

La Responsabilidad
Jurídica Derivada de la
Distribución de Obras a
través de Programas P2P
y Stream Channels

Máster José Raúl González Velásquez

2011

SAN SALVADOR, EL SALVADOR

INTRODUCCIÓN

En Estados Unidos y Australia se han discutido y sentenciado actividades de distribución por medio de programas *peer to peer* (P2P) y *stream channels* como los juicios de Napster, Grokster, Kazaa y YouTube. En este contexto, la presente investigación tiene como objetivos el analizar la responsabilidad jurídica de los agentes participantes, generada por las actividades de distribución de obras y exponer los aciertos, deficiencias y vacíos de la ley salvadoreña respecto de las mismas, excluyendo en la medida de lo posible el ámbito del Derecho Penal (a excepción de mencionar si existen normas aplicables, casos de condena efectiva), concentrándose en el Derecho de Propiedad Intelectual.

La importancia de la investigación radica en la gran cantidad y variedad de material que es intercambiado por estos medios a través de todo el mundo y además, en El Salvador, al momento de realizar la investigación, no existe jurisprudencia o procesos similares relacionados con la violación de derechos de autor – desde el punto de vista del Derecho Privado. Lo anterior ha provocado la necesidad de estudiar con más detenimiento la doctrina y la jurisprudencia extranjera para tenerlo como un marco de referencia para futuras modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual. La investigación se estructura en tres partes: a) la propiedad intelectual, b) la distribución de obras por medio de programas *peer to peer* y *stream channels* y c) la responsabilidad jurídica.

El primer capítulo, la propiedad intelectual, estudiará conceptos generales de la propiedad intelectual relativos a los derechos de autor que serán empleados a lo largo de la investigación, siendo estos: obra; derechos de autor; derechos morales y patrimoniales; *copyright*; *common law*; obras derivadas; etc.

La distribución de obras por medio de programas *peer to peer* y *stream channels* se trata en el segundo capítulo, mediante la presentación de las definiciones de dichos conceptos anglosajones. Se estudiarán desde el punto de vista legal, doctrinario y jurisprudencial los casos de Napster y Grokster, dos programas utilizados para distribuir archivos cuyo contenido puede incluir obras protegidas por derechos de autor. Para enriquecer la investigación, se presentan cuatro estudios econométricos cuyos objetivos eran analizar las consecuencias económicas, sean positivas o negativas, de esos programas respecto del

mercado musical. Al estudiar los *stream channels*, el único caso decidido ha sido contra YouTube y Google, compañías que se dedican a dicho ámbito.

Finalmente el último capítulo, la responsabilidad jurídica, estudia el tema del *fair use* o uso justo, el cual se encuentra contemplado en ciertas legislaciones, incluyendo a El Salvador, bajo la figura de la copia privada. Dicha figura es interesante puesto que ha sido utilizada como defensa jurídica en las actividades de distribución de obras. Este capítulo incluye el análisis de las actividades de los usuarios de las redes *peer to peer* desde un punto de vista diferente al planteado en el segundo capítulo. La última sección evalúa la posible eficacia de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador respecto de la distribución por medio de programas *peer to peer*.

CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Los derechos de autor

La estructura para el análisis del presente capítulo comenzará por los derechos de autor en general, desde el punto de vista legal y doctrinario tanto de sus definiciones, características, tipos de obras y los diversos derechos que posee el autor o titular, finalizando con el estudio de la conversión del formato como posibilidad de alteración de obras en el ámbito digital. Igualmente en el transcurso del capítulo, se realizarán comparaciones con el *copyright* del derecho anglosajón.

El derecho de autor tiene diversas acepciones tanto a nivel de legislaciones como doctrinario. Comenzando por las acepciones legales, en España se define en los arts. 1 y 2 del “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia”, que estipulan:

Artículo 1. Hecho generador. La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

Artículo 2. Contenido. La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

En el caso de Costa Rica, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos en su art. 1 da una delimitación del derecho de autor:

Las producciones intelectuales originales confieren a sus autores los derechos referidos en esta ley. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, los procedimientos, métodos de operación ni los conceptos matemáticos en sí. Los autores son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias o artísticas.

En Estados Unidos se relacionan las §101 y §102 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code*. La §101 habla del “dueño del *copyright*, en relación a cualquiera de los derechos exclusivos comprometidos en un *copyright*, refiriéndose al dueño de ese derecho en particular”. Y la §102 lo relaciona con una protección:

La protección del *copyright* subsiste [...], en autoría de trabajos originales inserta en cualquier medio tangible de expresión, ahora conocido o desarrollado posteriormente, del cual puede ser percibido, reproducido, o de otro modo comunicado, ya sea directamente o por medio de una máquina o aparato.

El art. 4 de la Ley de Propiedad Intelectual en El Salvador determina que “el autor de una obra literaria o artística, tiene sobre ella un derecho de propiedad exclusivo, que se llama derecho de autor”.

Analizándolo desde el punto de vista doctrinario, el derecho de autor para D. Lipszyc “es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”¹.

Mabel Goldstein explica el derecho de autor como “el derecho del creador y su obra, o sea, que existe una vinculación indivisible entre la persona que ha intervenido en el acto de la creación y el producto de ella”².

Guillermo Cabanellas lo define como “el que tiene toda persona sobre la obra que produce; y especialmente, el que corresponde por razón de las obras literarias, artísticas, científicas o técnicas para disponer de ellas por todos los medios que las leyes autorizan”³.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) entiende como derechos de autor “el cuerpo de leyes que concede a los autores, artistas y demás creadores protección por sus creaciones literarias y artísticas, a las que generalmente se hace referencia como “obras”⁴.

En el derecho anglosajón, los derechos de autor poseen el equivalente al *copyright*, que se podría interpretar, según Paul Goldstein, como “el derecho de hacer copias de tu propio trabajo [...] y a impedir que terceros hicieran copias de las mismas sin el permiso de su autor”⁵.

Cabanellas define el *copyright* como:

¹ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 11.

² Cfr. M. GOLDSTEIN. «Derecho de autor. Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Acuerdo "Trip's"», 39.

³ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, III, 117.

⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. «¿Qué es la Propiedad Intelectual?», 18.

⁵ Cfr. P. GOLDSTEIN. «El *copyright* en la sociedad de la información», 51.

Palabra inglesa, adoptada internacionalmente, para designar el registro de la propiedad intelectual. La mención de esta palabra se ha internacionalizado, en las primeras páginas de cada obra impresa, para afirmar los derechos de autor. A veces se simplifica con una abreviación característica constituida por una C dentro de un círculo: ©⁶.

Henry Campbell Black lo define en su libro *Black's Law Dictionary* de la siguiente manera⁷:

Es el derecho de la propiedad literaria reconocido y sancionado por la ley positiva. Un derecho concedido por el estatuto al autor u originador de ciertas producciones literarias o artísticas, donde él es investido, por un período limitado, con el único y exclusivo privilegio de reproducir copias del mismo y publicarlas y venderlas.

[Henry Campbell Black hace referencia a la definición hecha por Wharton, la cual dice:] Un derecho incorpóreo, siendo el privilegio exclusivo de imprimir, reimprimir, vender, y publicar su propio trabajo original, el cual la ley le permite al autor.

[De la misma forma presenta la definición hecha por Drone:] Copyright es el derecho exclusivo del propietario de una producción intelectual para reproducir o desechar las copias; el derecho único de la copia o de copiar. La palabra es usada indiferentemente para referirse al derecho estatutario o del *common-law*; o un derecho es algunas veces llamado "copyright" después de la publicación, o del copyright estatutario; el otro copyright anterior a la publicación, o copyright del *common-law*. La palabra es usada también como sinónimo de "propiedad literaria", en consecuencia, el derecho exclusivo del autor de leer o exhibir públicamente un trabajo es llamado a menudo "copyright". Esto no es correcto estrictamente.

Tanto las legislaciones como los autores entienden que los derechos de autor se emplean para proteger las creaciones del pensamiento intelectual, artístico, cultural de una persona. Como lo expresó D. Lipszyc, son un conjunto de derechos para la defensa de los intereses de su creador. De ahora en adelante, este es el criterio que se tomará en la investigación de lo que debe entenderse por derechos de autor.

1.1 Los derechos morales y patrimoniales

Los derechos que incluye el derecho de autor en el sistema jurídico europeo o latino se pueden clasificar en morales y patrimoniales. Ejemplos de lo anterior a nivel de legislación se

⁶ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, II, 376.

⁷ Cfr. H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 270-271. **Todas las traducciones realizadas en la presente investigación son libres.**

pueden mencionar el art. 2 del “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia” de España, los divide en “derechos de carácter personal y patrimonial”.

En Costa Rica, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos en su art. 13 establece que: “Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conservará sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral”.

La Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador en su art. 5 expresa que “el derecho de autor comprende facultades de orden abstracto, intelectual y moral que constituyen el derecho moral; y facultades de orden patrimonial que constituyen el derecho económico”.

A nivel doctrinario, D. Lipszyc explica que el creador tiene facultades *erga omnes* que se dividen en “facultades de *carácter personal* concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinadas a garantizar intereses intelectuales, que conforman el llamado *derecho moral*”⁸ y “facultades de *carácter patrimonial* concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado *derecho patrimonial*”⁹.

Para Mabel Goldstein el derecho de autor posee dos aspectos insolubles: “El derecho moral y el patrimonial; mientras que el primero es irrenunciable, el segundo puede ser transmitido como cualquier otro derecho económico”¹⁰.

R. Aguilar Jeréz, de igual forma, menciona que los derechos de autor y conexos se conforman por dos categorías de derechos: derechos morales y derechos patrimoniales. Los primeros se refieren al “derecho del autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación”¹¹. Los segundos se refieren al goce “de ciertos derechos básicos en virtud del derecho de autor, a saber, el derecho exclusivo a utilizar o autorizar a terceros a que utilicen la obra en

⁸ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 11.

⁹ *Op. Cit.* 11.

¹⁰ Cfr. M. GOLDSTEIN. «Derecho de autor. Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Acuerdo "Trips's"», 41.

¹¹ Cfr. R. AGUILAR JERÉZ. «Manual de Derecho de Autor y Derechos Conexos», 37.

condiciones convenidas de común acuerdo”¹². La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual agrega tres características a los derechos patrimoniales: temporalidad, transmisibilidad y son renunciables¹³.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual explica que los derechos morales “equivalen al derecho de reivindicar la autoría de una obra y al derecho de oponerse a modificaciones de la misma que puedan atentar contra la reputación del creador”¹⁴. Además afirma que los derechos morales poseen cuatro características: perpetuidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad¹⁵.

Cabanellas menciona que los caracteres del derecho de autor son la inalienabilidad, imprescriptibilidad, intransmisibilidad (lo cual se puede entender como el aspecto moral), pero que los productos (ganancias) pueden cederse y embargarse. Asimismo plantea que la expresión económica del derecho de autor se denomina: derechos de autor¹⁶.

Derechos de autor, definido por Cabanellas, es “la cantidad fija o proporcional que el *autor* de una obra literaria percibe por su publicación, venta o ejecución. Estos *derechos* son transmisibles en vida del *autor*, e integran su haber hereditario al morir, con duración limitada desde entonces, aunque variable según las diversas legislaciones”¹⁷. Según los autores anteriores se podría afirmar que esta definición se adapta con la categoría de derechos patrimoniales.

¹² *Op. Cit.* 40. (Sin embargo, dicho autor lo obtuvo del documento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual denominado: ¿Qué es la Propiedad Intelectual?, página 19)

¹³ “La *temporalidad* [...] consiste en el plazo de tiempo durante el cual el autor ejerce en exclusiva las facultades de uso y explotación sobre la obra de que se trate. [Los plazos de protección post mortem dependen de la legislación]. Son *transmisibles por cualquier medio legal*, destacándose la figura de los contratos, la presunción legal de cesión y la transmisión mortis causa, como las formas o mecanismos idóneos para la consecución de tales fines o propósitos. Son *renunciables*, pues corresponde al autor decidir de manera libre y voluntaria lo que mejor le convenga sobre el ejercicio de los mismos, o bien, sobre su transferencia o transmisión en favor de terceros” (Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OFICINA EUROPEA DE PATENTES, OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS Y AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. «Quinto seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina: Principios generales en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Limitaciones y excepciones. Marco normativo internacional», 9).

¹⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. «¿Qué es la Propiedad Intelectual?», 20.

¹⁵ “Es *perpetuo*, dado que no importa el tiempo que haya transcurrido, un autor lo seguirá siendo siempre de las obras de su autoría. Es *inalienable*, es decir, es un derecho cuyo ejercicio no es transmisible inter vivos. Es *imprescriptible* porque nadie puede convertirse en autor de una obra cuya autoría falsamente se atribuya por el simple transcurso del tiempo. Es *irrenunciable*, en el sentido de que aun y cuando un autor en particular fuese obligado a renunciar a tal derecho o lo hiciere de manera voluntaria, estará en todo momento facultado para ser restituido en el goce absoluto de este derecho esencial cuando así lo reclame” (Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OFICINA EUROPEA DE PATENTES, OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS Y AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. «Quinto seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina: Principios generales en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Limitaciones y excepciones. Marco normativo internacional», 8)

¹⁶ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, III, 117.

¹⁷ *Op. Cit.* 153.

De las variadas definiciones que se han mencionado, tanto para los derechos morales como patrimoniales, se utilizarán como marco de referencia las propuestas por la OMPI puesto que incluye características que las hacen más completas.

1.2 El sistema jurídico europeo y el sistema anglosajón

La razón de haber hecho hincapié en la categorización de los derechos del sistema jurídico europeo o latino es porque existen diferencias con el *copyright* del sistema anglosajón. Según J.A.L. Sterling, citado por J. Villate, las diferencias principales son¹⁸:

- Se dice que el sistema de *copyright* está fundamentado básicamente en consideraciones económicas, mientras que el sistema de derechos de autor está vinculado a un concepto de derecho de la personalidad.
- En el sistema de *copyright*, es posible que el autor sea tanto una persona física como jurídica, mientras que en el ámbito de los derechos de autor se entiende que se trata siempre de una actividad surgida de una persona natural.
- En el sistema de *copyright* el reconocimiento legal de derechos morales del autor ha tenido un lento desarrollo. En cambio, en el sistema de derechos de autor, los derechos morales ocupan una posición preeminente y existe una tradición de alto nivel de protección de tales derechos.
- La fijación en forma material de la obra es generalmente esencial en el sistema de *copyright*. En el de derechos de autor no es, en cambio, precisa para la protección de la obra.
- Cuando se trata de obras cinematográficas, en el sistema de *copyright* el propietario inicial del *copyright* puede ser una persona jurídica --por ejemplo, una compañía productora--, pero en el sistema de derechos de autor tienen que ser las personas que han contribuido a la creación de la obra.
- En el sistema de *copyright* el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*, mientras que en el de derechos de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque pueda este ser cedido, mediante contrato, al empresario.

¹⁸ Cfr. J. VILLATE. «La propiedad intelectual en la nueva era digital», 2001.

- No es normal en el sistema de *copyright* que los contratos contengan previsiones muy detalladas sobre la publicación, mientras que tales regulaciones pormenorizadas son regla en el sistema de derechos de autor.
- En cuanto a los derechos conexos a los de autor, en Estados Unidos solo los trabajos originales de autor se protegen mediante *copyright*. Los derechos conexos gozan de una protección minorada o incluso, a veces, de ninguna en especial. En el sistema de derechos de autor, en cambio, está generalmente clara la distinción entre derechos de autor en las obras de creación y los derechos conexos o vecinos de los ejecutantes, productores de fonogramas, productores televisivos u otros.

Además D. Lipszyc profundiza en las diferencias de ambos sistemas y de manera introductoria explica que el *copyright* basado en el *common law*¹⁹ posee un enfoque comercial, por lo que limita los derechos subjetivos (haciendo referencia los derechos morales) y extiende la protección a “derechos originados en actividades técnico – organizativas que no tienen naturaleza autoral, tales como las que realizan los productores de grabaciones sonoras y de *films*, los organismos de radiodifusión, las empresas de distribución de programas por cable y los editores de obras impresas”²⁰.

Mientras que en el sistema jurídico europeo el objeto del derecho de autor es la originalidad. En el sistema jurídico europeo no es necesaria la fijación de la obra para que se ejerza la protección²¹, pero en el *copyright* es un requisito indispensable²².

¹⁹ Para explicar un poco sobre el sistema del *common law*, Lawrence M. Friedman afirma que dicho sistema tiene como centro la creación de los jueces al decidir casos reales, el cual evolucionó al enfrentar litigantes con casos reales. Dicho de otra manera, los jueces que dictaban las sentencias eran cruciales en el sistema del *common law*. Si bien es cierto que este sistema puede que sea más flexible que el derecho continental, tiene el problema de ser muy abstracto porque la ley se encuentra dispersa en el sinnúmero de casos que se resolvieron a lo largo de los años. (Cfr. L. M. FRIEDMAN. «Law in America - A Short History», 1) Una explicación más profunda la ofrece H. Campbell Black al explicar que: “1. Se distingue del derecho romano, de derecho civil moderno, del derecho canónico y de otros sistemas, el *common law* es un cuerpo de leyes y teorías jurídicas, el cual se originó, desarrolló y formuló y fue administrado en Inglaterra y ha sido obtenido entre la mayoría de los Estados y personas anglosajonas existentes. 2. Se distingue de las leyes creadas por el decreto de las legislaturas, el *common law* comprende el cuerpo de esos principios y de reglas de acción relacionadas al gobierno y a la seguridad de las personas y la propiedad, el cual deriva su autoridad únicamente de los usos y las costumbres de la antigüedad inmemorial, o de los juicios y decretos que los tribunales reconociendo, afirmando o reforzando esos usos y costumbres; y en este sentido, la ley antigua no escrita de Inglaterra [...] 6. En el sentido más amplio [...] puede designar todas las partes de la ley positiva, la teoría jurídica y las costumbres antiguas de cualquier Estado o nación, el cual es de aplicación general y universal [...] El adjetivo “*common-law*” puede ser entendido en contraste u oposición al “estatutario” [...]” (Cfr. H. CAMPBELL BLACK, *Black’s Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 226-227).

²⁰ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 40.

²¹ A manera de ejemplo se puede mencionar el art. 1 del “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”.

“En la concepción jurídica latina únicamente se reconoce la calidad de autor y, por ello, la de titular originario del derecho, a la persona física que crea la obra; solo por excepción se admite que la titularidad originaria nazca en cabeza de otras personas”²³. Por el contrario, en el *copyright* los:

Autores que crean obras en virtud de una relación contractual laboral, por encargo o para producciones cinematográficas, se considera al empleador, comitente o productor como titular originario del derecho de autor – aunque solo sobre las obras realizadas en virtud de esos contratos – por atribución de titularidad originaria establecida en la ley, por cesión de pleno derecho o por una presunción legal de cesión, en todos los casos, salvo estipulación en contrario²⁴.

En el sistema jurídico latino se protegen los derechos de carácter moral, el cual se encuentra regulado dentro de las leyes de derechos de autor²⁵. Ahora bien, el sistema jurídico anglosajón lo reconoce en el *common law*, pero no en la ley que regula el *copyright*, siendo excepciones, según D. Lipszyc, Canadá e Israel.

En el caso de Estados Unidos, expresa D. Lipszyc, que para adherirse al Convenio de Berna, se decretó el *Implementation Act* para dirimir los conflictos entre las leyes federales y estatales. Dicho Decreto estableció que los derechos morales son regulados por el conjunto de leyes norteamericanas, lo cual satisface el art. 6 bis del Convenio de Berna. El resultado obtenido fue la prohibición a los tribunales estadounidenses de remitirse al convenio²⁶. En este mismo sentido, Paul Goldstein sostiene que esa acción implica un retroceso en la unificación de los sistemas jurídicos, latino y anglosajón, porque Estados Unidos no respeta el art. 6 bis²⁷.

En la explotación comercial de la obra, el sistema latino tiene delimitadas las excepciones para su explotación y permite cualquier tipo de acuerdo que las partes puedan idear. Por el contrario, en el *copyright*, los derechos de explotación son los que poseen las limitantes por estar tipificados en la ley. D. Lipszyc justifica esto último al citar a T. Ascarelli, el cual expresa:

²² §102 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code*: “La protección del *copyright* subsiste [...], en autoría de trabajos originales inserta en cualquier medio tangible de expresión”.

²³ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 41-42.

²⁴ *Op. Cit.* 43-44.

²⁵ Como se puede demostrar a través de los ejemplos de las legislaciones mencionadas con anterioridad.

²⁶ *Op. Cit.* 47-48.

²⁷ Cfr. P. GOLDSTEIN. «El *copyright* en la sociedad de la información», 12.

La concepción históricamente originaria en la tradición angloamericana del derecho de autor como monopolio excepcional para el ejercicio de una determinada actividad, explica por qué allí se alude a la disciplina de los derechos típicos de utilización y no se establece, en cambio, el derecho exclusivo del autor sobre cualquier tipo de utilización de la obra del ingenio que socialmente pueda considerarse como tal²⁸.

Dentro de las limitaciones a la explotación se encuentran las licencias no voluntarias que pueden ser de dos tipos: a) licencia legal (el pago por el uso de la obra se encuentra determinado por la norma)²⁹ y b) licencia obligatoria (el pago no es fijo por lo que puede ser negociado por el autor o por la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor). D. Lipszyc afirma que este tipo de licencias no voluntarias no están difundidas en el sistema jurídico latino por existir un rechazo a esa forma de operar³⁰.

2. La alteración de obras

2.1 Las obras. Su contenido. Tipos

Hasta este momento se ha descrito y explicado la definición de derechos de autor, sus categorías y diferencias con el copyright tanto a nivel legal como doctrinario. A continuación se procederá a explicar qué es una obra, enumerar los tipos de obras que se comprenden a nivel legal y a explicar los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales³¹, pero restringiéndose a los relacionados con la alteración de las obras.

En una acepción muy general obra es “cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia”³².

La OMPI entiende por obras:

“Las creaciones literarias y artísticas [...que] abarcan, aunque no exhaustivamente: novelas, poemas, obras de teatro, documentos de referencia, periódicos, programas

²⁸ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 50-51.

²⁹ Ejemplo de esto es España, y puede apreciarse en el art. 25 del “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

³⁰ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 51-52.

³¹ Para un estudio de todos los derechos morales y patrimoniales véase: M. GOLDSTEIN. «Derecho de autor. Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Acuerdo "Trip's"», 105-129; D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 151-248 y R. AGUILAR JERÉZ. «Manual de Derecho de Autor y Derechos Conexos», 57-78.

³² Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 2001.

informáticos, bases de datos, películas, composiciones musicales, coreografía, pinturas, dibujos, fotografías, escultura, arquitectura, publicidad, mapas y dibujos técnicos”³³.

Obra literaria es:

Toda producción del espíritu humano, verbal o escrita, en el campo de la literatura (sea en prosa o en verso) y en los límites de la Filosofía, la Historia y la Didáctica: los informes forenses, los dictámenes y consultas, los discursos políticos, todo ello integra *obra literaria* en el amplio sentido de la protección legal de la propiedad intelectual. A la obra literaria se encuentra asimilada la obra científica, que sólo difiere por el objeto, no por la forma.³⁴

D. Lipszyc la define como “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”³⁵.

A nivel legal se puede mencionar tanto definiciones de lo que se entiende por obra y los tipos o clases que abarca, y un ejemplo a nivel internacional lo ofrece el art. 2 del Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

1) Los términos "obras literarias y artísticas" comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualesquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; [...] las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; [...]

3) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.

Los arts. 10 y 11 del “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia” establecen:

Artículo 10. Obras y Títulos originales. 1. [...] las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a. Los libros, folletos,

³³ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. «¿Qué es la Propiedad Intelectual?», 18-19.

³⁴ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, V, 638.

³⁵ Cfr. D. LIPSZYC. «Derecho de autor y derechos conexos», 61.

impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b. Las composiciones musicales, con o sin letra. [...] d. Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e. [...] las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos [...]. i. Los programas de ordenador [...]

Artículo 11. Obras derivadas. Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1. Las traducciones [...] 5. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Costa Rica establece una definición de obra literaria y artística en su Artículo 1 inciso 2:

Por "obras literarias y artísticas" deben entenderse todas las producciones en los campos literario y artístico, cualquiera que sea la forma de expresión, tales como: libros, folletos, cartas y otros escritos; además, los programas dentro de los cuales se incluyen sus versiones sucesivas y los programas derivados: también las conferencias, las alocuciones, los sermones y otras obras de similar naturaleza; así como [...] las composiciones musicales con o sin letra; y las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento analógico a la cinematografía, las obras de dibujo, pintura, [...]; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las de artes aplicadas; tales como ilustraciones, mapas, planos, croquis [...] y las obras derivadas como las adaptaciones, las traducciones y otras transformaciones de obras originarias que, sin pertenecer al dominio público, hayan sido autorizadas por sus autores.

Finalmente, el último ejemplo de legislación establece una definición y tipos de obras en la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador en sus arts. 12 al 14:

Art. 12.- La presente ley protege las obras del espíritu manifestadas en forma sensible, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión, de su mérito o de su destino, con tal que dichas obras tengan un carácter de creación intelectual o personal, es decir, originalidad.

Art. 13.- En las creaciones [...] están comprendidas todas la obras literarias y artísticas, tales como libros, folletos y escritos de toda naturaleza y extensión, incluidos los programas de ordenador; obras musicales con o sin palabras; obras oratorias, [...]; versiones escritas o grabadas de las conferencias, discursos, lecciones, sermones y otras

de la misma clase; [...] obras audiovisuales, ya sea para cinematografía muda, hablada o musicalizada; obras de radiodifusión o televisión [...] y todas las demás que pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de las obras mencionadas.

Art. 14.- [...] son también objeto de protección las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de obras [...].

