitos cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del Estado o para poder investigar y perseguir la comisión de delitos.” <http://delitosinformaticos.com/noticias/101896396831772.shtml>

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

sea de simple acceso o búsqueda de información. Por considerarla de interés para los fines del presente artículo, reproducimos la Directiva respecto de los aspectos mencionados.

“ Sección 4: Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios

Artículo 12

Mera transmisión

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

Artículo 13

Memoria tampón (Caching)

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de

la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no modifique la información;
- b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información;
- c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y
- e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla.

Artículo 14

Alojamiento de datos

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

COPYRIGHT © 2003 FELIPE SANCHEZ IREGUI

Prohibida su reproducción total o parcial, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Reproduction in whole or in part, or translation without written permission is prohibited. All rights reserved

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.

Artículo 15

Inexistencia de obligación general de supervisión

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.”⁶¹

Otras legislaciones como la de Singapur son menos exigentes y detalladas que la de Estados Unidos, y es así que el Electronic Transactions Act en su sección 10 establece

⁶¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).
<http://www.lssice.com/legislacion/dir00-31.html>

que los proveedores de servicios a red no son responsables con relación al material de terceras personas cuando tal el proveedor tan solo suministre servicios de acceso. Como bien lo señala Samtani Anil en su artículo titulado "Singapore: The Limits of Liability of Network Service Providers" una cosa muy importante es que si el proveedor de servicios por ejemplo recomienda un sitio o establece links, pues es evidente que ya no estará tan solo suministrando servicios de acceso a Internet y por ende puede ser encontrado responsable por infracciones de derechos de autor en tales eventos.⁶²

c) Principio general de responsabilidad civil en ausencia de leyes

Hasta aquí el capítulo correspondiente a la responsabilidad legal de los ISP se ha detenido en el análisis de la legislación presente ya hoy en día en varios países, pero no deja de ser relevante hacer mención al problema de la responsabilidad y su determinación en ausencia de leyes específicas que regulen la materia.

Para el autor de este artículo es claro que los proveedores de acceso a Internet son solo intermediarios que prestan un servicio de interconexión y a los que en principio no les es dado aplicar una responsabilidad objetiva. Con base en lo anterior, aunque en un país determinado no exista normatividad en materia de responsabilidad legal de los proveedores de servicios en Internet, ellos podrían quedar cobijados bajo las normas generales de la responsabilidad civil, en muchos casos de carácter extracontractual y siempre y cuando los elementos generales de la misma se encuentren demostrados en cada caso concreto. Así por ejemplo, el daño, la culpa o error de diligencia y la relación causal entre estos dos determinarían la existencia de dicha responsabilidad legal.

"Las empresas de Internet Service Provider (I.S.P.) y Hosting Service Provider (H.S.P) tendrán una responsabilidad subjetiva, derivada de su falta de diligencia del control de las páginas o sitios.

Principios, directrices y tendencias doctrinarias.

1.- Operadores de redes y proveedores de acceso.

Los operadores de redes y proveedores de acceso al servicio de alojamiento y provisión de datos, en principio, y como prevalece en las tendencias jurisprudenciales, NO ASUMEN RESPONSABILIDAD por los contenidos de la información que, sólo transmiten técnicamente. De este modo se pronuncian las recientes legislaciones de los estados, que lentamente, van dictándolas.

⁶² El texto completo del artículo puede ser encontrado en <http://www.alfa-redi.org/revista/data/54-10.asp>

La función de las empresas de Acces Service Providers es brindar el ingreso al ciberespacio, en consecuencia, en la medida en que no coexistan con la prestación de otras funciones -como por ejemplo prestador del servicio- carecen de vinculación con el contenido de la información que transfieren desde la computadora personal del usuario al provider, información sobre la que carecen de facultades de control fácticas y jurídicas.”⁶³

En lo que respecta a casos concretos en donde se hubiere debatido la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, en Latinoamérica, merece ser mencionado el que tuvo lugar en Chile en el caso de Orlando Fuentes Siade contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. “ENTEL S.A.”

“Es importante el fallo pues pone en discusión temas de actualidad y cuya importancia es trascendente. De lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- 1.- El fallo reconoce la jurisdicción nacional atendido a que el servidor y el hardware en el cual se encuentra alojado el sitio Web, se encontraban en el territorio nacional.
- 2.- Toma en cuenta al e-mail impreso para establecer la verdad de ciertos hechos.
- 3.- Reconoce que Internet no tiene regulación jurídica especial.
- 4.- Define Internet y expresa alguna de sus características.
- 5.- En cuanto a la responsabilidad de los actores, respecto a los contenidos ilícitos, debemos distinguir:
 - a.- Si el proveedor de contenidos es el que comete la infracción, él es responsable.
 - b.- Si el contenido del sitio es suministrado por terceros, estos terceros son responsables y no lo sería el proveedor de contenidos, a menos que incurra en una omisión, la que consistiría en no eliminar el contenido nocivo a petición de parte interesada o de autoridad. Lo anterior para no censurar previamente.
 - c.- En el caso de la información suministrada por terceros o por un proveedor de contenidos a un sitio web que es dado en alojamiento por un ISP, nos inclinamos por la irresponsabilidad del mismo con el objeto de evitar la censura previa. Sin embargo, incurriría en responsabilidad en iguales supuestos que los expresado en la letra anterior.
 - d.- Los proveedores de red ninguna responsabilidad tienen pues sólo son conductores de información.