Para los efectos de la presente investigación, se entenderá como obra o trabajo, la definición hecha por D. Lipszyc puesto que no lo limita a clases determinadas (v.g. obras literarias o musicales). Sin embargo, eso no es razón para excluir los listados elaborados por las diversas legislaciones, puesto que el lector se ha de haber percatado que son similares y eso representa un cierto grado de consenso entre los países de lo que comprende dicho concepto.

2.2. La conversión a otros formatos como posibilidad de alteración de las obras

Con la innovación tecnológica se ha vuelto posible la conversión de información de un medio a otro y además está al alcance de cualquier persona no siendo exclusivo hoy en día de las grandes compañías. Con la pequeña introducción anterior se analizarán dos típicos ejemplos: el de los libros y el de la música.

Los libros pueden ser convertidos a información digital empleando un escáner, una computadora y un programa de ordenador que pueda convertirlo a un formato determinado. Usualmente el formato preferido es PDF (Portable Document Format)³⁶ por sus siglas en inglés, pero existen otros como CHM (Archivo de Ayuda de HTML compilado), HTM³⁷, Microsoft Word y DjVu³⁸.

La música, por su parte, puede convertirse a diferentes formatos empleando el CD³⁹ original, una computadora que contenga un lector de CD y un programa que tenga las capacidades de realizar la conversión⁴⁰. Entre los formatos más populares están:

³⁶ Fue creado por Adobe Systems y es la forma más común encontrar los documentos con su forma original. Además, cualquier compañía puede crear un programa de PDF porque sus especificaciones son de "fuente libre" y hoy en día se puede establecer contraseñas como forma de protección para realizar distintas operaciones con el texto (v.g. leer, copiar, alterar, mutilar, etc.) e interactuar con el mismo (v.g. completar formularios). (Cfr. H. HERDENSON. «Encyclopedia of Computer Science and Technology», 377)

³⁷ Es un libro escaneado en fotografías pero que la forma de manejarlo es igual que utilizar una página web. No se necesita tener un programa navegador de internet determinado, ejemplos de navegadores son: Internet Explorer, Mozilla Firefox, Opera, Safari, etc.

³⁸ "DjVu es un formato web céntrico y una plataforma de programa para distribuir documentos e imágenes. DjVu puede reemplazar ventajosamente DF, PS, TIFF, JPEG y GIF para distribuir documentos escaneados, documentos digitales y fotografías de alta resolución [...]" (Cfr. DJVU LIBRE. «DjVu Libre»).

³⁹ "CD. Sigla del inglés *compact disc* [...] (disco compacto): [...] también designa el aparato con que se leen estos discos [...]" (Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Panhispánico de Dudas*, 2005).

Windows Sound (WAV), MPEG Audio (MP1, MP2, MP3) [...] mp3PRO, MPEG Audio Playlist (PLS, M3U), Windows Media Audio (WMA), Ogg Vorbis Audio (OGG), Apple Audio (AIF y AIFF), SUN Audio (AU y SND), RealMedia (RA, RAM, RM, RMM), MIDI [...]»⁴¹.

De todos los anteriores, el formato que se ha establecido como un estándar para la distribución en internet es el MP3⁴².

El interés principal de este subtema es determinar dos cuestiones: a) el cambio del medio⁴³ implica una alteración de la obra y b) si es legal la ejecución de dichas actividades.

Respecto del primer punto debe evaluarse si ha habido una verdadera modificación en el contenido de la obra. La respuesta es negativa puesto que una reproducción fotostática (en el caso de los libros) o la conversión de un formato a otro⁴⁴ (en el caso de la música) no implican la alteración de la obra. Incluso si se considera la posibilidad de que un usuario altere la obra, siempre estaría violando los derechos de autor, específicamente el derecho de reproducción.

Al analizar el segundo punto, el legislador, al establecer las excepciones de los arts. 45 y 91 de Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador⁴⁵, expresa que cuando se empleen reproducciones fotomecánicas se limiten a pequeñas partes de una obra protegida por lo que sin mayores complicaciones se podría entender que el escaneado entero de un libro que no ha entrado al dominio público no cumple con el primer requisito del art. 45 literal b). En el caso de la música, no se delimitó el medio que contendrá la copia, por lo que dejó abierta la posibilidad a emplear otro medio distinto siempre que la realice el propio interesado con sus propios recursos.

⁴⁰ Ejemplos: JetAudio y Windows Media Player.

⁴¹ Cfr. COWON AMERICA, INC., «JetAudio Features», 2009.

⁴² S. NIKOLTCHEV Y J. CABRERA BLÁZQUEZ. «MP3: Fair or Unfair Use?», 14 y H. HERDENSON. «Encyclopedia of Computer Science and Technology», 92. MP3 significa "MPEG 1 (Moving Picture Experts Group 1), audio layer 3" (Cfr. S. NIKOLTCHEV Y J. CABRERA BLÁZQUEZ. «MP3: Fair or Unfair Use?», 18).

⁴³ El "medio", en este caso, se debe entender como el contenedor de la música. Ejemplo: La obra "concierto para piano no. 2" de Rachmaninoff está contenida en un CD. El medio es el CD.

⁴⁴ V.g. los discos de música original ocupan un formato denominado WAV y una persona lo convierte a MP3.

⁴⁵ Un análisis jurídico más detallado de los arts. citados se presenta en el Capítulo III.

CAPÍTULO II: LA DISTRIBUCIÓN DE OBRAS POR MEDIO DE PROGRAMAS *PEER TO PEER* Y *STREAM CHANNELS*

1. En qué consiste la “distribución de obras”

La distribución de las obras es uno de los derechos reconocidos a los autores y a los titulares de los derechos de autor de obras literarias, artísticas y cinematográficas entre otros. Sin embargo, para poder hablar de este derecho exclusivo, es necesario relacionarlo con el derecho de reproducción de las obras. Ambos derechos son tratados en distintos cuerpos normativos. A nivel de tratados internacionales se puede mencionar el Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996 que incluye el derecho de comunicación. Un ejemplo de este mismo derecho en otra legislación, es en los Estados Unidos de América, que se encuentra en la §106 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code*⁴⁶, y en El Salvador, en el artículo 7 del Título Primero, Capítulo Segundo de la Ley de Propiedad Intelectual. Como se puede apreciar en los diferentes cuerpos legales, la distribución y la reproducción de la obra constituyen las dos caras de una misma moneda. No podría existir la distribución, si no hay reproducción y carecería de sentido el reproducir una obra cuyo propósito no sea la posterior distribución.

La reproducción consiste en el elaborar copias de los diversos tipos de obras (sean estas literarias, cinematográficas, musicales, etc.) en cualquier tipo de soporte o medio, como por ejemplo: papel, discos compactos, DVD⁴⁷, cintas magnéticas, etc. La distribución consiste en proporcionar ejemplares a terceras personas de la misma bajo cualquier título, y dependiendo de la legislación, se regula el tipo de medios que pueden emplearse para tal actividad.

1.1 Límites de la legalidad e ilegalidad de la distribución de obras

La distribución, al ser un derecho exclusivo del titular de los derechos de autor, tiene la potestad de permitir o prohibir la distribución de la misma. Sin embargo, dicho derecho tiene

⁴⁶ §106 Derechos exclusivos en los trabajos con derechos de autor. [...] el propietario de un derecho de autor bajo este título tiene los derechos exclusivos para hacer y para autorizar cualquiera de lo siguiente:

(1) Distribuir su trabajo con derechos de autor en copias o fonogramas; [...]

(3) Distribuir copias o fonogramas del trabajo con derechos de autor al público por venta u otra transferencia de propiedad, o por renta, alquiler o préstamo.

⁴⁷ DVD significa “*Digital Versatile Disc*” “que designa el disco óptico con gran capacidad para el almacenamiento de datos, sean estas imágenes o sonido” (Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario Panhispánico de dudas», 2005)

una excepción, la cual es similar en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996, el Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code* y la Ley de Propiedad Intelectual. Todos estos establecen que se restringe a la primera venta, lo cual quiere decir que una persona, al haber adquirido la propiedad de la obra a cualquier título, puede transferirlo de igual manera, incluso si el titular de la obra prohíbe su posterior distribución.

1.2 Formas más frecuentes de distribución de obras

La reproducción de las obras puede darse en diversos soportes y acorde a lo anterior, es la forma de distribución, por ejemplo: los medios o formatos físicos como libros impresos, CD de música, películas en discos DVD o casete VHS e incluso un *software* o programa de computadora (contenido en un CD o si está pre-instalado en una computadora) se adquieren ya sea por medio de una tienda o recibirse por correo, pero en soporte digital, puede obtenerse por medio del Internet. En el caso de la música, el cliente tiene la opción de incluir todas las canciones de un disco o seleccionar las que más le interesen del mismo; un *software* normalmente es descargado del sitio oficial que lo promueve o de otros sitios de Internet.

Otras dos formas de distribuir estos productos, las cuales no son muy utilizadas por los titulares de los derechos de autor, sin embargo, son muy usadas por personas que tratan de conseguir los mismos a muy bajos costos o en el mejor de los casos, sin costo alguno. La primer forma de transferencia es por medio de programas “*peer to peer*” (P2P), o “puerto a puerto” o “pares a pares”. La segunda forma es por medio de “*stream channels*” que es más usada para los videos. Dichas formas de distribución son exclusivas del Internet y que serán el objeto de discusión de este capítulo.

2. La distribución por medio de programas *Peer to Peer*

Para poder comprender la naturaleza de los programas *peer to peer* (en adelante P2P) es necesario analizar brevemente la forma de compartir la información en sus inicios. Al principio existían solamente servidores centrales, los cuales transmitían la información a los usuarios que la solicitaban⁴⁸. En este caso, el propietario de la página web tenía completa responsabilidad por el contenido de la misma y por su posterior distribución⁴⁹.

⁴⁸ Es una estructura de flujo descendente o “*downstream paradigm*”, «en el que el usuario o cliente es mero receptor pasivo de información preparada por el servidor o proveedor [...] permanece, en parte, en la actualidad» (J. GÓMEZ LANZ. «Una

El anterior esquema generó una forma de pensar con un tratamiento alternativo a la distribución de la información por medio del Internet. Esta consistía en descentralizar la red, eliminando el servidor central, reemplazándolo con los propios usuarios de la red, teniendo un papel activo como servidor. Cada usuario al mismo tiempo recibe y comparte información, por lo que el trato con los demás es igualitario⁵⁰.

La distribución por redes P2P contrastan con la idea de un servidor central, el cual es usado por los comerciantes, casas productoras, autores y demás personas que desarrollan un negocio, debido a que es una forma más práctica de controlar el producto o servicio que negocian. Tómese como ejemplo <http://www.legalsounds.com/> que ofrece música MP3. Las redes P2P publican información o contenidos de los cuales no son necesariamente dueños, sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puede ser usado por los titulares de los derechos de autor para comerciar.

2.1 Definiciones y características de las redes P2P

J. I. Alonso, citado por J. Gómez Lanz, define la red P2P como “la comunicación bilateral exclusiva entre dos personas a través de Internet para el intercambio de información en general y de ficheros en particular”⁵¹.

Otra definición de P2P es un programa que consiste en la utilización de puertos, creando una independencia o descentralización de servidores (que son máquinas que contienen la información solicitada y la distribuyen). Dichos puertos son los usuarios finales que pueden establecer conexiones con otros usuarios. La información es transferida entre los usuarios, creando así una gran red que no es controlada por nadie en específico⁵².

Una definición dada por Robert Danay: “Las redes [P2P] son creadas usando una aplicación de un programa de Internet que vincula una serie de computadoras individuales, cada una de la cuales es capaz de compartir, buscar, crear y modificar copias digitales de archivos particulares”⁵³.

aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 36).

⁴⁹ Vide: H. L. ELMAN. «Derecho de Autor en la red, acciones y omisiones», 11.

⁵⁰ J. Blanco Dávila agrega que los usuarios son los que se comportan como administradores, de ahí la razón de que se llamen pares. Cfr. J. BLANCO DÁVILA. «Perspectivas Regulatorias de la Neutralidad de la Red en Estados Unidos», 8. En esta misma línea se une F. D. Sandulli y S. M. Barbero (Vide: F. D. SANDULLI Y S. M. BARBERO. «El usuario y el proveedor digital: el "reparto musical" en las redes P2P», 107).

⁵¹ J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 37.

⁵² Cfr. DREAMTECH SOFTWARE TEAM. «Peer-to-Peer Application Development: Cracking the Code», 2.

⁵³ Cfr. R. DANAY. «Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom», 2.

Según Max Stul Oppenheimer:

En una red de distribución de puerto a puerto, la información disponible para acceder no reside en un servidor central. No en una computadora que contenga toda la información que está disponible para todos los usuarios. Más bien, cada computadora hace disponible la información a cada otra computadora de la red puerto a puerto. En otras palabras, en una red puerto a puerto, cada computadora es al mismo tiempo un servidor y un cliente⁵⁴.

Las redes P2P no implican un cambio obligatorio de información para emplearla, sino que los usuarios ponen a disposición de los demás la información sin esperar contraprestación alguna. El ideal de las redes P2P es la información libre donde todos intercambian información, e incluso es mal visto el descargar información sin compartir nada a cambio⁵⁵. Según H. L. Elman, “algunas redes [se basan en] un sistema enteramente meritocrático en donde el que más comparta, más privilegios tiene y más acceso dispone de manera más rápida a más contenido”⁵⁶. Vale aclarar también que la mejor traducción para “*file-sharing*” es “intercambio de archivos”⁵⁷ y que debido a la posible confusión que pueda traer en el lector se empleará en la mayoría de las ocasiones el término anglosajón.

Se pueden mencionar diversas características y ventajas de las redes P2P, las cuales son: a) La descentralización implica el evitar la conformación de administradores del sistema, b) No se necesita de una computadora central que sirva de mediadora para realizar los intercambios, c) El no tener servidor central reduce, o mejor dicho, elimina los costos de mantenimiento y almacenamiento, d) Los contenidos al estar almacenados en diversas computadoras, tiene la ventaja de que al desconectarse o arruinarse alguna de ellas, no impide la descarga, e) Autonomía respecto de servidores centrales, f) Permite el intercambio de todo tipo de contenidos, tecnología y recursos, g) Puede ser empleado por cualquier entidad, incluyendo el gobierno, bibliotecas, universidades, centros educativos, etc. y h) En la mayoría de programas no se exige la suscripción, por lo que puede quedar en un anonimato relativo el usuario, sin embargo, existen formas de conseguir las direcciones IP.

2.2 Casos judiciales

⁵⁴ Cfr. M. STUL OPPENHEIMER. «Yours for Keeps: MGM v. Grokster», 7.

⁵⁵ A ese tipo de personas que no comparten información y que además ocupan los recursos del sistema se les conoce como *leechers*, *leech* o sanguijuela.

⁵⁶ Cfr. H. L. ELMAN. «Derecho de Autor en la red, acciones y omisiones», 11.

⁵⁷ Refiriéndose al verbo *share*, específicamente a su gerundio “*sharing*” «el uso de “intercambio” se debe a la inexistencia en nuestro idioma de un sustantivo expresivo del acto de compartir» (J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 38)

El conflicto de las redes P2P tiene como referente principal el caso Napster (A&M Records v. Napster), siendo obligatorio para el estudio de este tema. Igualmente, se abordará el caso Grokster (MGM v. Grokster), el cual ha sentado otro precedente de mayor relevancia debido al análisis fáctico – jurídico desarrollado a lo largo de la sentencia respectiva.

Cada uno de los casos se dividirá en dos partes, la primera se limitará a la descripción de los hechos, los argumentos de las partes y la decisión del tribunal correspondiente. La segunda parte tratará del análisis doctrinario de las sentencias, que dependiendo del caso, puede compararse con otros programas similares como FastTrack, Gnutella, Morpheus y Kazaa.

Se debe aclarar previamente que el *fair use* tendrá su propio apartado (en el capítulo III) debido a que en Estados Unidos de América es un tema jurisprudencial y doctrinario que si bien es cierto se aplicó a las redes P2P en su momento, es necesario separarlo para entender su esencia y eliminar la tentación de aplicar un método casuístico cada vez que existan alteraciones estructurales en las redes P2P.

2.2.1 Caso A&M Records v. Napster

2.2.1.1 Descripción de los hechos, argumentos y sentencia

Funcionamiento de Napster. Napster es un programa que facilita la transmisión de archivos MP3 que, según la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito, permitía a los usuarios:

1 – hacer disponibles para copiar por otro usuarios de Napster archivos de música MP3 guardados en los discos duros de las computadoras de manera individual; 2 – búsqueda de archivos de música MP3 guardados en computadoras de otros usuarios; 3 – transferencia de copias exactas del contenido de los archivos MP3 de los usuarios de otras computadoras vía Internet. Esto es posible con: el software MusicShare de Napster, disponible de forma gratuita del sitio de Internet de Napster, los servidores de redes de Napster y el software de servidor paralelo [por lo que se puede considerar de acceso público]⁵⁸.

Era necesario descargar el *software* MusicShare del sitio oficial de Napster para poder descargar los archivos MP3. Al momento de instalar el *software* se le solicitaba al futuro usuario que seleccionara o creara una carpeta que contendrá los archivos para compartir. Se generaba una especie de índice que era cargado en el servidor de Napster y al cual tenía

⁵⁸ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 4.

acceso posteriormente cualquier otro usuario. Debido a que ese directorio era colectivo y funcionaba en tiempo real, sólo se mostraban los archivos que estaban disponibles en el momento (un archivo puede estar no disponible si el usuario se desconecta del software). No está demás aclarar que los archivos se encontraban siempre en las computadoras de los usuarios y no en el servidor de Napster.

Si un usuario ya ha instalado Napster ¿cómo encontraba los archivos MP3 que deseaba? Existían dos formas: La función de búsqueda y la función *hotlist*. La primera forma funciona escribiendo el nombre de la canción o del artista en la barra de búsqueda (es de aclarar que los archivos son nombrados por los usuarios, por lo que pueden existir errores tipográficos o incluso algunos escriben de forma intencional nombres erróneos para los archivos, debido a la imposibilidad de revisar el contenido previamente). La segunda forma, *hotlist*, que sirve como un indicador de que un usuario del cual se había descargado un archivo está conectado.

Con todas las características hasta el momento mencionadas, se puede considerar que Napster es un sistema con una estructura híbrida por el simple hecho de tener un servidor central que administre el índice colectivo que era generado y actualizado constantemente. Un sistema P2P puro no tendría un servidor central y la razón del porque se diseñó así fue por el hecho de que una desventaja de los sistemas P2P es el tiempo de búsqueda de la información requerida de computadora en computadora, porque hay tantos servidores como usuarios. Sin embargo, esa fue la razón del porque se facilitó la atribución de la “responsabilidad secundaria” a Napster.

Alegato de violación directa y secundaria. La violación directa. A&M Records alegó que los usuarios de Napster comercializaban con materiales protegidos, constituyendo una violación directa a los derechos de autor. La corte⁵⁹ explicó en su debido momento que no puede existir la responsabilidad secundaria por violación de derechos de autor si no existe la violación directa.

⁵⁹ Cuando existe una demanda de ese tipo, se recurre ante los tribunales federales, siendo la primera instancia el Tribunal del Distrito, la segunda instancia es ante la Corte de Apelaciones (y el caso Napster fue estudiado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito). Finalmente, la última instancia es la Corte Suprema de los Estados Unidos. (OFICINA ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS UNIDOS. «El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros», 10 y 13).

Los criterios establecidos para demostrar la existencia de la violación directa son dos: 1 – demostrar la propiedad del trabajo presuntamente violado y 2 – demostrar que el demandado ha violado un derecho exclusivo de los titulares de los derechos de autor como mínimo.

El demandante demostró que el 87% de los archivos disponibles posiblemente se encuentran protegidos por derechos de autor, de los cuales un 75% pertenecen al demandante.

La Corte de Apelaciones está de acuerdo que:

Los demandantes han mostrado que los usuarios de Napster infringen por lo menos dos derechos exclusivos de los tenedores de los derechos de autor: los derechos de reproducción [...] y de distribución [...] Los usuarios de Napster que suben los nombres de los archivos en el índice de búsqueda para que otros puedan copiarlos violan los derechos de distribución de los demandantes. Los usuarios de Napster que descargan los archivos que contienen música protegida, violan los derechos de reproducción de los demandantes⁶⁰.

Ante esta afirmación, Napster alegó el *fair use* a favor de sus usuarios.

Sobre la responsabilidad contributiva. Una vez aclarados los puntos de la violación directa, el siguiente punto a tratar es la responsabilidad contributiva del violador secundario (Napster en este caso). Napster ha tenido conocimiento real y constructivo de las prácticas de sus usuarios en relación a la música protegida por derechos de autor. Ha tenido conocimiento real porque a) Sean Parker, cofundador de Napster, elaboró un documento, el cual fue citado por el Tribunal del Distrito que expresa “la necesidad de permanecer ignorantes de los nombres reales y direcciones IP de los usuarios, debido que ellos están intercambiando música pirateada”⁶¹ y b) la *Recording Industry Association of America* (RIAA por sus siglas en inglés), informó a Napster sobre una cantidad superior a doce mil archivos violatorios. Igualmente, se encontró conocimiento constructivo por parte del Tribunal del Distrito por:

- a) Los ejecutivos de Napster han tenido experiencia en la industria de la grabación; b) ellos han reforzado los derechos de propiedad intelectual en otras instancias; c) Los

⁶⁰ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 11.

⁶¹ *Op. Cit.* 28.

ejecutivos de Napster han descargado canciones con derechos de autor del sistema; y d) ellos han promocionado el sitio con fotos de pantalla listando los archivos violadores⁶².

Según lo anterior, Napster combina una serie de servicios empleados por los usuarios para *upload* (cargar o subir) y *download* (descargar o bajar) archivos de música MP3. Napster provee los servicios para la violación directa.

Sobre la responsabilidad vicaria. Según se entiende en la doctrina estadounidense, la responsabilidad vicaria es impuesta en todas las áreas de las leyes y el concepto de violación contributiva es una especie que sirve para identificar las circunstancias por las cuales un individuo es responsable por las acciones de otros.

Napster ha tenido un interés financiero directo en la actividad violatoria [...] El beneficio financiero existe cuando la disponibilidad del material violatorio actual como una atracción para clientes [...] Los ingresos futuros de Napster dependen directamente del incremento de la base de los usuarios. Más usuarios registrados con el sistema de Napster implican que la cantidad y calidad de la música disponible se incrementa⁶³.

Napster tiene el derecho y la habilidad de supervisar la conducta de sus usuarios, debido a que su política de contratación con los usuarios, según su sitio web, tiene reservas sobre el “derecho de rechazar el servicio y terminar las cuentas a su discreción, incluyendo, pero no limitado a, si Napster cree que la conducta del usuario viola leyes aplicables o por cualquier razón a la sola discreción de Napster, con o sin causa”⁶⁴.

La única forma de evadir la responsabilidad vicaria que se le atribuye a Napster, es emplear la reserva de derechos (de rechazo) en su forma más amplia. El omitir de forma intencional los actos violatorios por el bienestar de ganancias da pie a la responsabilidad.

“Napster ha tenido el derecho y la habilidad de policía del sistema y ha fallado en ejercer ese derecho a prevenir el intercambio de material con derechos de autor”⁶⁵. Sin embargo, esa facultad está limitada a la arquitectura del sistema, el cual no lee el contenido de los archivos listados, no hace más que revisar que los archivos estén en el formato apropiado de MP3.

Opuesto a la limitación del sistema:

La habilidad de Napster de ubicar material violatorio por medio del nombre del archivo, indica ante todo, que esta dentro de las premisas de la habilidad de policía. [La Corte de

⁶² *Op. Cit.* 28.

⁶³ *Op. Cit.* 35-36.

⁶⁴ *Op. Cit.* 37.

⁶⁵ *Op. Cit.* 37-38.

Apelaciones] reconoce que los archivos son nombrados por los usuarios y puede que no sean compatibles con el material con derechos de autor exactamente... pero para que Napster funcione efectivamente, los nombres de los archivos deben, razonablemente o someramente corresponder al material contenido en los archivos, de otro modo, ningún usuario nunca podría ubicar cualquier música deseada⁶⁶.

Argumento de la aplicación del Audio Home Recording Act como defensa. “Napster alegaba que el intercambio de archivos MP3 es un tipo de uso no comercial protegido de acciones violatorias por el “Audio Home Recording Act” (AHRA). Napster afirma que no puede ser responsable secundario por los intercambios no demandables de sus usuarios de las grabaciones musicales con derechos de autor”⁶⁷.

“La corte del distrito rechazó el argumento de Napster, declarando que dicho Decreto es irrelevante a la acción porque: 1 – los demandantes no trajeron reclamaciones bajo el AHRA; y 2 – El AHRA no cubre las descargas de archivos MP3”⁶⁸.

[AHRA] no cubre las descargas de archivos MP3 en los discos duros de las computadoras. Primero, bajo la interpretación simple de la definición de aparatos grabadores de audio digital del Decreto, las computadoras (y sus discos duros) no son aparatos grabadores de audio digital porque su uso primario no es el de hacer copias de grabaciones de audio digital⁶⁹.

Conclusiones sobre la responsabilidad contributiva y vicaria. En la sentencia se reiteró que la responsabilidad contributiva puede ser impuesta si Napster: “1 – reciba conocimiento razonable de archivos violatorios específicos con composiciones musicales y grabaciones de sonidos protegidas; 2 – conoce o debería conocer que tales archivos están disponibles en el sistema de Napster; y 3 – fallar en prevenir la distribución viral de los trabajos”⁷⁰. No se puede imponer la responsabilidad contributiva por la existencia en sí misma del sistema Napster, por la ausencia de noticia real y la imposibilidad de remover el material violatorio.

Napster puede ser responsable vicario cuando falla en su uso afirmativo y su habilidad para patrullar el sistema y prevenir el acceso de archivos potencialmente violadores listados en su índice de búsqueda. Napster tiene tanto la habilidad para usar la función de

⁶⁶ *Op. Cit.* 38.

⁶⁷ *Op. Cit.* 40.

⁶⁸ *Op. Cit.* 40.

⁶⁹ *Op. Cit.* 40.

⁷⁰ *Op. Cit.* 48.

búsqueda para identificar grabaciones musicales violatorias y el derecho de prevenir la participación de usuarios que comprometen la transmisión de archivos violatorios⁷¹.

Defensa de la primera enmienda. Finalmente, la última defensa de Napster es alegar la violación de la primera enmienda (que trata lo relativo a la libertad de expresión) debido a: “1 – El derecho de publicar un directorio (aquí, la búsqueda por índice) y 2 – el derecho de los usuarios de intercambiar información. [La corte de apelaciones] hace notar que la primera enmienda concierne en menor medida en los derechos de autor por la presencia de la doctrina del *fair use*”⁷².

Solicitud de empleo de regalías. Por si fuera poco, en caso de ser encontrado responsable en Apelación:

[Napster] solicita que se imponga el pago de regalías obligatorias, pero el imponer el pago de regalías obligatorias daría a Napster la salida fácil de este caso. Si tales regalías fueran impuestas, Napster evitaría penalidades por cualquier violación futura de un mandato, daños por derechos de autor y cualquier posible penalidad criminal por violación continua. La estructura de las regalías le concedería también a Napster el lujo de escoger ya sea el continuar pagando las regalías o cerrar. Por el otro lado, los demandantes serían forzados a hacer negocios con una compañía que se lucra del uso erróneo de propiedad intelectual. Los demandantes perderían el poder de controlar su propiedad intelectual: ellos no podrían hacer una decisión de negocios para no darle licencia de su propiedad a Napster, y en el evento que ellos planearan hacer negocios con Napster, las regalías obligatorias se llevarían la habilidad de los tenedores de derechos de autor para negociar los términos de cualquier arreglo contractual⁷³.

Apelación del cierre de Napster. Posterior a la sentencia resumida en los párrafos anteriores, Napster apela contra la decisión de deshabilitar el servicio de transferencia de archivos el 25 de marzo de 2002, cuyo origen fue el incumplimiento del mandato judicial⁷⁴. La corte explicó que tenía que asegurarse un máximo cumplimiento por medio de ciertas condiciones (dichas condiciones no fueron mencionadas).

2.2.1.2 Análisis doctrinario de la sentencia del caso Napster

⁷¹ *Op. Cit.* 48.

⁷² *Op. Cit.* 49.

⁷³ *Op. Cit.* 52.

⁷⁴ Vide: UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, Appeals of Napster.*

Antes de poder analizar la sentencia de Napster y posteriormente la de Grokster, es necesario aclarar diversos términos jurídicos anglosajones, que debido a la similitud de los mismos puede causar desconciertos en los lectores que desconozcan el derecho de los Estados Unidos de América.

Direct copyright infringement (violación directa de derechos de autor). Para que sea considerado una violación directa deben cumplirse dos requisitos: 1 – demostrar la propiedad del trabajo presuntamente violado y 2 – demostrar que el demandado ha violado un derecho exclusivo de los titulares de los derechos de autor como mínimo⁷⁵.

Indirect copyright infringement (violación indirecta de derechos de autor). Este tipo de violación se divide en tres tipos: *contributory infringement*, *vicarious infringement* e *inducing infringement*.

Contributory infringement (violación contributiva⁷⁶). Ocurre cuando una persona conoce que la actividad violatoria está tomando lugar y la causa, induce o contribuye a ella. El conocimiento, según R. E. Schechter y J. R. Thomas⁷⁷, es un factor clave en este tipo de violación.

Vicarious infringement (violación vicaria). Ocurre cuando existe un interés financiero generado por las acciones violatorias y además, posee la habilidad de controlar ese tipo de actividades. Se responde de este tipo de violación incluso cuando la persona no sabía que se realizaba la actividad y no participaba directamente⁷⁸.

Inducing infringement (violación inducida). Este tercer tipo de violación indirecta de derechos de autor fue aplicada por primera vez a los programas P2P en el caso MGM v. Grokster. Consiste en haber encontrado evidencia de haber realizado acciones encaminadas a inducir la violación directa de derechos de autor, tales como la publicidad de un uso violatorio o de instruir como se realiza el uso violatorio, la intención afirmativa de que un producto puede ser usado para infringir, el tener un interés económico con la violación, etc. La diferencia con la violación contributiva consiste en que en esta última la actividad violatoria ya se ha realizado y la persona coopera, en cambio, en la violación inducida se realizan las acciones para iniciar la actividad violatoria.

⁷⁵ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 10.

⁷⁶ Gómez Lanz la traduce como "complicidad activa". Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes "peer-to-peer": algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 39.

⁷⁷ Vide R. E. SCHECHTER Y J. R. THOMAS. «Intellectual Property: the Law of Copyrights, Patents and Trademarks», 190-192.

⁷⁸ Vide R. E. SCHECHTER Y J. R. THOMAS. «Intellectual Property: the Law of Copyrights, Patents and Trademarks», 188-190.

Comenzando con el análisis del caso A&M Records v. Napster, al relacionar las diversas definiciones de programas P2P con la arquitectura de Napster, descrita en la sentencia de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, sin duda alguna es un sistema descentralizado, pero que poseía un directorio central ubicado en los servidores de Napster⁷⁹, con el cual se realizaba la búsqueda por parte de los usuarios⁸⁰. Sin embargo, los archivos se encontraban descentralizados (en otras palabras, almacenados en las computadoras de los usuarios)⁸¹. Desde un punto de vista más técnico, Napster es un modelo P2P con un servidor de descubrimiento y de búsqueda en el cual “provee una lista de los *peers* conectados junto con los recursos disponibles en cada uno de ellos [...] Este modelo reduce la carga sobre los *peers* porque ya no hay más una necesidad de visitar personalmente cada uno de los *peers* por la información requerida [...]”⁸².

En dicha red circulaba gran cantidad de archivos con contenido de dominio público y protegidos por derechos de autor y no existía remuneración por el uso de Napster.

Esta innovadora combinación (en su época) constituyó su éxito al atraer usuarios⁸³ como su destrucción por facilitar la argumentación legal de A&M Records en su calidad de demandantes. ¿Qué elemento de los descritos anteriormente provocó la derrota legal? Es el índice ubicado en el propio servidor de Napster basado en la violación contributiva por su participación en la búsqueda de archivos, la falta de supervisión en las actividades realizadas con su programa y la obtención de beneficios económicos indirectos (generados por la publicidad inserta en su sitio web), según Gómez Lanz, pero este razonamiento es parcialmente erróneo debido a que el citado autor omitió tres elementos que conformaron la responsabilidad contributiva: conocimiento razonable de archivos violatorios, conoce o

⁷⁹ F. D. Sandulli y S. M. Barbero presentan una clasificación de redes P2P, la cual es: redes centralizadas, redes descentralizadas y redes híbridas. En la misma, explican que Napster es una red P2P centralizada porque “cada equipo accede a un servidor central [...] El servidor funciona de forma similar a un motor de búsqueda [...] en la medida que mantiene en tiempo real un registro de todos los archivos intercambiados y gestiona todas las peticiones del cliente” (Cfr. F. D. SANDULLI Y S. M. BARBERO. «El usuario y el proveedor digital: el “reparto musical” en las redes P2P», 108).

⁸⁰ Según J. Blanco Dávila el modelo de Napster, a pesar de los conflictos de derechos de autor, presenta una de las características de la “neutralidad de la red”, la cual es la libertad de los usuarios de elegir el compartir material sin que un tercero pueda obstruir dicha actividad (Vide: J. BLANCO DÁVILA. «Perspectivas Regulatorias de la Neutralidad de la Red en Estados Unidos», 8-9). Para estudiar los elementos que componen la neutralidad de la red, vide: J. BLANCO DÁVILA. «Perspectivas Regulatorias de la Neutralidad de la Red en Estados Unidos», 4.

⁸¹ Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 38.

⁸² Cfr. DREAMTECH SOFTWARE TEAM. «Peer-to-Peer Application Development: Cracking the Code», 4-6.

⁸³ Una razón indirecta de este fenómeno fue el uso de la tecnología MP3, la cual facilitaba tanto la descarga como su almacenamiento en la computadora de los usuarios. A criterio de S. Nikoltchev y J. Cabrera Blázquez dicho formato ha provocado una facilidad en la distribución ilegal de trabajos protegidos por derechos de autor y respecto de las películas afirman que el desarrollo tecnológico revolucionará toda la industria audiovisual (Cfr. S. NIKOLTCHIEV Y J. CABRERA BLÁZQUEZ. «MP3: Fair or Unfair Use?», 14).

debería conocer que dichos archivos se encuentran en el sistema y fallo en la prevención de la distribución. Además omitió mencionar que la corte le atribuyó violación vicaria, cuyos elementos son, acertadamente mencionados por el autor, la falta de vigilancia y la obtención de beneficios económicos.

Los posibles grupos de sujetos susceptibles de incurrir en responsabilidad civil y criminal, al relacionarse con este tipo de redes, son: 1 - los desarrolladores del software P2P; 2 - los titulares de sitios web que recolectan y ordenan los hipervínculos que permiten la descarga y 3 - los propios usuarios que se benefician de las obras compartidas a través de la red⁸⁴.

Respecto de los diseñadores del *software* P2P, R. Casas Vallés opina que los programas son avances tecnológicos, que dependiendo del usuario, puede emplearse para usos ilegales. Sin embargo, los diseñadores serán responsables si promocionan un determinado uso ilícito de su *software*⁸⁵.

Según las definiciones legales señaladas al principio del segundo capítulo, los usuarios que colocan obras a disposición de un indeterminado grupo de personas⁸⁶ contravienen los derechos de reproducción y distribución. No pueden negarse las actividades de reproducción y distribución cuando se digitalizan y almacenan obras (protegidas por derechos de autor) para diseminarse por las redes P2P. A lo anterior se puede agregar la Ley de Propiedad Intelectual de España por medio de las reformas del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996. En su art. 18 se expresa que: “Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”.

Otra de las opiniones emitidas por Gómez Lanz expresa que:

El almacenamiento [...] es una conducta íntimamente ligada con la distribución, cuya expresa tipificación determina (en cuanto el almacenamiento es, en rigor, un acto preparatorio de la ulterior distribución) una anticipación de la protección penal [...] El acopio de obras en la memoria de un ordenador con vistas a su ulterior distribución en una

⁸⁴ Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 44.

⁸⁵ Cfr. R. CASAS VALLÉS. «En los tribunales: A la caza del pirata P2P - El necesario equilibrio entre el derecho de autor y el derecho de protección a la intimidad», 1.

⁸⁶ Se debe entender por “indeterminado grupo de personas” todas aquellas que tengan acceso a las páginas web que difundan el o los archivos violadores de derechos de autor.

red P2P podría encajar en la descripción típica del almacenamiento aun si posteriormente no se llegaran a poner las obras a disposición del público⁸⁷.

Posiblemente a nivel de Derecho Penal sea una de las conductas requeridas para la tipificación del delito, pero no se puede afirmar que por el hecho de almacenar cualquier tipo de información en el disco duro de un ordenador o en cualquier herramienta de almacenamiento (v.g. discos, memorias USB, etc.) implique la intención de distribuir⁸⁸, ejemplo: piénsese el caso de estudiantes que copian material didáctico elaborado por un catedrático con el objeto de estudiar y de transmitir la información a los demás compañeros (excluyendo el hecho de que tengan permiso del catedrático para distribuir el material) no quiere decir que la intención última es su colocación en redes P2P.

Se debe demostrar que existió una verdadera distribución por redes P2P para vincular la actividad del almacenamiento como un paso previo, porque es peligrosa la amplitud que se le otorga al supuesto de hecho el decir que hubo intención de distribuir a pesar que no se puso a disposición del público.

Pasando a otro punto, posterior a la derrota de Napster, los inventores, empresarios y demás personas que se dedican al desarrollo tecnológico de este tipo de redes aprendieron de los errores cometidos para evitar tener el mismo destino. ¿En qué consisten las nuevas estrategias de las redes P2P? a) en la neutralidad del *software* respecto del tipo de archivos a compartir (en otras palabras, compartir toda clase de archivos sean estos documentos de texto, videos, música, software, fotografías, etc.)⁸⁹ y b) disminuir la concentración del control de la red (un ejemplo de concentración del control de la red es Napster con su índice en sus servidores).

La posterior generación de programas *file-sharing* P2P generó su estructura con el objetivo de evitar las demandas legales, de los cuales se puede mencionar: Edonkey, WinMX, Freenet, Gnutella, Kazaa, Grokster y otros. Todos estos programas intentan que la distribución de archivos sea de toda clase. Los creadores de estos programas, en el acuerdo

⁸⁷ Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 47-48.

⁸⁸ Es de recordar que la presente investigación tiene como uno de sus límites el excluir el Derecho Penal, sin embargo, es importante hacer esta aclaración porque concierne al Derecho de Propiedad Intelectual objeto de este estudio.

⁸⁹ Tim Wu, citado por J. Blanco Dávila, explica que la neutralidad tecnológica es “[...] el principio a través del cual los usuarios de Internet deben tener el control del contenido al que acceden y de qué aplicaciones escogen utilizar en la red. Su fundamento no sólo obedece a una justificación histórica, dadas las condiciones en que el Internet nació y se ha desarrollado, sino también a un postulado marcado por la promoción del derecho a la competencia [...]” (Cfr. J. BLANCO DÁVILA. «Perspectivas Regulatorias de la Neutralidad de la Red en Estados Unidos», 11)

de la licencia de uso, establecen una cláusula en la cual el usuario se compromete a no transmitir información ilegal (v.g. pornografía infantil), dañina (v.g. cualquier tipo de virus) o que pueda violar derechos de autor. Igualmente, no colaboran con la búsqueda de información.

La ausencia de servidor central es la característica principal de estas nuevas estructuras conformada por innumerables computadoras individuales controladas por sus usuarios. El software permite la conexión entre los diversos servidores y buscar la información solicitada, que puede ser descargada simultáneamente desde múltiples fuentes, lo que incrementa la velocidad. Debido a la habilidad de transmitirse directamente entre los usuarios es lo que caracteriza a los programas P2P.

El usuario que está descargando un archivo en su ordenador, por medio del *software*, permite que otros usuarios adquieran simultáneamente las partes del mismo que ya posee. Es decir, “los ficheros son compartidos o distribuidos (uploaded) mientras están siendo obtenidos o descargados (downloaded), con lo que el usuario se convierte (y no tiene más remedio que convertirse) en receptor/transmisor de información”⁹⁰. O dicho de otra forma, los procesos de carga y descarga de archivos son dependientes entre sí, de tal manera que un usuario no puede recibir archivos sin compartirlos al mismo tiempo.

Otro tipo de programas P2P como Kazaa permite al usuario seleccionar que archivos son los que desea compartir. Para compartir, los archivos son colocados en una carpeta que se designa al instalar el programa (la carpeta puede generarse en la instalación o seleccionarse una ya existente) y no es obligatorio compartir ya que el usuario puede dejar siempre la carpeta vacía y no dar nada a cambio.

Con estas nuevas arquitecturas, algunas empresas han ejecutado alternativas diferentes como el poner en redes P2P su *software* como forma de promoción y distribución.

Finalmente, desde un punto de vista más comercial, F. D. Sandulli y S. M. Barbero explican que la combinación del internet junto con las redes P2P han modificado la industria musical puesto que ha tomado relevancia el “usuario/navegante/consumidor digital” hasta llegar al punto de ser un agente de la distribución de la música⁹¹. Además explican que ahora ya no

⁹⁰ Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 41.

⁹¹ Cfr. F. D. SANDULLI Y S. M. BARBERO. «El usuario y el proveedor digital: el “reparto musical” en las redes P2P», 107-108.

importa, como elemento principal de elección, el gusto de las personas respecto de los artistas, sino del precio⁹².

Una alternativa para las empresas que se dedican al negocio de la distribución y comercialización de la música es ofrecer servicios que incentiven al navegante a comprar música en comparación a lo gratuito de las redes P2P. Ejemplos de estos servicios son mayor seguridad y velocidad en la transacción, mejor calidad de la música, ofrecer un mayor repertorio, incluyendo canciones difíciles de encontrar, poseer un sistema de protección contra virus, etc.⁹³

2.2.2 Caso MGM v. Grokster

2.2.2.1 Descripción de los hechos, argumentos y sentencia

En este caso en particular fueron dos compañías las demandadas, Grokster y StreamCast, la primera fue la creadora del programa P2P que lleva el mismo nombre y StreamCast desarrolló FastTrack. Ambos programas se apoyaban mutuamente y trabajaban como un solo equipo.

Con el programa Grokster se podía compartir cualquier clase de archivo digital, pero principalmente música y videos que, según alegatos de Metro-Goldwyn-Mayer (MGM), en su mayoría están protegidos por derechos de autor.

Funcionamiento de Grokster. Según la descripción realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos:

[u]n usuario que descarga e instala cualquier software que posee el protocolo para enviar peticiones para archivos directamente de las computadoras de otros que usan un software compatible con FastTrack o Gnutella [...] La petición del usuario va a la computadora dada con la capacidad de indexar por el software y designarla como supernodo, o a alguna computadora con poder comparable y capacidad para coleccionar índices temporales de los archivos disponibles en las computadoras de los usuarios conectados a ella. El supernodo [...] busca en su propio índice y puede comunicar la petición de búsqueda a otros supernodos. Si el archivo es encontrado, el supernodo hace pública la ubicación a la computadora solicitadora, y el usuario solicitante puede descargar el archivo directamente de la computadora ubicada. El archivo copiado es colocado en el folder compartido

⁹² Vide F. D. SANDULLI Y S. M. BARBERO. « Música en Internet: estrategias a seguir», 33.

⁹³ Vide F. D. SANDULLI Y S. M. BARBERO. « Música en Internet: estrategias a seguir», 34-36.

designado de la computadora del usuario solicitante, donde está disponible para otros usuarios para descargar, junto con cualquier otro archivo en ese folder⁹⁴.

Gnutella fue empleado también por Morpheus, que funcionaba en forma similar. Cuando un usuario solicitaba un archivo, se colocaba en un orden de espera hasta que los resultados se emitían a la computadora del solicitante y posteriormente se descargan los archivos. La diferencia de Morpheus con Grokster y StreamCast es que estos últimos no empleaban “servidores para interceptar el contenido de la petición de búsqueda o para mediar la transferencia de archivos realizada por los usuarios del software, ahí no hay punto central a través del cual pasan las comunicaciones en cualquier dirección”⁹⁵.

Alegatos de MGM (demandante). Entre los alegatos de MGM, se incluía un estudio estadístico financiado por MGM, que consistió en una búsqueda sistemática en la red con el objetivo de determinar si circulaban trabajos protegidos por derechos de autor y en qué cantidad. Los resultados arrojaron que:

El 75% de los archivos disponibles a través de Grokster eran trabajos con derechos de autor o controlados por los demandantes, y el 15% de los archivos eran trabajos protegibles. Para el remanente del 10% de los archivos, no hay suficiente información para concluir de forma razonable ya sea que esos archivos constituyeran o no, una violación⁹⁶.

Se explicó además que las redes (de FastTrack) no incluyen información de los archivos descargados realmente, cuáles de los archivos circulantes son de acceso público y cuáles son los archivos copiados junto con las fechas de su descarga.

Otros hechos mencionados por MGM son a) los demandados sabían de las violaciones debido a correos electrónicos enviados por usuarios preguntando sobre la legalidad de descargar ciertos archivos y b) StreamCast monitoreaba a determinadas canciones y notificaba al público en general de la disponibilidad con la finalidad de atraer más usuarios.

Los demandados, según MGM, no intentaron filtrar el material protegido que se encontraba en sus redes; también rechazaron ofertas de compañías que ofrecieron sus servicios de monitoreo y de bloqueo; y bloquearon las direcciones de protocolo de las compañías que intentaban realizar alguna clase de monitoreo.

⁹⁴ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.*,

3.

⁹⁵ *Op. Cit.* 4.

⁹⁶ *Op. Cit.* 6-7 (*Concurring Opinion* del juez Ginsburg).

Sobre la responsabilidad contributiva y vicaria. Análisis de la decisión del Noveno Circuito. Un demandado es responsable de violación contributiva cuando tuvo conocimiento de la violación directa y ayudó materialmente a la violación. Según el entender de la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, Grokster y StreamCast no eran culpables si el software es capaz de usos substanciales no violatorios porque los demandados no tenían conocimiento real debido a la arquitectura descentralizada de su software. En esa misma sentencia se sostuvo que los demandados no eran materialmente ayudantes “de las violaciones de los usuarios porque eran los usuarios mismos quienes buscaban, recuperaban y guardaban los archivos violatorios, sin intervención de los demandados más allá de proveer el software en primer lugar”⁹⁷.

El Noveno Circuito también consideró si Grokster y StreamCast podían ser responsables bajo la teoría de violación vicaria. La corte sostuvo contra la responsabilidad porque los demandados no monitoreaban ni controlaban el uso del software, no había acuerdo o habilidad actual de supervisar su uso, y no había deber independiente de control de violaciones⁹⁸.

MGM y los *amici*⁹⁹ intervinientes encontraron faltas en la Corte de Apelaciones por perturbar el balance de los valores relacionados en el presente caso, los cuales son los derechos de autor y la promoción de la innovación en tecnologías de la comunicación, siendo a favor de este último la ventaja. La distribución ilegal del material protegido que amenaza a los dueños de los derechos porque cada copia es idéntica al original, el elaborar copias es fácil y mucha gente (especialmente los jóvenes) usa software (diseñados para compartir) para descargar trabajos protegidos¹⁰⁰.

El Noveno Circuito ha leído la limitante de Sony para decir que cuando un producto es capaz de un uso legal substancialmente, el productor no puede nunca ser acusado de responsabilidad contributiva por el uso violatorio de terceros grupos; se entiende la regla

⁹⁷ *Op. Cit.* 10.

⁹⁸ *Op. Cit.* 10.

⁹⁹ *Amici* o *amicus curiae* significa: “Latín. Un amigo de la corte. Un espectador (usualmente un consejero) que interviene y ofrece información sobre un tema de la ley en relación al cual un juez está confundido o equivocado, o sobre un tema en el cual la corte puede tomar conocimiento del juez. El letrado actúa frecuentemente en la corte en esta capacidad cuando se está en posesión de un caso que el juez no ha visto o no recuerda en el momento [...] También es aplicado a personas que no tienen derecho a aparecer en el litigio, pero les es permitido introducir evidencia para proteger sus propios intereses [...]” (Cfr. H. Campbell Black, *Black’s Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 66).

¹⁰⁰ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, 10-11.

en sentido amplio, incluso cuando el propósito real de causar un uso violatorio es mostrado con evidencia independiente del diseño y de la distribución del producto, a menos que los distribuidores hayan especificado conocimiento de violación al tiempo en el cual ellos contribuyeron a la violación y fallaron en actuar en base a esa información. El Noveno Circuito concluyó que la compañía no podía ser responsable, debido a que no hay muestras de que su software, sin un servidor central, les permitiera conocer de específicos usos ilegales. [Según la Corte Suprema, la interpretación hecha es un entendimiento erróneo de Sony]¹⁰¹.

La teoría de la violación inducida. La Corte Suprema determinó que “cuando la evidencia va más allá de las características del producto o del conocimiento que puede ser puesto para usos violatorios, y mostrar declaraciones o acciones dirigidas a promocionar la violación, la doctrina de Sony no impide la responsabilidad”¹⁰².

La Corte Suprema ejemplifica lo anterior con un caso donde “uno induce la comisión de la violación por otro, o incita o persuade a otro para infringir”¹⁰³. Dicha regla no ha variado con el transcurso del tiempo y:

“la evidencia de pasos activos... tomados para animar violación directa” [...] tales como propaganda de uso violatorio o instructivos de cómo realizar un uso violatorio, muestra un intento positivo que el producto es usado para infringir, y al mostrar que la violación fue animada, excede la ley de encontrar responsabilidad cuando un demandado vende un producto comercial útil para algunos usos legales¹⁰⁴.

“MGM alega que el mensaje [para violar trabajos protegidos] es mostrado. Es indiscutible que StreamCast reflejara en la pantalla de la computadora de los usuarios propaganda de su compatibilidad con Napster, urgiendo la adopción del OpenNap”¹⁰⁵, que fue creado para pasar los usuarios de Napster a Grokster, el cual estaba ofreciendo la misma habilidad de compartir que Napster, y a la misma gente que probablemente uso Napster para descargas violatorias, que podía haber sido entendido por cualquiera, el sugestivo nombre de su versión de OpenNap: Swaptor.

¹⁰¹ *Op. Cit.* 16.

¹⁰² *Op. Cit.* 17.

¹⁰³ *Op. Cit.* 17.

¹⁰⁴ *Op. Cit.* 18.

¹⁰⁵ *Op. Cit.* 20.

Un ejemplo claro de un mensaje en la teoría de la inducción, el cual fomentó evidencia irrefutable, es el contenido del diseño propagandístico (enfocados a usuarios de Napster) por parte de StreamCast que decía: *When the lights went off at Napster... where did the users go?* La intención ilegal lo descalifica de clamar protección bajo la doctrina Sony.

Como se ha dicho anteriormente, el demandante (MGM) ha proveído evidencia de que Grokster y StreamCast no intentaron desarrollar “herramientas de filtración o cualquier otro mecanismo para disminuir la actividad violatoria usando su software”¹⁰⁶. El Noveno Circuito consideró este punto como irrelevante porque los demandados carecían del deber independiente de monitorear la actividad de sus usuarios. Al contrario, la corte piensa que “esta evidencia subraya la intención de Grokster y StreamCast para facilitar intencionalmente la violación por parte de sus usuarios”¹⁰⁷.