⁶³ Argentina: Responsabilidad de los Operadores de la Red que en su interacción producen daños ...
Mónica Susana Martínez. <http://www.alfa-redi.org/revista/data/42-5.asp>

6.- Nada impide que tanto el proveedor de contenido, como el ISP respectivo establezca un marco contractual dentro del cual puede establecer las limitaciones que estime necesarias para dotar al sitio Web de la información correspondiente.”⁶⁴

CONCLUSIONES

Cuando a principios de 1960 los primeros reproductores de casetes fueron lanzados al mercado, las compañías disqueras se preocuparon, pero al poco tiempo descubrieron que ellos no lesionarían significativamente su mercado. No ocurrió lo mismo con las compañías dedicadas a la industria del cine, quienes tomaron acciones inmediatas en contra de Sony a finales de los setenta, por el lanzamiento del Betamax.

Lo que no imaginaron ni las disqueras, ni las compañías de la industria del cine es que una tecnología revolucionaria, El Internet, les traería más problemas que el simple lanzamiento al mercado de algún tipo de electrodoméstico nuevo. Mucho menos pudieron haber previsto que los sistemas peer to peer se convertirían en su mayor dolor de cabeza.

Los sistemas peer to peer son el problema común de todas las compañías dedicadas al entretenimiento, pues a través de ellos pueden millones de usuarios en un solo día intercambiar, música, películas, software, video juegos, aplicaciones, fotografías, etc. No existen límites para los sistemas peer to peer como uno de los sistemas tecnológicos más peligrosos para los derechos de autor en el mundo.

No todo obviamente puede colocarse bajo la óptica de las infracciones de derechos de autor. Los sistemas peer to peer han demostrado también sus bondades para actividades lícitas y el mejoramiento de los sistemas de comunicación tradicional. El problema jamás será de las tecnologías, será del uso que demos a las mismas.

Para las compañías dedicadas al entretenimiento era más fácil atacar judicialmente a quien proveían el software que permitía el intercambio de archivos a través de Internet que a los millones y millones de usuarios de dichos software. Ello determinó las acciones contra Napster, el padre del intercambio de música en Internet, caso que marcó ciertamente un hito en el historia de la música y más aun determinó también el desarrollo tecnológico de los sistemas peer to peer hacía nuevas formas.

Los sistemas descentralizados como KAZAA, GROKSTER y STREAMCAST migraron con la ayuda de fase track a niveles de independencia inimaginables y demostraron ser impenetrables respecto de las acciones legales a la luz de la legislación y la jurisprudencia de Estados Unidos de América.

Dada la legalidad de los sistemas peer o peer descentralizados y semi-descentralizados, las compañías disqueras tuvieron que cambiar de estrategia. No importaría el tiempo, ni el

⁶⁴ Chile: Algunos Aspectos de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios y Contenidos de Internet. Por Humberto Carrasco. <http://www.alfa-redi.org/revista/data/27-10.asp>

costo que conllevará, ahora el blanco de las acciones legales serían directamente todos los usuarios de dichos sistemas.

La estrategia legal ha funcionado y hoy en día las personas que antes caminaban por las sendas de la impunidad virtual, están siendo demandadas a lo largo y ancho de Estados Unidos, lo que a su vez ha ocasionado que masivamente la gente este desinstalando de sus computadores no solo los programas a través de los cuales obtuvieron copias ilegales de obras protegidas, sino las copias mismas en un esfuerzo para no ser demandados. Punto para los derechos de Autor.

La razón es muy simple, aunque los actuales sistemas peer to peer sean legales, quienes se sirven de ellos para obtener copias de obras protegidas, están incurriendo en infracción de derechos de autor y por ello pueden ser procesados no solo civil, sino penalmente. Los tratados de la OMPI sobre de derechos de autor y derechos conexos son claros al respecto de la distribución y reproducción publica de cualquier obra través de las nuevas tecnologías es un derecho exclusivo de los titulares de dichos derechos.

Al lado de la responsabilidad legal de los usuarios de dichos programas, está la eventual responsabilidad de los proveedores de acceso a Internet, quienes deben estar seguros de que por su culpa o negligencia no se comentan infracciones de derechos de autor, so pena de llegar a ser responsables legalmente por ello.

La tendencia mundial, es que los proveedores de servicios de acceso a Internet, no son responsables en aquellos eventos en que por la naturaleza de la labor que prestan, deban realizar actos que bajo una estricta óptica y un criterio de responsabilidad objetiva pudieran ser considerados infracción de derechos de autor.