Junto con la propaganda enfocada a captar usuarios de Napster y la omisión de crear herramientas de filtración para el programa existe una tercera evidencia directa de los objetivos ilegales de los demandados. “Grokster y StreamCast hacen dinero al vender espacios publicitarios, los cuales son colocados en la pantalla de la computadora al ejecutar el software”¹⁰⁸. En este último punto, la ganancia va relacionada con la expansión del *software*, ya que mientras más usuarios tienen, son más anuncios y mayor precio el que se paga por ellos.

En adición al intento de atraer para la violación y distribución de un aparato adecuado para uso violatorio, la teoría de la inducción por supuesto requiere evidencia de violación real por parte de los receptores del aparato, el software en este caso [...] hay evidencia de violación a una escala gigantesca, [...] que en cálculos exactos [...] podría ser discutible, no hay duda que la evidencia de la sentencia sumaria es por lo menos adecuada para dar el derecho a MGM de seguir adelante con los reclamos por daños y la justa compensación¹⁰⁹.

La evidencia de MGM en este caso, dirigida obviamente a un distinto tipo de argumento de responsabilidad por distribuir un producto abierto para usos alternativos. Aquí, la evidencia de las palabras del distribuidor y de las actuaciones que van más allá de la distribución, tales como un propósito de causa y ganancia de los actos de terceros por violación de

¹⁰⁶ *Op. Cit.* 22.

¹⁰⁷ *Op. Cit.* 22.

¹⁰⁸ *Op. Cit.* 22.

¹⁰⁹ *Op. Cit.* 23.

derechos de autor. Si la responsabilidad por inducción es últimamente encontrada, no será en la argumentación de presumir o imputar culpa, sino de inferir un objetivo ilegal de las declaraciones y acciones mostradas sobre dicho objetivo¹¹⁰.

“Existe evidencia substancial a favor de MGM de los elementos de inducción, y la sentencia sumaria a favor de Grokster y StreamCast fue un error. Sobre la reconsideración de la petición de MGM para la sentencia sumaria será en orden”¹¹¹.

Concurring opinions del caso Grokster. Junto con la opinión de la corte materializada en la sentencia relatada anteriormente, se encuentra las *concurring opinions* (significa opinión separada pero de acuerdo con el dictamen de la mayoría de los jueces)¹¹² de los jueces Ginsburg (al cual se le unieron el juez Rehnquist y el juez Kennedy) y Breyer (al cual se le unieron el juez Stevens y el juez O’Connor). Se comenzará con la opinión del juez Ginsburg y posteriormente con la del juez Breyer.

Concurring opinion del juez Ginsburg.

En el fondo, [...] la pregunta del caso es si Grokster y StreamCast son responsables por los actos de violación directa cometidos por otros. Responsabilidad bajo nuestra jurisprudencia puede ser afirmada sobre animar o inducir activamente a la violación por actos específicos [...] o sobre distribuir el uso de un producto para violar derechos de autor, si el producto no es capaz de usos no violatorios de forma “substancial” o “significativamente comercial”¹¹³.

“El artículo principal de la doctrina del comercio” aplicado a los derechos de autor, [...] “deben golpear un balance entre el tenedor legítimo de los derechos de autor para demandar de forma efectiva - y no meramente simbólica - protección del monopolio, y los derechos de otros de libremente entrar substancialmente en áreas no relacionadas al comercio”¹¹⁴.

Según el juez Ginsburg, algunos estiman que “cuando un proveedor está ofreciendo un producto o servicio que tiene usos no violadores como usos violadores, algunos estiman las

¹¹⁰ *Op. Cit.* 24.

¹¹¹ *Op. Cit.* 24.

¹¹² Cfr. L.A. Robb. « Diccionario de términos legales: Inglés - español, español - inglés», 148.

¹¹³ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, 1. Es necesario aclarar que tanto la sentencia como la *concurring opinion* de ambos jueces es un solo documento, al terminar la sentencia, la numeración de las páginas reinicia en **uno** cuando comienza cada *concurring opinion*. Se hace esta aclaración por la posible confusión del lector al momento de revisar las correspondientes citas bibliográficas.

¹¹⁴ *Op. Cit.* 2.

magnitudes de los respectivos usos para encontrar violación contributiva”¹¹⁵. Dicho balance es empleado solamente en un caso donde los usos no violadores, presentes o esperados, son demostrados.

La corte de apelaciones sostuvo que “si el uso substancial no violatorio era demostrado, el dueño de los derechos de autor sería requerido para mostrar que el demandado tenía conocimiento razonable de archivos violadores específicos” [...] A pesar que se reconoció la afirmación de MGM que “la vasta mayoría del software usado es para violación de derechos de autor”, la corte concluyó que el ofrecimiento de evidencia de Grokster y StreamCast conoció los requisitos de Sony que “un producto necesita solamente ser capaz de usos substancialmente no violatorios”¹¹⁶.

Después del análisis realizado por la Corte Suprema no se ha encontrado ningún *fair use*¹¹⁷ y solamente evidencia anecdótica de usos no violatorios (en muy poca medida). En lo relativo a encontrar usos substanciales no violatorios, las primeras dos instancias, la Corte del Distrito y Corte de Apelaciones (Noveno Circuito), se basaron ampliamente en las declaraciones presentadas por los demandados. Los demandados afirmaban que poseían cierto número de autorizaciones de los titulares de los derechos de autor con respecto al Internet (algunas veces sin fundamento) y que algunos de los archivos tenían contenido de dominio público.

Con relación al número total de archivos no violatorios copiados usando el software de Grokster y StreamCast, incluso si es una gran cantidad, no se relaciona con el uso substancial no violatorio y que, por consecuencia, sea inmune a la responsabilidad. El número de copias no violatorias puede ser comparado con el volumen total de los archivos compartidos. Más allá, las primeras dos instancias no distinguieron los usos de los software de Grokster y StreamCast y los usos de la tecnología P2P en forma general.

“Justamente evaluado, la evidencia fue insuficiente para demostrar, más allá de un genuino debate, un prospecto razonable de usos substanciales no violatorios y de usos no violatorios significativamente comerciales para ser desarrollados en el transcurso del tiempo”¹¹⁸.

Concurring opinion del juez Breyer.

¹¹⁵ *Op. Cit.* 3.

¹¹⁶ *Op. Cit.* 4.

¹¹⁷ El *fair use* o uso justo se tratará en el capítulo 3.

¹¹⁸ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, 7-8.

El registro revela un futuro mercado significativo para usos no violatorios de software tipo Grokster. Tales programas permiten el intercambio de cualquier clase de archivo digital - sea que el archivo sea o no sea material protegido -. Mientras más y más información no protegida sea guardada en forma intercambiable, se puede inferir que el compartir legalmente por P2P se convertirá en un prevaleciente incremento¹¹⁹.

Eso es lo que está pasando. Tal uso legítimo no violatorio se está dirigiendo para incluir el intercambio de: información de investigación [...]; videos de uso público [...]; registros históricos y material educacional digital [...]; fotos digitales [...]; “shareware” y “freeware” [...]; música y videos protegidos [...]; noticias pasadas y presentes [...]; archivos de video y audio creado por usuarios [...]; y toda clase de trabajos de contenido abierto¹²⁰.

Puede que Grokster en sí mismo no desee desarrollar estos usos no violatorios. Pero “el estándar de Sony busca proteger, no a Grokster de este mundo, sino al desarrollo de la tecnología más generalmente”¹²¹.

La pregunta verdadera es si deberíamos [la Corte Suprema] modificar el estándar de Sony, como MGM lo solicita, o interpretar más estrictamente a Sony [...] Para determinar ya sea la modificación o la interpretación estricta de Sony, se necesita saber si MGM ha demostrado que Sony ha balanceado incorrectamente los derechos de autor y los intereses de la nueva tecnología. En particular: 1 - ¿Sony ha trabajado para proteger la nueva tecnología?, 2 – Si es así, ¿una modificación o un interpretación estricta debilitaría esa protección?, y 3 – Si es así, ¿nuevos o necesarios beneficios de derechos de autor serían más importantes ante el debilitamiento?¹²²

La regla de Sony, ha proveído protección a las personas que desarrollen nuevas tecnologías (especialmente cuando tienen riesgos) y que las lleven al mercado, en lo referente a los derechos de autor. Esto permite la distribución de su producto, el cual no producirá una responsabilidad monetaria masiva.

La regla de Sony protege fuertemente a la tecnología. La regla deliberadamente hace que sea dificultoso para los tribunales encontrar responsabilidad secundaria donde nuevas tecnologías están en el tema. Está establecido que la ley no impone responsabilidad de derechos de autor sobre los distribuidores de tecnología de uso dual (quienes no se

¹¹⁹ *Op. Cit.* 6.

¹²⁰ *Op. Cit.* 7.

¹²¹ *Op. Cit.* 8.

¹²² *Op. Cit.* 8-9.

interesan en copias no autorizadas) a menos que el producto en cuestión sea usado casi exclusivamente para infringir derechos de autor (o a menos que ellos activamente induzcan violaciones como las que describimos [la Corte Suprema] ahora)¹²³.

Una de las preocupaciones del juez Breyer es el solicitar más evidencia a los demandados, por el hecho de que puede aumentar la inseguridad jurídica respecto de la creación y desarrollo de nuevas tecnologías que puedan tener usos violatorios. Esto aumentaría las demandas judiciales contra inventores, empresarios y demás personas que se dedican a dicho negocio. No habría forma de predecir las decisiones de los tribunales al balancear derechos de autor con nuevas tecnologías, y en palabras del juez Breyer:

Inventores y personas que comienzan sus negocios (en cocheras, en dormitorios, en laboratorios corporativos o en cuartos de juntas) tendrían miedo (y en muchos casos soportar) costosos y largos juicios cuando ellos creen, produzcan o distribuyan la clase de información tecnológica que pueda ser usada como violadora de derechos de autor. [...] Ellos no tendrían forma de predecir como los tribunales pesarían los respectivos valores de los usos violatorios y no violatorios; determinando la eficiencia y conveniencia de cambios tecnológicos; o de juzgar el potencial futuro de mercado de un producto. [...] El adicionar riesgo e incertidumbre significaría una fría consecuencia adicional del desarrollo tecnológico¹²⁴.

Un fenómeno que merece resaltar la atención es el incluir estudios económicos relativos a los efectos causados por las copias no autorizadas (MP3 en este caso) respecto de la venta de CD por parte de la industria:

Comparando estudios de S. Liebowitz, “¿las descargas MP3 aniquilarán la industria de la grabación? La evidencia hasta ahora” (el compartir archivos ha causado un decline en la venta de música) [...] y la conferencia de prensa de Informa Media Group Report [...] (estimando una pérdida total de ventas de la industria en un margen de \$2 billones anuales), [...] con los reportes de F. Oberholzer y K. Strumpf, “El efecto de compartir archivos sobre la venta de discos: Un análisis empírico” [...] (estudios académicos concluyen que el compartir archivos no ha tenido un efecto significativo en las ventas de

¹²³ *Op. Cit.* 10.

¹²⁴ *Op. Cit.* 12.

un álbum promedio), y de McGuire, “Studio: Compartir Archivos no es amenaza a la venta de música” [...] ¹²⁵

Como última conclusión del juez Breyer, afirma que los tenedores de los derechos de autor tienen otras herramientas disponibles para “reducir la piratería y para suprimir cualquier amenaza planteada ante la producción creativa. Un tenedor de derechos de autor puede proceder contra el proveedor tecnológico donde esté presente un probable intento específico de violación” ¹²⁶.

2.2.2.2 Análisis doctrinario de la sentencia del caso Grokster

Este caso ha presentado diversas reacciones, algunas veces contrapuestas, entre los doctrinarios, los defensores de la industria y las personas que se dedican al desarrollo tecnológico.

El primer problema, según A. Eisgrau y F. Von Lohmann ¹²⁷, es la ampliación de la responsabilidad secundaria con la nueva teoría del *inducing infringement* (violación inducida) que ha establecido la Corte Suprema de los Estados Unidos. Dicha teoría afecta a todas las personas involucradas en el desarrollo tecnológico puesto que genera incertidumbres a nivel jurídico en cuanto a los límites de los usos de un *software* para considerarse una violación de la ley.

Anteriormente, con los tipos de violación secundaria ¹²⁸, los diseñadores entendían que mientras “la tecnología fuera meramente capaz de usos no violatorios en el comercio, es legal su distribución, a pesar de cómo algunos (o incluso muchos) de sus clientes puedan realmente usarla” ¹²⁹. Por el contrario, con la violación inducida, es posible demandar a cualquier compañía con poco o sin ningún fundamento, basándose solamente en los usos violatorios del *software*, con el objetivo de obtener altas sumas de dinero mediante arreglos extrajudiciales.

Desde el punto de vista de las empresas, la responsabilidad secundaria ¹³⁰ en todas sus clases, es una opción viable puesto que permite demandar a las personas (naturales o jurídicas) que sean más fácilmente identificables y que tengan los recursos monetarios para

¹²⁵ *Op. Cit.* 14.

¹²⁶ *Op. Cit.* 15.

¹²⁷ Vide A. EISGRAU Y F. VON LOHMANN. «MGM v. Grokster: Balancing the Protection of Copyright and Technological Innovation», 3-4.

¹²⁸ *Contributory infringement* (violación contributiva) y *vicarious infringement* (violación vicaria).

¹²⁹ *Op. Cit.* 4.

¹³⁰ Según M. Stul Oppenheimer, el *Copyright Act* no establece de forma explícita la responsabilidad secundaria y dichas figuras se crearon jurisprudencialmente (M. STUL OPPENHEIMER, «Yours for Keeps: MGM v. Grokster», 21-22).

pagar por los gastos del juicio, los daños y perjuicios sufridos. Otra razón para utilizar esta figura es la sencillez de demandar a sujetos claves (Grokster en este caso) que a un sinnúmero de individuos por cada violación cometida por los mismos.

Si se compara con la decisión de la corte australiana donde se declaró culpable a los creadores del *software* P2P Kazaa¹³¹, explicó el juez Wilcox, citado por G. W. Austin¹³², que son responsables no solo por haber proporcionado los servicios a sus usuarios¹³³, sino que promocionar explícitamente el compartir archivos, especialmente de música.

Relacionado con las empresas tecnológicas y los titulares de los derechos de autor, pero desde otra perspectiva, es la confrontación entre la innovación tecnológica y los derechos de autor. Esto fue planteado en la *concurring opinion* del juez Breyer y a criterio de G. W. Austin¹³⁴ dicho juzgador generó una confrontación del desarrollo tecnológico contra los intereses económicos del autor¹³⁵. El resultado del análisis de dicho juez es a favor de la tecnología.

G. W. Austin está en contra de la anterior decisión puesto que desestabiliza las relaciones entre los autores y los editores ya que los primeros no tienen, en su mayoría, los conocimientos tecnológicos para la protección de sus obras. Una de las consecuencias sería que el autor contrataría los servicios de seguridad de compañías especializadas en la protección de obras¹³⁶. Sin embargo, Richard Stallman no está de acuerdo con dicha opinión puesto que los editores son los que se encargan de crear y administrar seguridad de los trabajos¹³⁷ y presenta como ejemplo los *e-books*¹³⁸.

¹³¹ Para una mayor explicación sobre la forma de funcionar de Kazaa, vide: G. W. AUSTIN. «Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-08: Importing Kazaa - Exporting Grokster», 584-586.

¹³² *Op. Cit.* 584.

¹³³ Aclara G. W. Austin que un proveedor de servicios no es responsable solamente por proveer servicios y equipos con los que se realiza la comunicación de trabajos protegidos por derechos de autor, sino cuando estos pueden determinar el contenido de la comunicación (*Op. Cit.* 590).

¹³⁴ *Op. Cit.* 607.

¹³⁵ Lo cual solo representa una faceta de todo lo relacionado con los derechos de autor.

¹³⁶ *Op. Cit.* 578.

¹³⁷ Vide R. STALLMAN. «Copyright versus community in the age of computer networks», minutos 50:10-56:28. Además explica que la seguridad no solo proviene del archivo en sí (v.g. algunos *e-books* están diseñados para que se genere una sola copia, la cual no puede trasladarse a otra unidad de almacenamiento como ordenadores, discos duros, agendas digitales, etc.), sino que además existen aparatos que impiden la creación o la lectura de copias, ejemplo: la tecnología CSS (*Content Scrambling System*) implementada en los reproductores de DVD. Respecto de este último ejemplo, se dieron varios juicios, entre ellos Universal City Studios Inc. V. Reimerdes (Estados Unidos) y *The Norwegian Cease & DeCSS case* (Noruega), donde se demandó al magazín virtual 2600.com por distribuir el *software* DeCSS, cuya función era eludir el CSS (Vide GECTI GRUPO DE ESTUDIOS EN "INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA". «Comercio Electrónico», 487-490). Lo interesante del resultado de la Corte de Oslo (Noruega) fue el hecho de que Johansen, el creador del DeCSS, fue declarado inocente puesto que "la única propiedad que él había "quebrantado" era la de su propio DVD que legalmente adquirió [...] Además, no había prueba de que él hubiera usado el DeCSS para producir o visualizar copias piratas de alguna película" (*Op. Cit.* 489).

Es de prestar atención que G. W. Austin lo plantea respecto de los autores independientes, los cuales promueven por si mismos sus trabajos. Ahora bien, si bien es cierto que existen autores independientes, es una verdad a medias cuando pretende trasladarlo como la verdad universal para todos los casos. Una forma para comprobar el alcance de su razonamiento sería estudiar las estadísticas de los autores independientes y de los autores que necesitan de editoriales para publicar sus trabajos.

G. W. Austin critica la decisión del juez Breyer respecto del favorecimiento al desarrollo tecnológico por sobre los derechos de autor, expresando el efecto nocivo de la actividad de compartir trabajos sin remunerar a sus respectivos autores¹³⁹. Con relación a este conflicto de intereses, el autor de la presente investigación opina que a pesar de la importancia tanto moral, cultural y lucrativa de los derechos de autor, cuando el trasfondo de un litigio afecta el desarrollo tecnológico, el juzgador debe tener mucho cuidado con los términos, límites y explicaciones necesarias para la sentencia, puesto que podría impedir, ya sea por ingenuidad o por no considerar otros factores, la generación de nueva tecnología. Ese impedimento se crea por medio del peligro que corren los científicos, ingenieros, empresarios y demás personas involucradas con el negocio de la tecnología de ser demandados injustamente y no discernir claramente los límites de la legalidad de sus actos.

Si se reflexiona sobre la historia de la humanidad, los inventos y descubrimientos han alterado en mayor o menor medida el orden preestablecido. Piénsese en la imprenta¹⁴⁰, la pianola¹⁴¹, la radio¹⁴², la televisión, las videocasetas¹⁴³, los reproductores de MP3, los reproductores de DVD, etc. Respecto de todos ellos se pensaba que iban a destruir un mercado y sin embargo, crearon nuevos y lucrativos negocios. Se debe analizar que posiblemente a largo plazo afectará negativamente en mayor medida la falta de nuevos inventos si lo comparamos con la violación de derechos de autor de un libro de fantasía (v.g. El Señor de los Anillos).

¹³⁸ Un *e-book* es un libro electrónico que puede ser leído en un ordenador, una agenda electrónica, etc.

¹³⁹ G. W. AUSTIN. «Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-08: Importing Kazaa - Exporting Grokster», 608.

¹⁴⁰ Vide: P. GOLDSTEIN. «El *copyright* en la sociedad de la información», 75-86 y R. STALLMAN. «Copyright versus community in the age of computer networks», minutos 17:25-21:15.

¹⁴¹ Los compositores y editores de música demandaron a la compañía Apollo (fabricante de pianolas) en el caso "White – Smith Music Publishing Co. V. Apollo Co", el cual fue analizado por el Tribunal Supremo en 1907. El tribunal falló a favor de Apollo debido a tecnicismos, según P. Goldstein (Vide: P. GOLDSTEIN. «El *copyright* en la sociedad de la información», 90-92).

¹⁴² En Estados Unidos se creó la ASCAP (*American Society of Composers, Authors and Publishers*) la cual desarrolló licencias globales para que las radios (principalmente), cabarets y discotecas pudieran representar las obras de los miembros un indeterminado número de veces (*Op. Cit.* 92-97).

¹⁴³ El caso Sony Corp. of Amer. v. Universal City Studios, Inc. fue paradigmático puesto que creó la doctrina Sony.

Continuando con la crítica de G. W. Austin, es un fenómeno¹⁴⁴ que se expandiría por todas las fronteras al ampliar el estándar de Sony. Dicha decisión es unilateral, puesto que el análisis de Sony es apropiado solo para el contexto de los Estados Unidos, sin preocuparse de los efectos que pueden repercutir en otros territorios¹⁴⁵. Esto plantea una interesante discusión sobre la territorialidad de las decisiones de tribunales locales.

Lo primero que cabe resaltar bajo estas circunstancias es que Grokster, al igual que Napster y Kazaa, involucró demandados en diferentes países como Estados Unidos, Australia, Estonia, Isla Nieves, Países Bajos y Vanuatu¹⁴⁶. Pero los usuarios de dichos programas se encuentran en todas las partes del mundo. Esto genera una primera interrogante ¿un fallo de un país (Estados Unidos en el caso de Grokster) puede afectar a territorios extranjeros?

Es de tomar en cuenta que las leyes de propiedad intelectual de cualquier país se limitan a su territorio, por lo que existe un principio de territorialidad. Ahora bien, si agregamos el ingrediente de las redes P2P, que implican una transferencia de información sin importar el lugar, choca con este principio, puesto que la decisión de un tribunal afectará jurisdicciones en las cuales no posee ninguna clase de poder.

En el caso de Kazaa¹⁴⁷, a pesar de que los directivos de Kazaa no se encontraban radicados en Australia y las violaciones directas¹⁴⁸ fueron cometidas en Australia, el tribunal pudo involucrar a Kazaa (responsables secundarios) porque la ley australiana no exige que la autorización se dé en ese mismo país. El fallo terminó en la imposición de un sistema de filtración (igualmente ocurrió con Napster) para “todas las versiones futuras”¹⁴⁹. Lo anterior implica que dichos cambios no solo afectan a los usuarios australianos, sino a todos los usuarios de dichos programa.

Al analizar la sentencia del caso Grokster, la Corte Suprema de los Estados Unidos no se molestó en tratar el tema de la territorialidad en los términos expresados en los párrafos anteriores, por lo que no se podría saber bajo que límites consideraron los efectos de su decisión.

¹⁴⁴ El apoyo al desarrollo tecnológico sobre los derechos de autor.

¹⁴⁵ Vide: G. W. AUSTIN. «Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-08: Importing Kazaa - Exporting Grokster», 608. De todos los documentos analizados para la presente investigación, es el único autor que estudio a profundidad los efectos de la extraterritorialidad de las leyes y de las decisiones judiciales en materia de propiedad intelectual relacionadas con las redes P2P.

¹⁴⁶ Estos últimos cuatro son mencionados por G. W. Austin. *Op. Cit.* 578.

¹⁴⁷ Para que exista un responsable secundario se necesita que este de una autorización para la realización del acto ilegal.

¹⁴⁸ Los usuarios del *software* Kazaa son los que cometieron las violaciones directas (igualmente que en el caso de Grokster).

¹⁴⁹ *Op. Cit.* 586.

La respuesta a la pregunta “¿un fallo de un país (Estados Unidos en el caso de Grokster) puede afectar a territorios extranjeros?” es afirmativa puesto que los efectos repercutieron en todos los usuarios alrededor del mundo, los cuales se encuentran regidos por las leyes de sus respectivos países. Sin embargo, es de tomar en consideración que los programas P2P que se dedican a la transferencia de archivos protegidos sin autorización de los autores no reconocen fronteras y además se diseñaron de esa manera para captar un mayor mercado. Como una conclusión relativa a la territorialidad de las decisiones judiciales, se puede apreciar la necesidad de crear nuevos mecanismos legales con la coordinación y cooperación de los demás países para evitar conductas ilícitas que llevan a un enriquecimiento injusto por parte de personas inescrupulosas.

Con respecto a las defensas que pueden alegar los demandados, M. Stul Oppenheimer plantea diversas formas en contra de la responsabilidad secundaria en cualquiera de sus tipos¹⁵⁰. Explica que la idea principal es que el demandado demuestre que no cumplió por lo menos uno de los elementos de las diferentes responsabilidades¹⁵¹. La responsabilidad secundaria, sea contributiva o vicaria, necesita de todos los elementos para su subsistencia, caso contrario, no habría responsabilidad.

Otra forma de destruir la responsabilidad secundaria es alegar que la actividad que generó la violación directa no es tal, por lo que si desaparece esta, la responsabilidad secundaria no puede subsistir.

Una tercera forma de defensa es alegar que existen, en los servicios o productos, usos no violatorios significativos, de tal forma que se busque un fallo similar al de Sony. Sin embargo, en el caso del *software* P2P, sería complicado probar cuales son los usos no violatorios.

Dos argumentos adicionales son¹⁵²: a) determinar si una cantidad significativa de información transferida es enviada y recibida por personas que poseen autorización para la misma planteando al mismo tiempo que la transferencia de material no autorizado son casos aislados y b) no existen recursos económicos para ejercer un control adecuado. Respecto del primer argumento, existen dificultades para determinar no solo si las personas que envían o reciben información tienen autorización, sino que otro problema es identificar quiénes son esas personas. Con el segundo argumento, se debe determinar si las personas que crearon

¹⁵⁰ Vide: M. STUL OPPENHEIMER, «Yours for Keeps: MGM v. Grokster», 26-36.

¹⁵¹ *Op. Cit.* 26.

¹⁵² Vide: M. STUL OPPENHEIMER, «Yours for Keeps: MGM v. Grokster», 31.

el *software* P2P y administran obtienen ingresos económicos ya sea de forma directa¹⁵³ o indirecta¹⁵⁴.

Por último, aunado a todos los problemas legales mencionados, las formas de administrar redes P2P y de ofrecer los archivos al público ha variado o mejor dicho evolucionado en los últimos años¹⁵⁵. Tanto Napster, Kazaa y Grokster empleaban un *software* que incluía una barra de búsqueda para encontrar los archivos deseados por sus usuarios, dependiendo de la estructura del software, puede ser que sea parcialmente centralizado (Napster) o descentralizado (Grokster). Actualmente los programas P2P no ofrecen necesariamente dicha barra de búsqueda y además no conecta con la computadora de otros usuarios, sino que da vínculos a páginas web que pueden contener los archivos que el usuario desea.

Se dice que no es necesaria la barra de búsqueda puesto que el usuario encuentra los archivos, ejemplo torrent¹⁵⁶, en páginas web en forma de directorios. Incluso se puede copiar ese archivo de una página a otra sin mayores complicaciones. Las páginas web que ofrecen los torrent colocan publicidad como una forma indirecta de ganar ingresos, otras solicitan donaciones no obligatorias.

Una ventaja de esta nueva forma de transferir es que la persona que crea el torrent nombra los archivos y estos no se pueden modificar por otros usuarios puesto que posee un número de hash¹⁵⁷ que no puede ser preservado si se alteran cualesquiera de los archivos de su contenido. En otras palabras, la fidelidad del contenido es mucho mayor que la de otros

¹⁵³ Existen ciertos archivos P2P en los cuales la persona se tiene que registrar en cierta página y dar una cantidad mensual para poder descargar los archivos que desee.

¹⁵⁴ Por medio de la publicidad que puede presentarse, según lo investigado, por dos vías: a) la primera es colocar en la página que ofrece los archivos P2P (ejemplo: *torrent*) la publicidad ya sea por medio de marcos (*frames*) que son pequeños cuadros o rectángulos que se colocan normalmente a los costados, en la parte superior e inferior de la página y b) ponen el *torrent* a disposición de cualquier sitio web que ofrezca archivos por medio de programas P2P y cuando la persona descarga el archivo, se da cuenta que al descomprimirlo (es una forma muy usual el comprimir los archivos usando programas como *Winzip*, *Winrar*, *7-Zip*) le solicita una clave que la puede obtener si va determinada página web. Cuando el interesado accede a dicha dirección, se le solicita que de un clic en determinados *frames* de publicidad y después aparece la clave o algunas veces se les envía por correo. En cualquiera de los dos casos, los administradores pueden obtener ingresos ya sea por el hecho de colocar la publicidad en la página web, en el programa que maneje las redes P2P (como Napster y Grokster) o cuando el usuario accede (da un clic) a la publicidad mostrada.

¹⁵⁵ Evolucionado para evitar caer en similares fallos como los de Napster, Grokster y Kazaa.

¹⁵⁶ Un torrent es un pequeño archivo que contiene la dirección de los servidores (otros usuarios) que poseen el archivo (ejemplo: un software, una película, una canción en formato MP3, un libro PDF, etc.) que se busca. Ejemplo de programas que cargan este tipo de ficheros: BitLord, BitTorrent, BitComet, Opera (en el caso de Opera, su función principal es la de ser un navegador, sin embargo, puede utilizar los archivos torrent sin la necesidad de tener un programa como los mencionados anteriormente), etc.

¹⁵⁷ “La función de *hash*, algoritmo que transforma una secuencia de bits en otra menor [...] se aplica sobre el mensaje inicial [en este caso sobre un conjunto de archivos] una función de *hash*, y se obtiene un resumen del mismo (denominado compendio del mensaje o huella digital), caracterizado por su irreversibilidad [...] y por ser único del mensaje (es decir, es computacionalmente imposible obtener un segundo mensaje que produzca el mismo resumen o *hash*), de forma que cualquier cambio en el mensaje produciría un resumen o *hash* diferente” (Cfr. A. Martínez Nadal. «Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación», 51).

programas puesto que en Napster, por ejemplo, los usuarios escribían el nombre del archivo y nada garantizaba que existiera una correlación entre el nombre y el contenido.

2.3 Estudios estadísticos y econométricos de los programas P2P

Una de las partes que es casi obligatoria en cualquier investigación que estudie un fenómeno e intente encontrar una respuesta al mismo, independientemente de la materia que se trate, es el análisis de la realidad reflejado a través de estudios de campo o la inclusión de trabajos ya realizados previamente con relación al tema, no siendo el Derecho una excepción a la regla. En esta investigación, se incluyen diversos estudios estadísticos y econométricos que analizan si existe un daño a las empresas dedicadas al negocio de la música debido a la distribución de la música por medio de redes P2P.

La razón de incluir estos estudios proviene de alegaciones hechas por las empresas, las cuales incluyen datos estadísticos tanto de la cantidad de trabajos protegidos por derechos de autor y de las pérdidas económicas que son generadas a la industria. En el caso MGM v. Grokster se citaron ambos tipos, respecto de la cantidad de obras protegidas:

El 75% de los archivos disponibles a través de Grokster eran trabajos con derechos de autor o controlados por los demandantes, y el 15% de los archivos eran trabajos protegibles. Para el remanente del 10% de los archivos, no hay suficiente información para concluir de forma razonable ya sea que esos archivos constituyeran o no, una violación¹⁵⁸.

Respecto de las pérdidas económicas, MGM, citado por Max Stul Oppenheimer, argumentó que:

La petición de MGM cita la descripción [...] de la escala de violación, como “mente increíble” y alega que “más de 2.6 billones de archivos violatorios de música están siendo descargados cada mes”, que “entre 400,000 y 600,000 copias de películas animadas están siendo ilegalmente descargadas cada día”, que “la venta de discos en los últimos tres años ha caído 31%” y las ventas de los 10 álbumes más vendidos ha caído un 50% y que “la pérdida de ventas en cálculos conservativos de música solamente está en un rango de \$700 millones a varios billones anualmente”¹⁵⁹.

Para demostrar la veracidad o falsedad de estas argumentaciones se contrastan con cuatro investigaciones realizadas por diversas instituciones que servirán como indicadores para

¹⁵⁸ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et. al.*, 6-7 (*Concurring Opinion* del juez Ginsburg).

¹⁵⁹ Cfr. M. STUL OPPENHEIMER, «Yours for Keeps: MGM v. Grokster», 5.

evaluar la posibilidad de reforzar las normas proteccionistas de los derechos de autor, ya sea por reformas o por la creación de una nueva ley.

Se explicará de forma breve cual fue la muestra tomada, la metodología empleada, las conclusiones y cualquier otro dato relevante, de tal forma que sea comprensible entender los límites de las investigaciones. El orden de las investigaciones será cronológico, comenzando por la más antigua.

La primera investigación fue realizada por Martin Peitz y Patrick Waelbroeck¹⁶⁰ con datos recolectados del año 2000 al 2001 e incluye una predicción para el año 2002. Según explican los autores en un estudio realizado por Stan Liebowitz en el año 2003 (el mismo año de la publicación de su investigación) se llegó a la conclusión de que la disminución de las ventas de CD pueden ser asociadas a las tecnologías *file-sharing*, causando un daño significativo a las empresas, pero que dicha conclusión fue obtenida sin el uso de información directa de la música descargada o el uso del Internet¹⁶¹.

La información empleada provino de: a) Los reportes mundiales de la *International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI) de los años 2000 y 2001 de 16 países y b) De los datos recabados en una encuesta se concluyó que el “90% de los usuarios de Internet se puede conectar desde su hogar y los usuarios que solamente pueden descargar desde su trabajo u otro lugar (incluyendo estudiantes universitarios) representan el 10%”¹⁶². Igualmente, se establecieron varios supuestos, los cuales son: a) Los usuarios de Internet que descargan música, comparten la música descargada con amigos o la revenden en el mercado negro, son uno de los factores a tomar en cuenta, b) Solo los usuarios habituales son una amenaza a los dueños de derechos de autor, c) Los usuarios habituales reducen la adquisición legal de CD, d) Los usuarios tienen el mismo comportamiento de descarga independientemente de acceder en el trabajo o en la universidad y e) Los usuarios que se conectan en el hogar tienen el mismo comportamiento a pesar de tener acceso solamente en el hogar o en el trabajo¹⁶³.

Su conclusión fue la confirmación del temor de la *Recording Industry Association of America* (RIAA)¹⁶⁴ que consiste en el detrimento substancial de la venta de CD. Esto debido a que el

¹⁶⁰ M. PEITZ Y P. WAELBROECK, «The Effect of Internet Piracy on CD Sales: Cross-Section Evidence», 2003.

¹⁶¹ Cfr. M. PEITZ Y P. WAELBROECK, «The Effect of Internet Piracy on CD Sales: Cross-Section Evidence», 3.

¹⁶² *Op. Cit.* 10.

¹⁶³ *Op. Cit.* 10.

¹⁶⁴ Su traducción al español es: Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos.

estudio reflejó que la descarga de música pudo causar la reducción de venta de CD a nivel mundial en un 10% en el año 2001. Sin embargo, también concluyen que para el año 2002 la descarga de música provocó una disminución del 2% de la venta de CD a nivel mundial a pesar de un levísimo incremento de usuarios de Internet:

Diferentes factores pueden explicar la actual tendencia a la baja en la venta de CD. Uno de tales factores puede ser el efecto de la difusión de conexiones rápidas de Internet en actividades de placer. Actualmente, la personas escuchan más los clips de video y la radio por Internet que descargar archivos de música [...] Mientras no está claro como la corriente de audio afectará a las compañías disqueras en el futuro [...] es solamente una de las muchas actividades de los usuarios de banda ancha. Otras formas de actividades digitales tales como la mensajería instantánea, la búsqueda de información de noticias, trabajos y pasatiempos, creación de contenidos en línea (fotografías, páginas web), mirar clips de video y películas, jugar juegos en línea, comprar productos en línea y la navegación indirecta, que son apreciadas por los usuarios de banda ancha, son claramente un sustituto a las formas tradicionales de entretenimiento. Seguramente, los datos de la encuesta proveen evidencia que [un número significativo de] usuarios han reducido la cantidad de tiempo para mirar televisión y escuchar música¹⁶⁵.

El segundo estudio fue realizado en Japón por Tatsuo Tanaka del Institute of Innovation Research de la Hitotsubashi University¹⁶⁶. La investigación consistió en la recolección de micro datos de Japón en el año 2004, estudiando el sistema Winny, el cual es el sistema de *sharing-file* más popular en dicho país.

Según la investigación, Winny casi es descentralizado en su totalidad y debido a que las ubicaciones y nombres de los archivos son descifradas, el anonimato prevalece. Además, como Winny dispersa archivos intermediarios en los discos duros de los usuarios, es difícil saber quien fue la persona que colocó inicialmente el archivo¹⁶⁷.

Los datos fueron recabados desde junio de 2004 hasta noviembre de 2004. Se obtuvo los datos semanales de los 30 títulos de CD más vendidos y se contrastaron. Igualmente se condujo una encuesta a estudiantes acerca de la actividad ilegal de reproducción y venta de CD.

¹⁶⁵ *Op. Cit.* 15.

¹⁶⁶ T. TANAKA. «Does file sharing reduce music CD sales?: A case of Japan», 2004.

¹⁶⁷ Por estas características dicho programa se considera ilegal y como resultado, la policía japonesa decidió arrestar al creador de Winny y no a sus usuarios.

El investigador aclaró que la investigación es muy preliminar debido a la falta de suficientes variables instrumentales, pero la conclusión obtenida acorde a los datos recabados consiste en que las descargas no reducen la venta de CD y la encuesta dirigida a los estudiantes muestra que el uso de *file-sharing* no reduce la venta de CD en Japón¹⁶⁸.

Bhattacharjee, Gopal, Lertwachara y otros¹⁶⁹ presentaron un estudio en el año 2005 respecto del análisis de supervivencia de los álbumes en cartas de rango. Desde el punto de vista de los investigadores, el debate de si compartir música en línea lleva a la piratería o al *sampling*¹⁷⁰, lleva a dos opiniones adversas por parte de los principales involucrados. Por un lado, la RIAA alega que el fenómeno ha tenido un impacto negativo devastador, por lo que ha iniciado persecuciones legales y por la otra parte, los programadores de redes P2P afirman que sus sistemas mejoran significativamente la habilidad de los usuarios de probar y experimentar canciones, lo cual puede ser benéfico para la industria de la música. Sin embargo, critican los investigadores los argumentos de ambas partes por ser intuitivos y tener una apariencia teórica, cuando la pregunta y su respuesta es inherentemente empírica. Dicho estudio utilizó micro – datos de las actuaciones de los álbumes musicales de las cartas semanales del *Top 100* de la Billboard y analizó la actividad del *file-sharing* de los mismos en el programa WinMx¹⁷¹.

El enfoque de supervivencia de los álbumes consiste en mediciones de las semanas desde que el álbum aparece en el Billboard hasta que se retira. Para tener una base de comparación, se analizaron las cartas antes de que los MP3 y los programas P2P adquirieran gran relevancia. Se estudiaron 200 cartas entre los años 1995 y 2004. Respecto a la parte correspondiente al programa WinMx se estudiaron más de 300 álbumes en un lapso de 60 semanas.

Los resultados que se obtuvieron mostraron evidencia que el compartir archivos no tiene un efecto significativo en la supervivencia de los álbumes en las cartas Billboard¹⁷².

¹⁶⁸ T. TANAKA. «Does file sharing reduce music CD sales?: A case of Japan», 8.

¹⁶⁹ S. BHATTACHARJEE, R. D. GOPAL, K. LERTWACHARA Y OTROS. «Working Paper #05-26. The Effect of P2P File Sharing on Music Markets: A Survival Analysis of Albums on Ranking Charts», 2005.

¹⁷⁰ *Sampling* significa tomar muestra: en este caso descargar una canción y oír la antes de comprar el disco.

¹⁷¹ Cfr. S. BHATTACHARJEE, R. D. GOPAL, K. LERTWACHARA Y OTROS. «Working Paper #05-26. The Effect of P2P File Sharing on Music Markets: A Survival Analysis of Albums on Ranking Charts», 5-6.

¹⁷² *Op. Cit.* 7.

Finalmente, el cuarto estudio incluido es el realizado por Jordi Mckenzie que fue presentado el 1 de agosto de 2008¹⁷³. Este estudio se describirá con mayor detenimiento que los anteriores por ser más reciente.

Mckenzie aclara que es difícil determinar el costo total por las pérdidas cuyo origen radica en la descarga ilegal de archivos, pero según el estudio de Oberholzer-Gee y Strumpf (2007) y Zentner (2006) se calcula que exceden el billón de archivos por semana y según la Music Industry Piracy Investigation (MIPI) se intercambiaron un poco más de un billón de canciones en Australia en el año 2007¹⁷⁴.

En el estudio de Oberholzer-Gee y Strumpf (2007) “no se encontró relación entre la actividad de descarga y la venta de música usando datos sobre ventas tanto de ventas físicas como digitales de álbumes para usuarios ubicados en los Estados Unidos sobre el último trimestre del año 2002”¹⁷⁵.

El investigador aclara que “no existen fundamentos teóricos a-priori que sugieren que la descarga ilegal ayuda u obstaculiza las ventas legítimas. La pregunta es empírica por consecuencia [esto concuerda con el estudio de Bhattacharjee, Gopal, Lertwachara y otros, lo cual podría significar que los juicios de valor basados en argumentos intuitivos pueden llegar a ser muy peligrosos especialmente si existe la acción penal de por medio]”¹⁷⁶.

Los datos recabados fueron obtenidos de las carteleras semanales de los sencillos de los *Top 40* (digitales) y *Top 50* (físicos) presentados por la Australian Recording Industry Association (ARIA), cubriendo 15 semanas desde el 5 de noviembre de 2007 al 11 de febrero de 2008. Dicho período cubre el nivel más alto de venta debido a la navidad. La canciones completas ocupadas como muestra fueron en total 1350 (600 digitales y 750 físicas)¹⁷⁷.

Los datos de las carteleras fueron cruzados con el programa P2P de *file-sharing* conocido como Limeware, que según la MIPI, representa más del 60% de la música compartida en Australia.

Los resultados demuestran que la actividad ilegal de descarga de música no tiene efectos sobre las ventas tanto del mercado digital como del mercado físico. El propio investigador aclara que la conclusión debe ser tomada con precaución debido a la diversidad de

¹⁷³ J. MCKENZIE. «Illegal Music Downloading and its Impact on Legitimate Sales: Australian Empirical Evidence», 2008.

¹⁷⁴ *Op. Cit.* 1.

¹⁷⁵ *Op. Cit.* 2.

¹⁷⁶ *Op. Cit.* 3.

¹⁷⁷ *Op. Cit.* 7.

investigaciones que podrían haber llegado a otras conclusiones. Además esclarece que los datos basados en las ventas reales serían preferibles al uso de las carteleras como variable dependiente¹⁷⁸.

A la vista de los datos mostrados por las cuatro investigaciones se presenta la posibilidad de llegar a la conclusión de que los programas P2P no afectan negativamente el mercado de la música como lo alegaba MGM en su momento. Es interesante tomar este factor en consideración debido a que una falsa creencia, que además está basada en una simple intuición, puede influir decisivamente en el criterio del juzgador.

El autor de la presente investigación considera necesario hacer hincapié en la idea infundada de que “los programas P2P afectan negativamente al mercado y que causan pérdidas económicas”. Se trata de una de las peligrosas suposiciones que debe ser eliminada si no se cuenta con datos válidos y comprobables para confirmar o desmentir dicha afirmación. Sin embargo, no es la única. A lo largo del trabajo, especialmente en el capítulo tercero, correspondiente a la responsabilidad jurídica, se incluyen dos suposiciones que acarrearán gran peligro si pasan desapercibidas tanto a los abogados como al juzgador. La primera consiste en determinar si las actividades de los usuarios en los programas P2P son ilícitas y la segunda es la concordancia entre la norma jurídica y la actividad realizada por el usuario.

2.4 Simulación de los casos Grokster y Napster en El Salvador

Este apartado presenta una simulación de la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador en los casos de Napster y Grokster con el objetivo de identificar las fortalezas, debilidades y vacíos de la legislación actual; las dificultades que tendrá el juzgador a la hora de evaluar los casos y las posibles herramientas que necesitará para realizar el mismo.

Para desarrollar la simulación se hace necesario determinar ciertos supuestos que deben tomarse en cuenta, los cuales son:

- Los demandantes (A&M Records y MGM), los demandados (Napster, Grokster y StreamCast) y los usuarios (algunos de ellos) tienen su domicilio principal en El Salvador.
- Los tribunales salvadoreños poseen jurisdicción para conocer de los casos.
- Se estudia el ámbito civil, excluyendo terminantemente la vía penal.
- De la sentencia de ambos casos solamente se tomará la forma de funcionamiento de los programas Napster y Grokster.

¹⁷⁸ *Op. Cit.* 12.

- Las actividades realizadas por los usuarios de las redes P2P son violatorias de derechos de autor, según lo establecido en la sentencia de Napster.
- Existen obras distribuyéndose por medio de los programas de Napster y Grokster, las cuales están protegidas por derechos de autor cuyos titulares son los demandantes.
- En general, los casos poseen todas las características necesarias para ser tramitados judicialmente en El Salvador.

Lo primero a determinar es el tipo de juicio y el tribunal correspondiente al cual le tocaría lidiar con estos casos. Según la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 184, les correspondería a los Juzgados de lo Mercantil conocer en juicio sumario¹⁷⁹. Sin embargo, debido al Código Procesal Civil y Mercantil, esta competencia les corresponderá a los Juzgados de lo Civil y Mercantil en un proceso común según los arts. 240 y 30 # 1.

Según los alegatos de los demandantes, Napster y Grokster violentan los derechos de reproducción y distribución, regulados en el art. 7 literales a) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual visto que estos no tienen autorización de los titulares de los derechos de autor para realizar tales actividades. Asimismo, los demandantes han presentado documentación que comprueba la titularidad de dichas obras.

La forma de funcionamiento de los programas es conocida y se entiende que las actividades de los usuarios en las redes P2P son violatorias de derechos de autor, al igual como se estableció en las sentencias de Napster y Grokster.

El primer problema que posee el juez es determinar si la Ley de Propiedad Intelectual abarca a las sociedades que crearon dichos programas. Napster posee un índice de los archivos que comparte cada usuario en tiempo real, sin embargo, sus servidores no poseen materialmente esos archivos. Grokster por su parte, tiene un programa completamente descentralizado y las computadoras de los usuarios son utilizadas para crear conexiones con las demás y estas son las que cooperan en la búsqueda de información. Como se puede apreciar en ambos casos, ninguno de los demandados violenta directamente los derechos de reproducción y distribución visto que en ningún momento envían o reciben desde sus servidores obras protegidas por derechos de autor. El vacío que posee la ley salvadoreña es el no prever que terceras personas se beneficien de las violaciones cometidas por otras, o

¹⁷⁹ Art. 184.- Mientras no se creen los Tribunales Especiales con jurisdicción en materia de Propiedad Intelectual, los tribunales competentes a que se refiere esta ley, son los que tienen jurisdicción en materia mercantil, quienes procederán en juicio sumario

según la jurisprudencia estadounidense, no existe una responsabilidad secundaria. Sólo con esta falla es posible afirmar que los demandados sean absueltos de cualquier responsabilidad.

A pesar de que los argumentos y la forma de operar de los sistemas P2P evaden eficaz y efectivamente los presupuestos principales de violación de derechos de autor debido a los vacíos de la Ley de Propiedad Intelectual, se continuará con la simulación visto que existen otras preocupaciones que el juzgador debe tomar en consideración. Una de estas son los argumentos de cuantiosas pérdidas económicas por parte de los demandantes. Lo alarmante de esta clase de afirmaciones es la posibilidad de influir decisivamente en el criterio del juzgador puesto que cualquier persona se impresionaría si se afirma que existen más de 2.6 billones de archivos violatorios y que las ventas han decaído hasta un 50% debido al fenómeno de las redes P2P. En este caso es necesario que el juez solicite estudios estadísticos y econométricos realizados por profesionales para determinar la veracidad de las mismas.

Un tercer obstáculo que tendrá el legislador es la confrontación con el avance tecnológico. Asumiendo que exista la posibilidad de responsabilizar a los demandados con la ley actual, el juez debe tener extrema delicadeza con la redacción de la sentencia puesto que puede poner en peligro el avance tecnológico. Esta probabilidad se encuentra relacionada con el conocimiento técnico en materia de computación (*software*, redes P2P, etc.) que posea el juez.

En ese caso no es necesario que el juez posea una licenciatura o ingeniería en computación, pero debe entender perfectamente el funcionamiento del programa, las características de toda red P2P, la forma en la que se transmite la información, otros programas similares, etc. Estos conocimientos previos junto con peritos en la materia son los insumos necesarios para redactarla de tal manera que al leer la sentencia sólo afecte al programa referido y a cualquier otro que posea características violatorias similares. Dichas características violatorias deben ser mencionadas expresamente al igual que los motivos que las consideran como tales.

Bajo ninguna circunstancia debe generalizar en la sentencia toda clase de *software*, redes P2P o de cualquier otra naturaleza porque daría un resultado negativo respecto de las personas que se dediquen a la elaboración de *software* y tecnología en general. Puede darse

el caso que una persona cree un programa P2P que no viole ninguna clase de derechos de autor e incluso ningún tipo de ley, sin embargo, debido al precedente negativo de una sentencia anterior, el juez del nuevo caso puede relegarse fuertemente en esta y si no posee los conocimientos necesarios y no se apoya de peritos podría perjudicar injustificadamente a un particular. Considerando todo lo mencionado hasta el momento, el mayor peligro es detener el avance tecnológico debido a la inseguridad jurídica que produciría el juzgador a las personas y empresas que se dedican al negocio del desarrollo tecnológico debido a la amplitud de la sentencia.

Como último problema, son los efectos de la sentencia cuando se condena tanto a Napster como a Grokster por violación de derechos de autor¹⁸⁰. Un juez sabe que los efectos de la sentencia son a nivel territorial, pero es de recordar que las redes P2P no reconocen fronteras dado que ocupan el internet como un instrumento de difusión. Cualquier medida que imponga afectará otros territorios sobre los cuales no se posee ninguna clase de jurisdicción y ese es posiblemente el otro punto más delicado de toda esta simulación.

Posiblemente una posibilidad de no entrometerse con otras jurisdicciones es solicitar que se creen nuevas versiones de los programas que filtren el tipo de información en las direcciones de internet que provengan o salgan de El Salvador. Una medida más severa sería ordenar que los programas se detengan permanentemente, incluso si eso significa que las personas de Grokster y Napster tengan que trasladarse a otro país para seguir operando.

3. Los *stream channels*

Los *stream channels* son, según J. G. Fernández Teruelo, accesos a obras sin descarga y

Consiste en la transmisión de cualquier elemento sonoro y/o visual, de manera que el PC del receptor lo reproduce sin tener que utilizar ningún espacio del disco duro (ausente la descarga). Con el mismo sólo tiene lugar la visualización, impidiéndose guardar las imágenes y sonidos para posteriores usos¹⁸¹.

Una explicación más detallada respecto del funcionamiento de los *stream channels* es ofrecida por H. Herdenson en la cual aclara que el *streaming* es una tecnología que

Ofrece una forma de suavizar la transmisión de grandes cantidades de contenido de audio o video [...] Cuando un usuario da un clic sobre un vínculo de audio o video, el programa

¹⁸⁰ Asumiendo que existiera la posibilidad de responsabilizarlos civilmente.

¹⁸¹ Cfr. J. G. Fernández Teruelo. «Cibercrimen. Los Delitos Cometidos a Través de Internet - estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red -», 96.

reproductor (o el *plug-in* [complemento] del navegador web) es cargado y la transmisión comienza. Típicamente, el reproductor guarda unos pocos segundos de la transmisión [...], para que en cualquier retraso momentáneo de la transmisión de paquetes de datos no aparezca mientras el dato comience a ser reproducido¹⁸².

Además agrega el referido autor que la combinación de esta tecnología con el aumento de la velocidad del internet ha creado la demanda de servicios basados en *streaming*. Entre estos se puede mencionar: exhibición de videos y música caseros, noticias, deportes, eventos nacionales e internacionales, etc.

Lo anterior no tendría mayor controversia respecto de los análisis de la propiedad intelectual, sin embargo, existen sitios de internet que se dedican a la transmisión de contenido, tanto audio como video, sin la autorización de los respectivos autores o titulares de los derechos de autor. Ejemplos de estos sitios son: youtube.com, mysoju.com, crunchyroll.com, etc., los cuales se dedican, además de la transmisión de videos hechos por usuarios, a series televisivas, películas de taquilla, música y otros archivos protegidos por derechos de autor.

Con la anterior ilustración, el presente apartado pretende analizar legalmente la actividad de los sitios web que se dedican a la transmisión de contenido protegido por derechos de autor sin las respectivas autorizaciones. Para esto se estudiará particularmente el caso de youtube.com, que fue demandado en Estados Unidos. Además vale la pena aclarar que dicha compañía ha sido la primera demandada en este rubro, no habiendo antecedentes previos que puedan aplicarse por analogía sin la necesidad de realizar modificaciones, por lo que es un campo abierto para investigadores, doctrinarios, jueces, litigantes y para todo tipo de actores que están interesados o involucrados en el campo de la propiedad intelectual.

3.1 Caso YouTube

Ya se ha explicado hasta el momento en que consiste la tecnología *streaming* y los *stream channels*, pero antes de proseguir con el análisis del caso de YouTube, también es necesario entender su forma de funcionamiento para que el lector tenga una idea de la actividad realizada por dicha sociedad. Según D. Brennan, YouTube tiene varias características llamativas¹⁸³:

- YouTube es un adicionador de contenidos de videos cargados por usuarios de internet.

¹⁸² Cfr. H. HERDENSON. «Encyclopedia of Computer Science and Technology», 459.

¹⁸³ Cfr. D. BRENNAN. «Legal Studies Research Paper No. 220. YouTube and the broadcasters», 2.

- Ese contenido de video puede ser creado por el usuario o ser fuente de cualquier lugar.
- El modelo de YouTube hace prioritario la diseminación más amplia posible
 - Baja calidad que usa poca banda como sea posible.
 - La ausencia de cualquier cobro para espectadores o usuarios.
 - Facilitación de videos de YouTube incrustados en sitios web de terceros.

La idea original de YouTube era la de compartir videos entre usuarios, que por diversos motivos, era difícil de realizar. Ejemplo de esto es la falta de un sitio propio de internet para compartir la información, la calidad que abarca implica muchas veces mayor memoria, los programas necesarios para modificar o editar el video, etc. YouTube facilitó tanto el sitio, como las herramientas necesarias para que los usuarios coloquen sus videos en la web¹⁸⁴.

El éxito de YouTube se debe posiblemente a dos factores: a) la facilidad de ver la gran diversidad de videos¹⁸⁵ que ofrece a pesar de la poca calidad¹⁸⁶ y b) el no cobro a los usuarios, inscritos o no, para la visualización de los mismos¹⁸⁷. Una interrogante que el lector puede formularse al observar esta panorámica es ¿cuál es la ganancia de Youtube, Inc. en promover videos que no son cobrados a los usuarios que los colocan y los usuarios que los observan? Esta pregunta, para que sea respondida, debe analizar el conflicto legal que ha tenido con terceros y sus respectivas pretensiones. Youtube, Inc. y Google Inc.¹⁸⁸ fueron demandados por Viacom International Inc.¹⁸⁹ y otros el 13 de marzo de 2007, registrado bajo el expediente número 07-CV-2103 y la sentencia por parte de la Corte del Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York fue dictada el 23 de junio de 2010.

Viacom alega que YouTube ha empleado la tecnología para violar, de forma intencional, los derechos de autor a gran escala, empleando como fachada la promoción de compartir videos creados por los usuarios de dichos sitio web. Afirma que “han identificado más de 150,000 clips sin autorización de sus programaciones con derechos de autor en YouTube que han

¹⁸⁴ Para un mayor entendimiento de cómo incorporar videos en Youtube, vide: D. SAHLIN Y C. BOTELLO. «YouTube for Dummies», 155-245.

¹⁸⁵ En este mismo sentido se expresa D. Brennan (D. BRENNAN. «Legal Studies Research Paper No. 220. YouTube and the broadcasters», 2).

¹⁸⁶ La baja calidad de los videos se debe a la compresión al convertirlo a otro formato con el objetivo que absorba menos espacio y así el usuario no espere mucho para cargar el video. Para una mayor información sobre el funcionamiento de la compresión de datos, vide: H. HERDENSON. «Encyclopedia of Computer Science and Technology», 134-135.

¹⁸⁷ Vide: YOUTUBE, INC. «YouTube», 2005.

¹⁸⁸ Se explicará en el transcurso del análisis la razón de la demanda de Google, Inc.

¹⁸⁹ Viacom International Inc. es el dueño del canal MTV, MTV2, Comedy Central, Gametrailers, Nickelodeon, Nick Jr., etc. (Cfr. VIACOM INTERNATIONAL INC. «Viacom», 2008).

sido vistos sorprendentemente 1.5 billones de veces”¹⁹⁰. De igual forma afirman que los demandados conocen de los videos violadores de derechos de autor y que además evitan que los titulares de los mismos los encuentren¹⁹¹. Al realizar dichas omisiones y actividades respectivamente, Viacom afirma que YouTube recibe ingresos significativos y aumenta el valor de su empresa¹⁹².

Viacom arguye que, debido a esas ganancias que recibe, YouTube ha decidido dejarles totalmente la obligación de policía a los titulares de los derechos de autor para que encuentren el material violatorio y soliciten a YouTube que quiten los mismos. A pesar de que YouTube remueve el video de su sitio web, otro usuario lo carga nuevamente y de esta manera subsiste en la red¹⁹³.

Otro dato interesante es que YouTube fue comprado por Google Inc.¹⁹⁴ por la suma de \$1.65 billones el 9 de octubre de 2006 debido al crecimiento de la popularidad de dicha comunidad¹⁹⁵, no obstante, Viacom explica que dicho fenómeno ha ocurrido debido a la gran cantidad de material violatorio de derechos de autor exhibidos en dicha página web.

Una vez que los videos son cargados por los usuarios y convertidos a formato *flash* por el software de YouTube¹⁹⁶ ya es posible encontrarlo al emplear la barra de búsqueda de la página de YouTube. Cualquier otro usuario, registrado o no, puede digitar en la barra de búsqueda cualquier término y al presionar el botón “Buscar” aparecen fotos miniatura de los videos, su respectivo nombre, el tiempo de duración, la fecha de colocación del video, el nombre del usuario que lo ha colocado, la clasificación de popularidad, etc.¹⁹⁷ Se trae a colación lo anterior puesto que cuando un usuario le da un clic sobre la imagen miniatura, el video es cargado y puede ser visto y, según los argumentos de Viacom, en ese momento YouTube exhibe públicamente material protegido por derechos de autor, realiza actuaciones

¹⁹⁰ Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *Exp. 07-CV-2103, Viacom International Inc. v. Youtube, Inc. and Google Inc.*, 3 (El documento al cual se hace referencia, a diferencia de los demás casos como Grokster y Napster, es a la demanda presentada por Viacom el 13 de marzo de 2007).

¹⁹¹ Limitando el número de resultados por búsqueda.

¹⁹² *Op. Cit.* 3.

¹⁹³ *Op. Cit.* 3-4.

¹⁹⁴ Según este dato, Google Inc. es el nuevo propietario de YouTube, por lo que esto explica la razón de haber sido demandado junto con Youtube, Inc. por Viacom.

¹⁹⁵ GOOGLE. «Google Press Center», 2006.

¹⁹⁶ D. SAHLIN Y C. BOTELLO. «YouTube for Dummies», 187.

¹⁹⁷ YOUTUBE, INC. «YouTube», 2005. A manera de ejemplo, en el sitio web de Youtube se digitó la palabra “*pokemon*” y se encontraron 495,000 resultados. Lo anterior no quiere decir que todos los videos sean violatorios de derechos de autor.

públicas y además al proveer espacio para almacenaje realiza duplicados¹⁹⁸ de cada video cargado por los usuarios.

Se ha expuesto de una manera resumida el funcionamiento de YouTube para ser considerados en el análisis jurídico, el cual se dividirá en dos partes. La primera parte será bajo la sentencia de la Corte del Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. La segunda parte consistirá en un análisis jurídico aplicando la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador con la intención de predecir el posible razonamiento del juzgador si le correspondiese lidiar con esta demanda de semejante magnitud.

3.1.1 Sentencia Viacom vs. YouTube y Google

Un alegato interesante presentado por Viacom es el siguiente: “YouTube es el que comete la duplicación violatoria, la actuación pública y la exhibición pública de los trabajos protegidos de los demandantes y esa violación ocurre en el propio sitio web de YouTube, el cual es operado y controlado por los demandados, no por los usuarios”¹⁹⁹. Es llamativo dicho argumento puesto que la intención final del mismo es eludir el conflicto relativo al *fair use* de los usuarios como defensa, la cual fue empleada por Grokster y Napster en sus respectivos juicios. Lo anterior implica que se está demandando a YouTube por violación directa de los derechos de autor por los actos ilegales de reproducción y actuación y exhibición pública.

Pasando al análisis de la sentencia, YouTube se defendió utilizando la §512 literal c) del Capítulo 5 “*Copyright Infringement and Remedies*” del *Copyright Act* del *United States Code* que regula el “*Digital Millennium Copyright Act*” (DMCA). Este cuerpo normativo establece que los proveedores de servicio tienen un puerto seguro contra la responsabilidad directa y los diferentes tipos de responsabilidad secundaria visto que no han tenido aviso de violaciones particulares²⁰⁰. Esto provocó el análisis de las limitaciones de dicha ley utilizando como guía la siguiente pregunta²⁰¹: ¿La frase “conocimiento real que el material o una actividad que utiliza el material en el sistema o red esta violando” quiere decir que hay un conocimiento general sobre violaciones o quieren decir un conocimiento verdadero y constructivo de violaciones identificables y específicas de partes individuales?

¹⁹⁸ En la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador se entendería como “reproducción”, según el art. 7 literal a).

¹⁹⁹ Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *Exp. 07-CV-2103, Viacom International Inc. v. Youtube, Inc. and Google Inc.*, 11.

²⁰⁰ Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *Exp. Sentencia 07-CV-2103, Viacom International Inc. v. Youtube, Inc. and Google Inc.*, 1.

²⁰¹ *Op. Cit.* 7.

Según el análisis histórico de la ley hecho en la misma sentencia²⁰², las limitaciones de responsabilidad de la §512 se activan en caso de haberse encontrado responsable a un proveedor de servicio y esta limitación consiste en la imposibilidad, por parte del demandante, de reclamar indemnización monetaria. Además, se explica que existe una prueba de “bandera roja” (*red flag*) incluida en la §512 (c) (1) (A) (ii)²⁰³ en donde no hay necesidad de monitorear, por parte del proveedor de servicios, material violatorio; sin embargo, si el proveedor se encuentra consciente de la bandera roja, entonces se destruye la limitación de responsabilidad.

El problema de la prueba de “bandera roja” está en determinar si objetivamente una actividad es evidentemente violatoria. En el caso de YouTube, se vuelve consciente cuando el titular de los trabajos demande que se quite(n) el/los video(s), pero al remover o deshabilitar el acceso al mismo se beneficia de la limitación de responsabilidad. Según la Corte, si no hubiera hecho caso a las “banderas rojas”, sería una evidente violación por parte de YouTube²⁰⁴.

Profundiza la Corte que un mero conocimiento sobre prácticas violatorias realizadas por parte de los usuarios de YouTube no implica la responsabilidad legal de este puesto que iría en contra del propio cuerpo normativo ya que este no exige un monitoreo constante de actividades violatorias para adquirir la limitación de responsabilidad. Es más, incluso si este proveedor de servicios ha proveído servicios de *hosting* a páginas que tienen títulos que hacen referencia a actividades ilegales no implica que tienen la carga de verificar si el contenido es violatorio de derechos de propiedad intelectual²⁰⁵.

En conclusión, la Corte del Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York falló a favor de YouTube porque un conocimiento general sobre violación de material protegido no afecta negativamente la limitación de responsabilidad provista por el DMCA. Además, YouTube, en caso de toparse con una “*red flag*” o de una notificación hecha por parte del titular de un material protegido, retira el material en cuestión de un día hábil²⁰⁶.

3.1.2 Análisis jurídico bajo la legislación salvadoreña

²⁰² Vide: *Op. Cit.* 9.

²⁰³ “en la ausencia de tal conocimiento real, no sea consciente de hechos o circunstancias de las cuales la actividad violatoria es aparente [...]”

²⁰⁴ *Op. Cit.* 13.

²⁰⁵ *Op. Cit.* 17.

²⁰⁶ Vide: *Op. Cit.* 16.

Al revisar la Ley de Propiedad Intelectual para contrastarla con el caso en concreto, se determina que los artículos posiblemente violados serían: Arts. 6 literal a) e i); 7 literales a), b), c) y f); y 9. Pero es de advertir que deben analizarse las conductas tanto de los usuarios como de YouTube por separado visto que la ley salvadoreña no reconoce la responsabilidad secundaria y además no se le podría acusar a una persona de las actuaciones de un tercero salvo casos excepcionales²⁰⁷.

Comenzando por los usuarios registrados en YouTube que cargan videos se encuentran dos escenarios: a) los que crean videos con sus propias ideas y b) los que emplean material protegido por derechos de autor. Enfocándose en este último, cuando el usuario edita el video (v.g. separa un capítulo en pequeñas partes para que pueda incorporarlo en su totalidad a YouTube) y lo envía al sistema de YouTube estaría violentando el derecho de integridad de la obra (art. 6 literal i), el derecho de reproducción (art. 7 literal a) y el derecho de difundir la obra (art. 7 literal c).

Evaluando al otro actor, YouTube, cuando recibe el video y lo transforma en formato flash para que pueda ser visto en el sitio web por terceras personas violaría: el derecho de comunicación pública de la obra (art. 7 literal f relacionado con el art. 9), el derecho de difundir la obra (art. 7 literal c) y el derecho de ejecutar y representar la obra (art. 7 literal b). No habría ningún problema en encontrarlo responsable, pero la anterior situación no es sencilla puesto que YouTube no conoce el contenido del video porque no realiza labores de edición, simplemente transforma el video a otro formato y, según sus términos de uso, le indica al usuario que no deberá emplear material que viole derechos de autor.

Las incógnitas que debe resolver el juez son las siguientes: ¿YouTube sería responsable de la exhibición de videos violatorios de derechos de autor cuando no tenía conocimiento de los mismos? y ¿sería responsable al ejercer controles de censura (v.g. deshabilitar videos con contenido pornográfico)? Respecto de la primera incógnita, la Ley de Propiedad Intelectual no ha previsto el caso de no haber conocimiento por parte de la persona que ofrece los servicios que son utilizados por un tercero para actividades violatorias de derechos de autor. En este caso no podría haber ningún tipo de responsabilidad para el proveedor de servicios

²⁰⁷ Ejemplos de esta excepción son: los padres son responsables civiles de las actuaciones de sus hijos menores de edad (art. 2072 Código Civil), toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (art. 2071 Código Civil), Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto, aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista (art. 2073 Código Civil).

(YouTube) por las actuaciones del usuario. Se podría comparar con el siguiente ejemplo: un arrendador de fotocopiadoras (YouTube) ofrece sus servicios a un tercero (usuario) para que utilice la fotocopiadora. Antes de entregarle la fotocopiadora, firman un contrato donde se pacta que el tercero no podrá emplear la fotocopiadora para reproducir cualquier material protegido por derechos de autor sin tener los respectivos permisos de sus titulares. Si el tercero viola esa cláusula y reproduce el material, sería sin el consentimiento ni el conocimiento del proveedor de servicios y aunque el titular de los derechos de autor demande judicialmente a este, no se le encontraría culpable porque no es responsable de las acciones del tercero.

Es de aclarar que tanto en el caso en concreto como en el ejemplo hipotético es diferente la situación si el titular de los derechos de autor notifica a YouTube que en su sitio web se exhibe material violatorio de derechos de autor. Bajo esta condición, YouTube puede adoptar dos posiciones: a) inmediatamente bloquea el acceso al video o b) no realiza ninguna acción. En el primer supuesto no sería culpable a causa de impedir las futuras transmisiones de dicho material. El segundo caso conllevaría a la responsabilidad establecida por los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual mencionados al principio de este apartado.

Respecto de la segunda incógnita (¿sería responsable al ejercer controles de censura?), se tendría que conocer a profundidad el procedimiento, la forma y limitaciones que tiene el sistema de control de censura de YouTube para determinar si a la hora de ejecutarlo, detecta también material protegido por derechos de autor. Si este es el caso y se considera que YouTube no realiza acción alguna, será responsable puesto que ha tenido conocimiento de las actuaciones de sus usuarios.

En conclusión, al estudiar el caso de YouTube bajo la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, se puede establecer con mayor seguridad que solamente los usuarios son responsables de las violaciones a dicha ley y en el caso de la entidad demandada, YouTube, no sería responsable a menos de que se pruebe que ha tenido conocimiento bajo dos situaciones: a) notificación por parte del titular del derecho de autor o de cualquier otro interesado y b) que se demuestre que su sistema de control de censura es capaz de detectar y ha detectado material violatorio de derechos de autor.

CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD JURIDICA

A lo largo de toda la investigación se ha estudiado la responsabilidad jurídica de la distribución de las obras por medio de programas P2P y su exhibición por medio de *stream channels*. Sin embargo, existen ciertos casos en donde no se ha discutido la responsabilidad y el presente capítulo tiene como objetivo analizar dichas situaciones. La estructura del mismo será la siguiente: a) el *fair use* o uso justo, b) las actividades realizadas por los usuarios de programas P2P y c) análisis de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador contrastado con la actividad de usuarios que distribuyen obras en internet, especialmente en programas P2P.

1. El *fair use* o uso justo

En el capítulo I se había explicado previamente que el *fair use* es una excepción al monopolio exclusivo del titular de los derechos de autor y dependiendo del país, tiene un mayor o menor desarrollo. Este apartado tendrá por objetivo el analizar el *fair use* empleando la siguiente estructura: a) comparación de la ley de diversos países y en especial el análisis de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, b) presentación de la jurisprudencia, específicamente lo establecido en el caso Napster y Grokster, c) el criterio doctrinario que analiza las justificaciones del *fair use* y d) la aplicación del *fair use* a los programas P2P. Se debe aclarar que el *fair use* implica más que la copia privada visto que también se considera como tal la realización de citas en obras o trabajos, críticas, comentarios, reporte de noticias, enseñanza. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, se enfoca en la copia privada.

Es importante entender que el *fair use* fue ocupado como una defensa ante las demandas judiciales y que El Salvador, en cierta medida, contempla también dicha figura. Estados Unidos de América establece el *fair use* en la §107 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code* y en El Salvador los arts. 45 y 91 de la Ley de Propiedad Intelectual. Por su parte, España lo regula en el Art. 31 inciso 2º del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia:

No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de

obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25 [...]

Es necesario incorporar el art. 25 de este mismo cuerpo normativo, el cual indica una solución a las posibles pérdidas económicas que sufren los autores y demás titulares de derechos de autor. Dicha alternativa se discutirá en el transcurso de este apartado:

1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas [...] dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de éste para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador ni a las bases de datos electrónicas.

El Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en su art. 9 inciso 2: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996 en el art. 10:

Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concebidos 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. Declaración concertada respecto del Artículo 10: Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información en su art. 5 apartado 2:

Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: [...] b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6 [...]

Entre los diferentes instrumentos legales se puede apreciar que existen tanto similitudes como diferencias en el número de requisitos y en el contenido de los mismos para justificar el *fair use*. Estados Unidos, El Salvador, el Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996 tienen similitudes al establecer que no se debe atentar contra la explotación normal de la obra y el no causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. España y la Directiva 2001/29/CE concuerdan con lo anterior basado en que el interés legítimo es obtener beneficios económicos de la creación. El Salvador tiene la similitud con España al determinar que se emplee para el uso privado de la persona que haya realizado la copia.

Si nos enfocamos en las diferencias, el Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996 sólo se refieren a evitar los atentados contra la explotación normal de la obra y el no causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. La Directiva 2001/29/CE y España incluyen a lo anterior la compensación

económica a los autores por las posibles pérdidas, sin embargo, España añade el requisito de que se acceda legalmente a las obras y la copia obtenida de estas no sea objeto de una utilización colectiva.

El Salvador contempla dos casos de reproducción: a) reproducción lícita y b) reproducción ilícita. El primero exige que sea para su uso personal y exclusivo del usuario, realizada por él y con sus propios medios, y en el caso de reproducciones fotomecánicas que sean “pequeñas partes” de la obra protegida o a obras agotadas. Si es un programa de ordenador, la copia debe ser con el objetivo de resguardo o para ejecutar el programa. En la reproducción ilícita exige que exista la buena fe en la adquisición y que se emplee para el uso privado de la persona.

La Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador tiene diversos problemas puesto que emplea conceptos que no han sido definidos, lo cual plantea serios inconvenientes en su aplicación. Estos conceptos son: a) uso exclusivo, b) uso personal, c) usuario, d) pequeñas partes y e) buena fe (en la adquisición de la obra).

Entre estos, posiblemente el más problemático sea el de “usuario” debido al contexto. Según la Real Academia Española, usuario es “dicho de una persona: Que tiene derecho de usar de una cosa ajena con cierta limitación”²⁰⁸. El usuario, según Cabanellas, es el “titular del derecho real de uso [...] El que usa ordinaria o frecuentemente una cosa o un servicio”²⁰⁹. Si se intenta trasladar a los derechos reales, específicamente al derecho de uso, Cabanellas define el derecho de uso como:

la facultad, jurídicamente protegida, de servirse de cosa ajena conforme a las propias necesidades, con independencia de la posesión de heredad alguna: pero con el cargo de conservar la substancia de la misma; o de tomar, sobre los frutos de un fundo ajeno, lo preciso para las necesidades del usuario y de su familia [...] El derecho de uso, aun limitado en su contenido, presenta evidente carácter de derecho real, de constitución por lo general gratuita; ya por testamento, como legado, ya en forma de precario, ínter vivos²¹⁰.

²⁰⁸ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2001.

²⁰⁹ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, VIII, 272.

²¹⁰ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, III, 128-129.

Por su parte, A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic explican que la facultad de uso “se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata”²¹¹.

Para presentar la conclusión respecto del usuario, primero se plantean dos situaciones para graficar la problemática: a) Andrés compra el *comic* “*Great Teacher Onizuka*” y lo lee ¿quién es el usuario? Andrés, porque él ha leído el *comic* y además es el dueño, b) Andrés presta su *comic* a Gabriel ¿quién es el usuario? Gabriel, porque él está usando el bien. Andrés no puede ser porque si bien es cierto que él es el dueño, no la está empleando por el momento. Con las definiciones anteriores y con las representaciones gráficas, se puede concluir que el usuario no es necesariamente el dueño del bien. Eso quiere decir que la persona que puede realizar la reproducción lícita conforme al art. 45 no es necesariamente el dueño del bien, sólo es necesario que se le haya prestado el bien²¹².

La otra parte que es imposible de definir, puesto que pueden haber tantas definiciones como personas, son los conceptos de: a) uso exclusivo, b) uso personal. Posiblemente sea un error de redacción, puesto que si la intención era el de explicar que la copia obtenida es del uso de una sola persona, se debió haber redactado así o presentar una definición en el mismo artículo. La confusión es más grande gracias a que el art. 45 emplea los conceptos “uso personal y exclusivo” y el art. 91 solamente “uso personal”. Es lamentable que esta dificultad no pueda resolverse doctrinariamente, pero las preguntas que tendrán que ser respondidas por el legislador o el juez serán: ¿cuál es la definición de cada uno?, si hay diferencias ¿en qué consisten?, ¿cuál de los dos es más amplio? y ¿en qué consiste dicha amplitud?

El concepto de “pequeñas partes” debe interpretarse según el caso en concreto, pero ¿cuánto es “pequeño”? y ¿cuántas “pequeñas partes” son permitidas en la obra? Puede que la intención del legislador, en el caso de las reproducciones fotomecánicas, sea la de evitar una reproducción total, sin embargo, ha dejado en inseguridad jurídica a la persona que realiza la reproducción puesto que dependerá del juzgador el establecer que es “pequeño” y “cuántas partes” son las legales. Respecto de la obra agotada puede entenderse que es en su totalidad debido a la inhabilidad material de la persona de conseguir una copia autorizada.

²¹¹ Cfr. A. Alessandri Rodríguez, M. Somarriva U. y A. Vodanovic H. «Tratado de los Derechos Reales», Tomo I, 51-52.

²¹² Sea este caso un CD, un DVD, un archivo de un libro escaneado, de audio o de video.

Respecto de la “buena fe”, esta se define como “rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder [...] Convicción de que el acto realizado es lícito”²¹³. Otra definición expresa que “en un sentido, significa probidad, lealtad, ausencia de intención malévola [...] En otro sentido, la palabra traduce la idea de creencia, persuasión, convicción sobre la legitimidad de una situación o hecho jurídico”²¹⁴.

Para entender el sentido en que está empleando la buena fe el art. 91 de la Ley de Propiedad Intelectual, es necesario relacionar el art. 45 del mismo cuerpo normativo. Este apartado explica que “la reproducción de una copia de la obra [...] realizada por el propio interesado con sus propios medios [...]”, lo cual indica que la copia fue realizada por una tercera persona que no cumplía con los requisitos del art. 45, de ahí que sea ilegal. La buena fe en este caso, se referiría a que el adquirente creía que era una copia autorizada.

Otro posible planteamiento de la buena fe es que este se refería a que el adquirente sabía que la copia era ilegal, sin embargo, la buena fe se da al emplearla para su uso personal. Dicha opción surge de la diferencia de trato que se les da a los dueños de las copias: el art. 45 indica que son para “uso personal y exclusivo” y el art. 91 establece que es para “uso personal”. Si fuera correcto el primer supuesto, la propia ley estaría discriminando a sus dueños en base al origen de las copias, lo cual sería contradictorio. En resumen, el art. 91 establece que la buena fe se genera cuando la persona emplea la copia para su uso personal, aún sabiendo que al momento de adquirirla, era ilícita.

Analizando el último país, Estados Unidos es el que posee un mayor número de requisitos porque delimita casos concretos de *fair use* como las críticas, comentarios, reporte de noticias, enseñanza, becas o investigación y además establece cuatro criterios para determinar si un caso distinto de los mencionados anteriormente emplea un verdadero *fair use*. Como se había indicado al comienzo de esta sección, se procederá a explicar los cuatro criterios acorde a la jurisprudencia estadounidense.

1.1 El *fair use* desde el punto de vista jurisprudencial

El primer caso que llevó al análisis del *fair use* como herramienta de defensa de los diseñadores de programas P2P contra las empresas fue *A&M Records v. Napster* ante la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito. La intención de Napster en aquel momento para emplear dicha estrategia era la de probar que sus usuarios, al

²¹³ Cfr. G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, I, 521.

²¹⁴ Cfr. A. Alessandri Rodríguez, M. Somarriva U. y A. Vodanovic H. «Tratado de los Derechos Reales», Tomo I, 381.

descargar música por medio de su programa, estaban siendo protegidos por dicha excepción contenida en la §107 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code*. Si lograban esto significaría que el *direct copyright infringement* (violación directa de derechos de autor) desaparecería, por lo que los cargos basados en el *indirect copyright infringement* (violación indirecta de derechos de autor) no tendrían sentido alguno ya que necesitan del primero para subsistir.

El caso de Napster no se adecuaba a ninguno de los casos preestablecidos por la ley, dejando como única vía el analizar los cuatro criterios, siendo estos: (1) el propósito y característica del uso, incluyendo ya sea si el uso es de naturaleza comercial o es para propósitos educativos no lucrativo; (2) la naturaleza del trabajo protegido; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación al trabajo como un todo; y (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial para el trabajo o el valor del trabajo. La corte analizó cada criterio por separado.

Respecto del primer criterio “propósito y característica del uso, incluyendo ya sea si el uso es de naturaleza comercial o es para propósitos educativos no lucrativo” se preguntó cuál es la transformación y la extensión del nuevo trabajo. La conclusión de la corte fue que:

La descarga de archivos MP3 no es una transformación del trabajo protegido [...] Los tribunales han sido renuentes a encontrar un *fair use* cuando un trabajo original es meramente transmitido en un medio diferente [...] Encontrar la reproducción de un CD de audio a formato MP3 no es una “transformación” del trabajo²¹⁵.

Respecto de la segunda característica del primer factor, si el uso violatorio alegado es comercial o no, se determinó que los usuarios realizaban un uso comercial del material protegido por dos motivos: “1 – un usuario anfitrión enviando archivos no puede decir que lo realiza en su uso personal cuando la distribución del mismo es para un solicitante anónimo y 2 – los usuarios de Napster obtienen gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que comprar”²¹⁶.

El beneficio económico directo no requiere demostrar un uso comercial. Más acertadamente, la repetida explotación de los trabajos protegidos, inclusive si las copias no son ofrecidas en venta, pueden constituir un uso comercial [...] El uso comercial es

²¹⁵ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 13-14.

²¹⁶ *Op. Cit.* 14.

demostrado al mostrar la repetida explotación de copias no autorizadas de trabajos protegidos para ahorrar costos para comprar copias autorizadas [...] [Igualmente, se] encuentra uso comercial cuando los individuos descargan copias de video juegos “para evitar el tener que comprar el cartucho del video juego”²¹⁷.

El segundo criterio “la naturaleza del trabajo protegido”. La corte concluye que las composiciones musicales y la grabación de sonidos protegidos de los demandantes forman parte de los “trabajos creativos” y la protección brindada por los derechos de autor busca proteger más esta clase de trabajos en comparación a los trabajos basados en hechos (v.g. trabajos estadístico). Lo anterior quiere decir que la copia de los trabajos creativos va en contra del *fair use*.

El tercer criterio, “la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación al trabajo como un todo”, hace bastante razonable el afirmar que la copia entera de un trabajo no es un *fair use*. “La corte del distrito determinó que los usuarios de Napster emplean la copia entera del trabajo protegido porque la transferencia de archivos necesariamente involucra el copiar íntegramente el trabajo protegido [...]”²¹⁸.

“El efecto del uso sobre el mercado potencial para el trabajo o el valor del trabajo” es el último criterio. Según la corte:

“El *fair use*, cuando es aplicado apropiadamente, es limitado a copiar por otros cuando no debilita materialmente la venta del trabajo que es copiado” [...] “La importancia de este factor varía, no sólo en el monto del daño, pero también con la fuerza relativa de demostrar los otros factores” [...] La prueba requerida para demostrar el daño presente o futuro al mercado varía con el propósito y características del uso:

Un reto al uso no comercial de un trabajo protegido requiere prueba ya sea que el uso particular es dañino, o que si se vuelve expansivo, causaría un efecto adverso al mercado potencial para el trabajo protegido... Si el uso pretendido es para ganancia comercial, esa probabilidad (del daño al mercado) puede ser presumida. Pero si es para un propósito no comercial, la probabilidad debe ser demostrada²¹⁹.

El reducir la venta de CD de audio entre los estudiantes universitarios y aumentar las barreras a los demandantes para entrar en el mercado por la descarga de música digital son

²¹⁷ *Op. Cit.* 14-15.

²¹⁸ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. CV-99-05183-MHP, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 16-17.

²¹⁹ *Op. Cit.* 17. Subrayado forma parte del documento original.

las dos formas de daño del mercado causadas por Napster gracias a su actividad de distribución de música gratuita²²⁰.

Los impactos positivos que cause en el mercado (del demandante) no justifica la usurpación del mercado “que se deriva directamente de la reproducción de los trabajos protegidos de los demandantes”²²¹.

La corte del distrito determinó que la muestra permanece como uso comercial incluso si algunos usuarios, eventualmente compraran la música [...] Incluso la autorización temporal para descargar canciones individuales con propósitos de muestra es comercial en su naturaleza [...] Las descargas libres proveídos por el registro de las compañías consiste entre 30 – 60 segundos de muestra o son canciones programadas con un “tiempo fuera”, eso es, que existan por un corto tiempo en la computadora del usuario [...] En comparación, los usuarios de Napster descargan completa, libre y permanentemente una copia de la grabación²²².

El Tribunal del Distrito concluyó que los mercados de CD de audio y en distribución en línea son afectados adversamente por los servicios de Napster, por lo que no abusó de su discreción cuando estableció el impacto negativo de Napster:

“Incluso si el tipo de muestra supuestamente hecho en Napster fuera de uso no comercial, los demandantes han demostrado una probabilidad substancial de que afectaría adversamente el mercado potencial de su trabajo protegido si se vuelve expansible” [...] El registro lo apoya por: 1 – más música de muestra que los usuarios bajan, es menos probable que ellos eventualmente compren la grabación del CD de audio; y 2 – incluso si el mercado de CD de audio no es dañado, Napster ha creado efectos adversos sobre el mercado de descarga digital²²³.

Se rechazó la evidencia aportada por Napster debido a que un mejoramiento potencial de cualquier clase en las ventas de los demandantes no implican un *fair use*.

²²⁰ Dichas afirmaciones son erróneas si se contrastan con los resultados de las investigaciones incluidas en el apartado de “Estudios estadísticos y econométricos de los programas P2P”. Esto demuestra un punto que debe tomar en cuenta tanto el investigador jurídico como el litigante en casos sin precedentes: un verdadero estudio jurídico debe incluir la realidad que le rodea, porque el Derecho, en último término, intenta regular la misma. El excluir la realidad puede llevar a cometer errores que comprometen gravemente la decisión final del juzgador como se puede ver reflejado en este caso.

²²¹ *Op. Cit.* 20.

²²² *Op. Cit.* 22.

²²³ *Op. Cit.* 23.

Otra defensa alegada por Napster que involucra el *fair use* es el *space-shifting* o “cambio de espacio”²²⁴ “el cual ocurre cuando un usuario de Napster descarga archivos de música MP3 para poder escuchar la música que él ya posee en un CD de audio”²²⁵.

El *space-shifting* fue comparado con la doctrina generada en el caso Sony, donde la mayoría de los compradores de los aparatos VCR no se dedicaban a la distribución de programas de televisión, sino simplemente para uso personal (de ahí se generó el término *time-shifting*).

Aplicado a Napster:

una vez que un usuario indexara una copia de la música que él ya posee en el sistema de Napster, para poder acceder a la música desde otra ubicación, las canciones se “vuelven disponibles para millones de otros individuos”, no sólo del dueño del CD original [...] El *space-shifting* en archivos MP3 no es un *fair use* incluso cuando fuera demostrada previamente la propiedad antes de que una descarga fuera permitida. [...] El guardar material protegido en el disco duro de la computadora para verlo después no es un *fair use*²²⁶.

Con todo lo descrito hasta el momento, la conclusión lógica de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito, al haberle aplicado los criterios, fue que Napster no emplea el *fair use*.

En el juicio de MGM v. Grokster²²⁷, el juez Ginsburg²²⁸ trató el tema del *time-shifting* en el contexto del caso Sony (con su aparato reproductor “Betamax”) y sostuvo que:

No es violatorio, concluyó la corte, porque en algunos casos la prueba testimonial mostró que estaba autorizado por el tenedor de los derechos [...] y en otros estaba calificado como legítimo *fair use* [...] La mayoría de los compradores usaron el Betamax principalmente para emplearlo en el *time-shifting*, [...] un uso que satisfizo plenamente el estándar de la corte²²⁹.

1.2 El *fair use* desde el punto de vista doctrinario

²²⁴ De ahora en adelante se empleará el nombre anglosajón.

²²⁵ *Op. Cit.* 24.

²²⁶ *Op. Cit.* 25-26.

²²⁷ Caso juzgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

²²⁸ Al emitir su *concurring opinion*.

²²⁹ Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et. al.*, 3.

Acorde al esquema descrito se continuará con el *fair use* analizado desde el punto de vista doctrinario. Se analizará en esta sección la justificación del *fair use*, la problemática de la redacción empleada respecto de la copia privada y los problemas de la copia privada con la aplicación de las nuevas tecnologías.

La copia privada ha existido en diferentes cuerpos normativos como en Estados Unidos por medio del *fair use* o en Canadá por medio *fair dealing* y en otros países como España se le denomina copia privada. Las definiciones varían según los países y retomando el caso de la Directiva 2001/29/CE²³⁰, esta ha sido criticada negativamente por María Martín-Prat visto que varios de los elementos no fueron definidos, siendo estos: a) el número de copias permitidas, b) “una persona física” no se define, lo que puede llevar a interpretar que la Directiva autoriza la copia no solo al copista, sino que a una tercera persona y c) no se establece el límite del concepto de uso privado²³¹.

De la misma forma puede apreciarse que el *fair use* se limita basándose en actividades específicas o a requisitos que se deben cumplir para determinar si un caso en particular se encuentra protegido por dicha figura. En este sentido, R. Danay, al estudiar las defensas del *fair use* en el Reino Unido, concluye que el Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) en su Capítulo III²³² es rígido debido a que son supuestos ya definidos, lo cual no se adapta a los cambios tecnológicos. Por otra parte, la §107 del Título 17 del *Copyright Act* del *United States Code* combina la modalidad del Reino Unido con criterios para casos no preestablecidos.

Independientemente de la definición que se adopte o de los criterios que se ocupen para su delimitación, según Raquel Xalabarder, la copia privada ha tenido diferentes justificaciones según la época. Por el contrario, William S. Strong opina que el origen deviene de la necesidad de contribuir al conocimiento humano, siendo necesaria la disponibilidad del conocimiento actual para su posterior utilización²³³.

Cuando todavía prevalecía la tecnología analógica, la justificación se realizaba en base a un test de tres etapas que consistía en determinar si [1] las copias son normalmente de mala

²³⁰ “[...] efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales [...]”

²³¹ R. XALABARDER, M. MARTÍN-PRAT, M. MALMIERCA Y OTRO. «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda. La copia privada digital», 39-40.

²³² “Estas excepciones incluyen el “uso justo” para propósitos de investigación, estudios privados, criticismo, revisión y reporte de noticias (Secciones 29 – 30); variados usos educativos (secciones 32 – 36A); uso en conexión con bibliotecas/archivos (Secciones 37 – 44) o administración pública (Secciones 45 – 50)” (Cfr. R. DANAY. «Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom», 5).

²³³ Cfr. W. S. STRONG. «El libro de los Derechos de Autor. Guía Práctica», 141.

calidad, [2] no permiten fácilmente la copia sucesiva, [3] no suponen un peligro para los intereses económicos del autor; no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración de copia privada²³⁴.

Con la introducción de la tecnología digital, la justificación se enfocó en la privacidad y la intimidad²³⁵. ¿Por qué razón no se aplica el test de las tres etapas de igual forma? Raquel Xalabarder y María Martín-Prat han cuestionado el test de las tres etapas dado que la tecnología digital tiene las siguientes características: se crean copias casi perfectas (es difícil detectar la pérdida de la calidad), facilita la reproducción masiva y supone un peligro para los intereses de los titulares de los derechos de autor. Lo anterior incluye dos elementos que se relacionan con la copia digital: a) la legalidad o ilegalidad de la fuente de donde se adquiere la copia y b) si la copia privada aplica para el contenido (independientemente del formato en el que se consiga la fuente, ejemplo: adquiero un libro impreso y la copia es formato digital por haberlo escaneado) o si se tiene que realizar en un formato determinado.

Si la justificación se basa en el test de las tres etapas, no habría posibilidad de existencia para la copia privada digital. Otra posible justificación sería la libertad de expresión que en El Salvador se apoya en el art. 6 de la Constitución de la República de El Salvador²³⁶, en Estados Unidos se regula por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América²³⁷ y a nivel internacional se puede mencionar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 10 apartado 1²³⁸. Debido a que esta polémica se planteó en el caso A&M Records v. Napster y puede estudiarse como un posible choque de derechos (libertad de expresión contra derechos de autor), dicha justificación se desarrollará en los siguientes párrafos.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado, según R. Danay, que “todas las expresiones,

²³⁴ Cfr. R. XALABARDER, M. MARTÍN-PRAT, M. MALMIERCA Y OTRO. «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda. La copia privada digital», 36.

²³⁵ *Op. Cit.* 36.

²³⁶ “Art. 6.- Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan [...]”

²³⁷ Art. 1 “El Congreso no aprobará ninguna ley [...] que coarte la libertad de palabra [...]”.

²³⁸ Art. 10 Libertad de expresión. 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...]”.

independientemente de las formas, son presumiblemente protegidas²³⁹ por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 10 apartado 1.

Un argumento a favor de las redes P2P es que se han vuelto elementos primordiales de muchas comunidades virtuales por facilitar la transferencia de información y su posterior análisis; actividades que se alejan de la intención lucrativa y que por el contrario, fomentan intercambios culturales. Así pues, “compartir archivos P2P puede representar un componente importante en muchos sentidos: individuales, de comunidad, identidad y por lo tanto, de auto realización”²⁴⁰.

Una crítica negativa para esta afirmación puede enfocarse en que los usuarios no contribuyen (v.g. aporte de ideas) con los datos que comparten (v.g. música, videos, *software*, etc.), sin embargo, Robert Danay ofrece tres razones a fin de destruir la crítica²⁴¹: a) Los archivos que se comparten pueden modificarlos los usuarios, agregando descripciones, explicaciones contextuales, sinopsis, opiniones personales, etc., b) El mantener un archivo (incluso sin modificación alguna) es muestra de expresividad y c) La diseminación de la información constituye una forma de la búsqueda de la verdad.

En cuanto a esta posible amenaza contra los derechos de autor se debe agregar el avance tecnológico que permite la expansión de los soportes digitales y la percepción del público de que la copia privada es parte de los derechos del consumidor²⁴² y del acceso a la información según María Martín-Prat.

1.3 El *fair use* en las redes P2P

Ya se han explicado las diversas justificaciones del *fair use*, sin embargo, se necesita trasladar esta figura a las actividades de las redes P2P desde un enfoque doctrinario. Según F. J. Cabrera Blázquez, al analizar la copia privada en este ámbito, se restringen a dos actividades las realizadas por el usuario²⁴³: a) la oferta (*upload*) y b) la descarga (*download*).

²³⁹ Cfr. R. DANAY. «Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom», 10.

²⁴⁰ *Op. Cit.* 20.

²⁴¹ *Op. Cit.* 21-22.

²⁴² Se analizará un poco más este planteamiento en el apartado de “la copia privada y el canon”.

²⁴³ Vide F. J. CABRERA BLÁZQUEZ. «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P», 2-3.

El *upload* de material que está protegido por derechos de autor es una actividad regulada no solo por la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador²⁴⁴, sino por otros países. Según F. J. Cabrera Blázquez, la jurisprudencia evaluada por su persona indica que los tribunales europeos han declarado ilegal dicha conducta²⁴⁵. Esto indica que ni las legislaciones extranjeras ni la nacional admiten como un *fair use* el distribuir copias, independientemente de existir o no un ánimo de lucro²⁴⁶.

La otra actividad (de descarga o *download*) dependerá de la legislación correspondiente. En el caso de El Salvador, ya se ha explicado las condiciones bajo las cuales es válida la copia privada. Lo interesante de tratar este tema a las redes P2P es el aplicar los artículos correspondientes de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo dos las posibilidades: a) art. 45 literales “a” y “b” o b) art. 91. La razón de lo anterior es para comprender si la persona que ofrece el archivo le da una copia al usuario o si el usuario es la persona que crea la copia.

El investigador percibe que existe una dificultad adicional en determinar el origen de la copia visto que los contenidos protegidos por derechos de autor se encuentran en soportes intangibles. Bajo esta premisa, plantea que el artículo a aplicar es el 45 literales a) y b) por el siguiente motivo: Cuando una persona ofrece un material para ser descargado por una red P2P (v.g. el *comic* de *Hikaru no Go* en formato PDF) el usuario que “descarga” genera la copia en el disco duro de su ordenador, lo cual cumple con el requisito de “[...] realizada por el propio interesado con sus propios medios [...]” puesto que el archivo de la red P2P no desaparece. Si desapareciera el archivo, implicaría que se ha entregado una copia al usuario y se aplicaría el art. 91.

El lector podría alegar que el archivo colocado en la red P2P es una copia porque es un libro escaneado y esa copia es la que adquiere el usuario cuando lo descarga, no siendo algo diferente. Se puede replicar que la primera actividad es realizada por la persona que ofrece el material y además esta no se pierde no importando si se descarga una o cien veces debido a que con los materiales intangibles la creación de copias perfectas es posible. Si

²⁴⁴ El derecho de comunicación pública y el derecho de difundir la obra: art. 7 literal c) y f) relacionado con el art. 9 del mismo cuerpo normativo.

²⁴⁵ F. J. CABRERA BLÁZQUEZ. « Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P », 3.

²⁴⁶ Respecto del ánimo de lucro, el Código Penal de la legislación salvadoreña señala como requisito indispensable “el interés comercial” para que la conducta de distribución sea considerada como un delito. Esto se puede apreciar en los arts. 266, 227, 227-A y 227-B. Lo anterior implica que las personas que distribuyen material en el internet y lo hacen sin ningún interés financiero, no podrían ser procesados penalmente y la única vía viable para el titular de los derechos de autor es la civil, según la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 184.

trasladamos el art. 91 a bienes tangibles se vuelve más claro esta proposición: José realiza copias ilegales de un libro utilizando una fotocopidora y las distribuye posteriormente. Raúl (cliente) compra una de las 15 copias ¿cuántas copias quedan en posesión de José? 14 ¿la copia que compró Raúl al mismo tiempo la tiene José? No, y en el caso del internet ¿tienen ambos el mismo archivo? Sí. Entonces se puede concluir que el archivo no se traslada permanentemente de un usuario a otro. Distinto fuera el caso de que por correo postal le enviara un CD con los archivos.

En otros países, como Alemania, se establece que la copia es ilícita si se obtuvo de original creado de forma ilícita. En Austria la copia no es privada si la intención última es la de ponerla a disposición del público. En Bélgica no se pueden prohibir las reproducciones siempre y cuando se limiten al círculo familiar²⁴⁷.

2. Las actividades realizadas por los usuarios de programas P2P

Este apartado tiene el objetivo de analizar con un mayor detenimiento la legalidad o ilegalidad de las actividades realizadas por los usuarios de redes P2P. No es la intención del mismo estudiar el *fair use* como tema central, sino evaluar las consecuencias de la profundidad del análisis realizado por la corte estadounidense, tanto en el caso de Napster como de Grokster, puesto que existe un planteamiento propuesto por N. B. Schaumann²⁴⁸, donde explica que no hubo un mayor análisis sobre la violación directa de los derechos de autor (*direct copyright infringement*).

Puede que el lector este confundido con el objeto de estudio de este apartado por el hecho de haberse discutido en el capítulo segundo tanto las sentencias de Napster y Grokster y el *fair use*, sin embargo, si el lector lo revisa nuevamente, apreciará que se elaboró el análisis bajo el presupuesto de que los usuarios cometían violación directa, tal y como lo expresó la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito en el caso Napster.

Comenzando por la exposición del Noveno Circuito en la sentencia contra Napster, aceptó la posición de los demandantes (A&M Records) de que los usuarios cometían violación directa. Ese argumento, a criterio de N. B. Schaumann, “es mínimo y confuso, inclusive opaco a veces”²⁴⁹. El problema de este caso, dado sus características, es volverse un “precedente”²⁵⁰

²⁴⁷ Cfr. F. J. CABRERA BLÁZQUEZ. « Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P», 4-5.

²⁴⁸ Vide: N. B. SCHAUMANN. «Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 9. Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks», 2005.

²⁴⁹ *Op. Cit.* 2.

o un “caso modelo”²⁵¹ y Napster se volvió un precedente para el juicio de MGM v. Grokster respecto de la segunda instancia (Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito)²⁵². Lo anterior quiere decir que en Estados Unidos está solidificándose un criterio que consiste en presumir *a priori* que el uso de las redes P2P para compartir archivos implica violación de derechos de autor. Al trasladar la misma situación a El Salvador, la ventaja que posee este último es la necesidad de fallar de la misma forma en un determinado número de casos similares para conformar la doctrina legal²⁵³.

Una duda que puede surgir en el lector al exponer estos hechos es la siguiente: ¿por qué no se ha analizado el *direct copyright infringement* con el mismo rigor que los otros hechos expuestos? Son dos las razones: a) en todos esos juicios no apareció persona alguna defendiendo los intereses de los usuarios de las redes P2P y b) al estudiar las actividades de los usuarios se encontrarán que existen actividades violatorias y no violatorias²⁵⁴ y según todo lo explicado en el segundo capítulo de la presente investigación, se concluiría de que los usuarios son responsables directos y los desarrolladores del software serían responsables secundarios.

N. B. Schaumann presenta la analogía de compartir música por medio de un CD y de las redes P2P. Trasladándolo a la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, si una persona le presta a otra un CD de música, la primera estaría ejerciendo el derecho de distribución que le

²⁵⁰ Una definición de “precedente”, según el derecho anglosajón, es el siguiente: “Un fallo o decisión de una corte, normalmente grabado en un reporte de ley, usado como una autoridad para alcanzar la misma decisión en casos subsecuentes. En el derecho inglés, las sentencias o decisiones pueden representar un precedente obligatorio (el cual es generalmente vinculante y debe ser seguido) o un precedente persuasivo (el cual no necesita ser seguido). Esto es la parte del fallo que representa el razonamiento legal (o *ratio decidendi*) de un caso que es vinculante, pero solamente si el razonamiento legal es de una corte superior y, en general, de la misma corte en un caso anterior [...] El *ratio decidendis* de la Corte de Apelaciones [el caso de Napster] están vinculando a todos los tribunales inferiores y sujetos a algunas excepciones, sobre la Corte de Apelaciones misma. El *ratio decidendis* del Tribunal Superior [caso de Grokster] está vinculando a las cortes inferiores, pero no así mismo [...]” (Cfr. OXFORD UNIVERSITY PRESS. «A Dictionary of Law», 374).

²⁵¹ Henry Campbell Black define un “caso modelo” como: “Entre los varios casos que son discutidos y determinados entre los tribunales, algunos, por su carácter importante, han demandado más que una atención usual de los jueces y, por esta circunstancia, son frecuentemente vistos por haber resuelto o determinado la ley sobre todos los puntos involucrados en tales casos y como guías para decisiones posteriores y de tal importancia son, que en consecuencia, han adquirido el término familiar de “caso modelo” (Cfr. H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 705).

²⁵² “La pregunta de violación directa de derechos de autor no es un tema en este caso. En vez de eso, los dueños de derechos de autor afirman que los distribuidores del software son responsables por la violación de derechos de autor del software de los usuarios [...]” (Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, *Exp. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, 11734).

²⁵³ Lo expresa la Ley de Casación en su art. 3 numeral 1: “[...] Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes [...]”. Es de aclarar que dicha ley fue derogada por el Código Procesal Civil y Mercantil.

²⁵⁴ Por ejemplo, Jamendo es un sitio web que emplea las licencias *Creative Commons* para poder compartir música y además uno de los medios de distribución es por redes P2P. Entre los artistas que contiene están: Rob Costlow, Artwood, Weeb Platinum, etc. (JAMENDO. «Jamendo», 2005).

confiere el art. 7 literal d) y la segunda ejercería el derecho de reproducción del art. 45 literal a). En el caso de las redes P2P, serían encontrados culpables por violar los derechos de autor concedidos en el art. 7. La diferencia que remarca este autor es que cuando se carga música en redes P2P, no sólo tiene acceso la persona a la cual originalmente se le hubiera prestado (como en el caso del CD), sino que son un número indefinido de usuarios²⁵⁵. Como ya se había explicado anteriormente, siendo necesario hacer hincapié, en el fallo de Napster se generalizó que toda conducta realizada por las redes P2P es violatoria de derechos de autor.

2.1 La creación de leyes y la defensa en juicios desde el punto de vista de los usuarios

En el caso de Estados Unidos, afirma N. B. Schaumann, el *Copyright Act* y todas sus posteriores reformas e incorporaciones fueron presentadas, negociadas y aceptadas por los tenedores de los derechos de autor, es decir la industria, no habiendo una parte representando a los usuarios o consumidores en dichas negociaciones. Este criterio es apoyado por R. Stallman²⁵⁶ y por A. Gómez Garrido²⁵⁷. Al no tener voz ni voto en la formulación de leyes, la única vía que les queda a los consumidores de defender sus derechos es por la judicial, específicamente al momento de realizar las interpretaciones de la ley.

Se señala lo anterior visto que los consumidores tampoco han sido oídos en los juicios y sus derechos son discutidos y sentenciados sin presentar defensa alguna. Asimismo, para un juzgador, al ver el sinnúmero de archivos intercambiados en redes P2P, puede vislumbrar que ha habido violaciones. El problema es el de generalizar la conducta de los usuarios en base a las actividades de algunos de ellos²⁵⁸.

La distribución ilegal de archivos será ganada por la industria, según N. B. Schaumann, cuando los consumidores decidan apoyar a la primera. Sin embargo, ese apoyo no se ha dado puesto que posterior a Napster se creó Grokster, Kazaa, Ares, E-mule, BitTorrent, etc. teniendo un éxito de igual magnitud que el primero de estos sistemas. Una opción que se

²⁵⁵ Cfr. N. B. SCHAUMANN. «Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 9. Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks», 6.

²⁵⁶ Vide R. STALLMAN. «Copyright versus community in the age of computer networks», 2000.

²⁵⁷ Vide A. GÓMEZ GARRIDO. «Globalización y comunidades virtuales a través del fenómeno de Internet y los programas de P2P», 167-169. Un ejemplo de sus argumentos es que “las negociaciones que se han pactado bilateralmente entre gobierno e industria para el canon [de CD vírgenes] han marginado la opinión de los usuarios” (*Op. Cit.* 168).

²⁵⁸ Cfr. N. B. SCHAUMANN. «Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 9. Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks», 23.

puede emplear es el educar al consumidor²⁵⁹, sin embargo, cuando la ley ha sido creada a conveniencia de una sola parte, Litman expresa que las leyes de la propiedad intelectual tendrían que ser enseñadas desde la escuela y nadie las entendería debido a la dificultad de su entendimiento para el consumidor²⁶⁰.

La proposición de N. B. Schaumann respecto del *file sharing* de archivos empleando redes P2P es el siguiente²⁶¹: la reproducción de archivos protegidos por derechos de autor no es violatoria por apoyarse en el *fair use*, pero su distribución si viola dichos derechos²⁶². Además profundiza en las razones por las cuales las partes, en el caso Napster, no desearon separar las actividades de reproducción y distribución teniendo en cuenta sus intereses comerciales.

La posición de Napster, como demandado, no se vería beneficiada si argumenta que sus usuarios al realizar copias privadas, no comenten violación, pero que al distribuir el material, si la cometen. Para Napster y a los ojos del juez, no interesaría que tipo de violación sea (de reproducción o distribución) considerando que el resultado sería la responsabilidad secundaria en contra de Napster. Por ese motivo decidió admitir que toda actividad de los usuarios es violatoria, para eliminar la violación directa por medio de la defensa del *fair use*.

A&M Records, Inc. utilizó un precedente anterior donde se estableció que la música grabada en los discos de computadora no entraban en el "*Audio Home Recording Act*" de 1992 puesto que las computadoras no son aparatos cuyo propósito exclusivo sea la de realizar copias²⁶³.

¿Qué quiere decir lo anterior? Que el hecho de copiar música por redes P2P no es legal y por lo tanto les beneficia juntar las acciones de reproducción y distribución como una sola, de tal forma que se declare ilegal el empleo de las redes P2P.

En definitiva, los intereses de los consumidores y usuarios de la tecnología P2P no fueron tomados en cuenta en los juicios tanto de Grokster como de Napster, sin embargo, sus derechos fueron defendidos bajo las condiciones e intereses tanto de los demandantes como

²⁵⁹ Un ejemplo de esta educación en El Salvador se da respecto de lo que se entiende por "pirata". Antes un pirata era una persona que se dedicaba a reproducir material protegido por derechos de autor a gran escala y actualmente se considera también pirata a la persona que adquiere dicho material, incluso si es una sola copia. Esto se ve más reflejado en los comerciales presentados en los cines antes de exhibir las películas, en las películas en formato DVD (v.g. Robots), etc.

²⁶⁰ Vide N. B. SCHAUMANN. «Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 9. Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks», 22.

²⁶¹ Vide *Op. Cit.* 38-43.

²⁶² A esta misma conclusión llegó el investigador aplicando el *fair use*. Vide capítulo III, "El *fair use* en las redes P2P".

²⁶³ El *Audio Home Recording Act* protege a los consumidores para que estos realicen copias con los aparatos especializados para dicha función. A cambio, los titulares de derechos de autor recibirán regalías por la venta de dichos aparatos.

de los demandados. Además, el análisis realizado por el juzgador no ha sido detallado, específico y concreto respecto de los casos en los cuales los usuarios de redes P2P cometen violación directa de derechos de autor (*direct copyright infringement*). Aunado a lo anterior, se encuentra el problema de que los casos posteriores, como Grokster, no desean realizar un análisis independiente de dicha situación y por lo tanto, se relegan en lo establecido en Napster. El resultado de esta combinación es la premisa generalizada de que toda actividad ejecutada en las redes P2P, sea de reproducción o de distribución, es ilícita en sí.

3. Análisis de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador relacionado con la distribución en redes P2P

Esta sección analizará si los derechos de difundir la obra y de distribución de la obra contemplados en el art. 7 literal c) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual se encuentran suficientemente desarrollados para soportar los medios de distribución P2P. Dicho análisis es una proposición realizada por el investigador con el objetivo de evaluar las fortalezas y debilidades de la referida ley. Se aclara además, que de la bibliografía utilizada, solamente dos autores han tratado en muy poca medida esta postura.

En primer lugar afirma el propio artículo 7 que se refiere a las actividades de difundir y de distribuir la “obra” y es importante este señalamiento porque sin intención alguna, limita la restricción impuesta cuando se habla del entorno digital. Antes de probar dicha afirmación en las redes P2P es necesario trasladar primeramente la aplicación de dicho artículo a la descarga de archivos por medio de un servidor central.

Para ejemplificar la situación: Andrés descarga la discografía completa de Michael Jackson²⁶⁴ de un sitio web llamado “tumusica.net”²⁶⁵, el cual emplea un servidor central que procesa todas las peticiones realizadas por los usuarios, y directamente de su servidor se descarga toda la información requerida por Andrés. Independientemente del tamaño del archivo o archivos solicitados, se dividirá en dos tiempos dicha actividad: a) Cuando da un clic en el botón de “aceptar” se comienza a realizar la descarga del archivo y b) cuando se ha descargado completamente el archivo en la computadora del usuario (en este caso, la de Andrés).

²⁶⁴ Se entenderá que un solo archivo contiene la todas las canciones del referido artista.

²⁶⁵ Se asumirá que dicho sitio web no tiene autorización de los titulares de derechos de autor para difundir y distribuir la música

El artículo 7 literales c) y d) se aplican perfectamente en la segunda situación, donde el archivo se encuentra íntegramente en la computadora del usuario considerando que no existe autorización por parte de los titulares para difundir ni distribuir la música.

El problema comienza con la primera situación (se está descargando el archivo) por razón de que no se puede considerar como una “obra” en ningún sentido los bits o megabits que se transmiten de un ordenador a otro. En palabras de J. de la Cueva: “[...] Tampoco se emite una obra íntegra sino pequeños *bits* de la misma. Subir a la Red no sería ni tan siquiera civilmente ilícito”²⁶⁶. Esta afirmación es valedera puesto que si en cualquier momento se detiene la descarga y se revisa el archivo incompleto se pueden elaborar las incógnitas: ¿será que descargó de manera completa 15 canciones de 150? Si lo anterior es afirmativo ¿cuáles fueron esas canciones? y respecto de las canciones incompletas ¿hasta qué minuto y segundo las descargó? La primera de las incógnitas se responde de manera negativa puesto que dicho archivo estaría corrupto, eso implica que no podría reproducir la música que se intentó descargar.

Presentando un ejemplo más sencillo: Si Gabriel esta descargando el libro de “*Basic Immunology*” en formato PDF y por cualquier razón (v.g. se detiene la señal de internet) se detiene la descarga y conserva el archivo incompleto ¿podría argumentar el titular de los derechos de autor que ha descargado su obra? Si afirma el titular lo anterior ¿qué páginas ha descargado? Esto no se podría dar a causa de la imposibilidad de reproducir el archivo en cualquier computadora puesto que un archivo incompleto equivale a estar corrupto.

Una posible objeción sería afirmar que cuando la persona navegó en el internet, al entrar en el sitio web del distribuidor no autorizado, se incluye cierta información relativa a la obra que se ofrece para descargar y entre esta se encuentra: nombre de la obra, nombre del autor, edición, número ISBN, número de páginas, nombre del formato digital (v.g. PDF, DjVu, HTML compilado, etc.). Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, nada garantiza que el archivo a descargar sea el mismo que presenta la información de la página porque son los distribuidores los únicos que conocen ciertamente si es el mismo archivo. La única forma que un tercero pueda comprobar lo anterior es a través de la descarga completa. Incluso se puede dar el caso de que en verdad se esté descargando un virus u otro archivo.

²⁶⁶ CAFÉ DE REDACCIÓN. «Entre la difusión universal de la Cultura y la vulneración de unos intereses económicos “P2P: alta tecnología en el juicio de Salomón”. Caja de Pandora de las bondades y males de la Técnica: de la solidaridad... al delito», 22.

Con todo lo anteriormente expuesto se pueden obtener varias conclusiones:

- a) Solamente cuando se ha descargado completamente un archivo se puede acusar a una persona de violentar los derechos de difusión y distribución de la obra otorgados por el art. 7 literales c) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador
- b) No se puede acusar a una persona de distribuir ilegalmente una obra solo con revisar la información del sitio web con motivo de la falta de comprobación real de la misma.
- c) No se puede considerar como difusión y distribución el estar descargando una obra, puesto que en el entorno digital se necesita que el archivo se descargue en un 100% para que sea posible leerlo. Lo anterior implica que mientras no se haya realizado por lo menos una sola descarga completa, no se le podría acusar de distribución ilegal.

Puede ser que lo anterior no tenga tanta relevancia cuando se trate de descargas empleando servidores centrales teniendo en cuenta que con la popularidad del sitio web y de los archivos que ofrece, con el tiempo se descargará completamente una obra y el titular de los derechos de autor lo podrá acusar de haber violado el art. 7 literales c) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual. Ahora bien, al trasladar estas mismas conclusiones en las redes de distribución P2P el panorama se modifica drásticamente para los titulares de los derechos de autor.

Cuando se habla de redes P2P, el usuario no descarga exclusiva y obligatoriamente de una sola fuente (otro usuario), sino que descarga de todos los usuarios que poseen el mismo archivo. En este sentido se expresa J. Gómez Lanz al decir que: “El software de la aplicación [P2P] permite al usuario conectar en línea su ordenador con cualquiera de estos servidores [...] La información pretendida puede ser descargada simultáneamente desde múltiples fuentes [...]”²⁶⁷.

Lo anterior indica que ninguno de los usuarios que ejercen el papel de distribuidor ha dado la totalidad del archivo al usuario solicitante. Ejemplificando lo anterior: Si José está descargando la película “*The Drunken Master*”, puede que existan otros 6 usuarios que al mismo tiempo lo estén suministrando diversas partes de la película (entendiendo por “partes” determinadas cantidades de megabytes).

Tomando en consideración las conclusiones anteriores, no podría obtener el titular de los derechos de autor un fallo favorable por los siguientes motivos:

²⁶⁷ Cfr. J. GÓMEZ LANZ. «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», 40-41.

- a) Ninguno de los suministradores actuó en forma conjunta y esto desbarata la teoría de que era un grupo organizado,
- b) El hecho de actuar separadamente implica que no se les puede acusar de las actuaciones de otras personas y
- c) Solo se les podría demandar por la parte que cada uno proveyó y esto indica que no hubo en ningún momento violación de derechos de autor porque al separar las partes, ninguna de estas funciona por si sola y el archivo (la película según el ejemplo) no podría ser reproducido en ningún ordenador.

En conclusión, la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador en su art. 7 literales c) y d) han sido mal diseñados puesto que a pesar que la intención del legislador era abarcar cualquier medio tecnológico, presente o futuro, que pudiera difundir y distribuir la obra, no vislumbró como actividad violadora la actividad de la descarga, sea parcial o total, de un archivo. Esto implica que bajo la legislación salvadoreña, una persona que distribuya archivos en redes P2P no podrá ser encontrada como violadora de derechos de autor mientras no haya suministrado la totalidad del archivo, por lo menos, a una sola persona.

CONCLUSIONES

El objetivo principal de la presente investigación era el determinar la responsabilidad jurídica de los diferentes agentes que participan en la distribución de obras por medio de programas *peer to peer* (P2P) y *stream channels*. Para poder cumplir dicho objetivo, fue necesario delimitar ciertas definiciones relativas a la propiedad intelectual, las relacionadas al ámbito de Internet, los derechos de autor relacionados con la distribución de obras y se plantearon casos reales para comprobar si existía violación de los mismos. Los resultados obtenidos se describen a continuación.

1. Cuando se realizan modificaciones y transformaciones de las obras sin las respectivas autorizaciones de los titulares, se cometen violaciones a los derechos de autor. Dichos derechos están protegidos por legislaciones extranjeras, tratados internacionales y en El Salvador, por la Ley de Propiedad Intelectual. El cambio del medio, por ejemplo el transformar las canciones de un disco de música a MP3, no constituye una forma de alteración de la obra, puesto que no existe ninguna clase de modificación. Independientemente de la postura adoptada, sea o no una alteración de la obra, siempre violaría los derechos de autor puesto que interferiría con los derechos de explotación si la persona que realiza el cambio de formato no posee la autorización del titular.
2. Las redes P2P conectan un indeterminado número de computadoras, en donde cada una es capaz de compartir, buscar, crear y modificar copias digitales de archivos particulares. Programas que han sido famosos en este ámbito por la distribución de obras, independientemente de estar protegidas por derechos de autor, son Napster, Grokster y Kazaa entre otros. Los creadores de dichos programas fueron demandados en Estados Unidos y en Australia (en el caso de Kazaa) y posteriormente se les encontró responsabilidad secundaria por las actuaciones violatorias de sus usuarios. La responsabilidad secundaria es una figura que ha sido creada jurisprudencialmente y que además posee tres variantes siendo estas: *contributory infringement* (violación contributiva), *vicarious infringement* (violación vicaria) e *inducing infringement* (violación inducida).
3. Según los resultados de la investigación, la más peligrosa de las tres clases de responsabilidad secundaria, respecto de la innovación tecnológica, es el *inducing*

infringement (violación inducida) debido al criterio de determinar por parte de los juzgadores los usos violatorios y no violatorios. Esto genera inseguridad jurídica a las personas y empresas que se dedican al desarrollo tecnológico y además podrían ser demandadas basándose simplemente en posibles usos violatorios. Cuando se plantea una confrontación entre la innovación tecnológica y los derechos de autor, se determinó que a pesar de la importancia tanto moral, cultural y lucrativa de los últimos, el juzgador debe tener mucho cuidado con los términos, límites y explicaciones necesarias para la sentencia, puesto que podría impedir la generación de nueva tecnología.

4. Las leyes de propiedad intelectual de cualquier país se circunscriben a su territorio al igual que sus respectivos tribunales, y a pesar de lo anterior, las sentencias de un país o de varios países (Estados Unidos y Australia) pueden afectar otras jurisdicciones sobre las cuales no poseen ninguna clase de poder. Por la estructura evolutiva de las redes P2P, las cuales no reconocen frontera alguna, hace necesario crear nuevos mecanismos legales con la coordinación y cooperación de los demás países para evitar la impunidad de las conductas ilícitas utilizando estos medios.
5. En el juicio de *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. (MGM) v. Grokster*, el demandante (MGM) alegó haber sufrido una cuantiosa pérdida económica por la distribución ilegal de obras protegidas en redes P2P. Los estudios estadísticos y econométricos presentados que analizaron el comportamiento del mercado musical a través de las redes P2P concluyeron que la distribución de música por medio de estos programas no afecta la industria musical. Incluso dos de los investigadores en estudios diferentes señalaron que los argumentos de la industria discográfica y de los desarrolladores de *software* son intuitivos y solo tienen una apariencia teórica, pero que la respuesta, a la afectación del mercado musical, es inherentemente empírica. Dichos investigadores hacen alusión a ciertos argumentos fácticos incluidos en el referido juicio. Si bien pueden existir otros estudios que podrían ser opuestos a los presentados, no impide señalar que el pensar *a priori* “que las redes P2P dañan las industrias, en especial la musical” es una de las peligrosas suposiciones que debe ser eliminada si no se cuenta con datos válidos y comprobables para confirmar o desmentir dicha afirmación, especialmente cuando se discuten judicialmente los mismos porque pueden afectar el criterio del juzgador.

6. Al simular los casos de Napster y Grokster en la jurisdicción salvadoreña, aplicando la Ley de Propiedad Intelectual y excluyendo las consecuencias penales, se determinó que los demandados no serían encontrados responsables civilmente, puesto que la ley no previó actividades en las cuales se beneficien terceras personas por las violaciones cometidas por otros. La legislación actual necesita regular una especie de responsabilidad secundaria para esta clase de casos. Respecto del juzgador, necesita tener cierto grado de conocimientos especializados en informática para comprender de una mejor manera cómo funcionan los programas P2P y similares, especialmente al momento de redactar la sentencia. Finalmente, es necesario que en estos casos el juzgador se base fuertemente en las habilidades de conocimientos de peritos informáticos, economistas, valuadores, etc. para determinar la veracidad de los argumentos vertidos por las partes.
7. Los *stream channels* transmiten información, especialmente multimedia, sin la necesidad de haber una descarga de la misma por parte de la computadora del usuario. Hasta la fecha de haber elaborado este documento, el único juicio ha sido el de Viacom v. YouTube y Google, en el cual se falló a favor de los últimos visto que para limitar la responsabilidad no es necesario realizar actividades de monitoreo de actividades ilegales. Sin embargo, en caso de encontrarse ante una notificación por parte de un titular o de una bandera roja (*red flag*), deberá remover o deshabilitar el contenido para beneficiarse de la limitación.
8. Bajo la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, el caso Viacom v. YouTube y Google, se tendría que analizar por separado el comportamiento de sus usuarios de las actividades realizadas por los demandados. Respecto de los usuarios, al colocar en el sitio web obras protegidas, violentan los derechos de integridad, reproducción y el de difundir la obra. Por el contrario, los demandados no podrían ser encontrados responsables ya que no conocen el contenido del video porque no realizan labores de edición y además, debido a los términos de uso acordados previamente, no autorizan el difundir obras protegidas. Ahora bien, si el proveedor de servicios (YouTube y Google) es notificado por parte del titular de los derechos de autor y este no realiza acción alguna para impedir la transmisión o acceso al material violatorio, se considera que existe

violación por parte de los demandados con motivo de poseer conocimiento de la violación.

9. El *fair use* o “uso justo” es una figura jurídica desarrollada en diferentes legislaciones con la finalidad de flexibilizar la protección de los derechos de autor a través de la creación de ciertas excepciones al monopolio del titular, siendo estas: la realización de citas en obras o trabajos, la creación de copias, críticas, comentarios, reporte de noticias y en la enseñanza, entre otros. Para efectos de la presente investigación, de todas las variantes del *fair use*, se enfocó en la creación de copias dado que es un elemento importante en la distribución por medio de programas P2P.

En la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador se emplea esta figura, la cual está contemplada en los artículos 45 y 91. Al analizarlos se encuentran serios inconvenientes en su aplicación puesto que existen conceptos como: a) uso exclusivo, b) uso personal, c) usuario, d) pequeñas partes y e) buena fe; los cuales no se encuentran definidos. Ejemplo de esta dificultad es la discriminación injustificada entre las copias obtenidas por medio de la reproducción lícita e ilícita que regula la referida ley. Se estableció que la única forma de resolver esta problemática es elaborar las definiciones por medio de una reforma legal o a través de la jurisprudencia.

10. Aplicando la figura de la copia privada a las redes P2P en el contexto de la legislación salvadoreña, se establece que: a) El *upload* de material protegido por derechos de autor no se encuentra protegido por el *fair use* y se considera como una violación de los derechos de autor, incluso en otros países como Estados Unidos, España, Austria, Bélgica, Alemania, etc. y b) La descarga o *download* es legal siempre y cuando no atente contra la explotación normal de la obra y cumpla con los requisitos del art. 45 literales “a” y “b” de la Ley de Propiedad Intelectual. Se hace hincapié que lo interesante de la segunda conclusión es que los materiales compartidos se encuentran en soportes intangibles y el usuario que “descarga” una obra genera la copia en el disco duro de su ordenador visto que el archivo no se traslada permanentemente de un usuario a otro. Lo anterior implica que la persona que descarga una obra realiza una copia con sus propios medios (v.g. una computadora con acceso a internet), lo cual da un amplio margen de maniobrabilidad para los mismos.

11. Al estudiar las actividades de los usuarios en las redes P2P, se encontró que no se analizaron con mayor detenimiento tanto en el caso Napster como el de Grokster. En Estados Unidos está solidificándose un criterio que consiste en presumir *a priori* que el uso de las redes P2P para compartir archivos implica violación de derechos de autor y esto ha sido provocado porque los intereses de los consumidores y usuarios de la tecnología P2P no fueron tomados en cuenta en los juicios antes referidos, sin embargo, sus derechos fueron defendidos bajo las condiciones e intereses tanto de los demandantes como de los demandados. Se establece que al estudiar las actividades de los usuarios se encontrará que existen actividades violatorias y no violatorias y por lo tanto el juzgador no debe generalizar que todas las actividades en las redes P2P son ilegales.
12. Aplicando la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador a los usuarios que realicen la actividad de distribución por medio de programas P2P se determinó que la redacción de la misma limita su aplicación a este ámbito, visto que se refiere a distribución de “obras” y solamente cuando se ha descargado completamente un archivo se puede acusar a una persona de violentar los derechos de difusión y distribución de la obra otorgados por el art. 7 literales c) y d). En las redes P2P normalmente un usuario adquiere el archivo de diversas fuentes (otros usuarios), por lo que si se demanda a los distribuidores por la parte que cada uno proveyó, el juez concluiría que no hubo en ningún momento violación de derechos de autor porque al separar las partes, ninguna de estas funciona por si sola y el archivo no podría ser reproducido en ningún ordenador. En otras palabras, una persona que distribuya archivos en redes P2P no podrá ser encontrada como violadora de derechos de autor mientras no haya suministrado la totalidad del archivo, por lo menos, a una sola persona.
13. Pautas que debe considerar el juzgador al momento de analizar y posteriormente sentenciar un caso donde se vean envueltas redes P2P son: a) evaluar de forma separada, de los alegatos de las partes, las actividades de los usuarios puesto que sus intereses son distintos y además los derechos de los usuarios se estudian y juzgan sin ser oídos en juicio, b) cuando se estudien argumentos relativos a pérdidas monetarias por parte de los titulares de los derechos de autor, es necesario que se consideren como afirmaciones intuitivas si no se encuentran apoyados por estudios estadísticos y

econométricos que fundamenten dicha afirmación, c) tener especial consideración en la redacción de la sentencia con el fin de evitar inseguridad jurídica a las personas y empresas que se dedican al desarrollo tecnológico y d) relegarse en mayor medida en los informes realizados por los peritos cuando se evalúa la forma de funcionamiento de las redes P2P.

14. Para finalizar, se puede concluir que la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador no se encuentra preparada para defender de una forma efectiva los derechos de autor de los titulares de las obras considerando que la regulación de las nuevas tecnologías en la ley no ha sido satisfactoriamente redactada. Lo anterior lleva a la necesidad de realizar reformas a ley que incluyan criterios lo suficientemente amplios para que puedan aplicarse por los jueces cuando se conozcan casos totalmente nuevos, como lo son los *stream channels* y los programas P2P. Algunos criterios a tomar en consideración para futuras reformas legales son: a) el considerar como una violación la puesta a disposición de obras protegidas por derechos de autor por terceras personas, b) diseñar una clase de responsabilidad para las personas que se benefician de las violaciones cometidas por terceros, c) definir ciertos conceptos como uso exclusivo, uso personal, pequeñas partes, usuario, etc., d) al igual que la legislación estadounidense, establecer pautas para determinar si una actividad, que no ha sido reconocida expresamente como tal, es *fair use*, e) incluir en los litigios la posibilidad de participar como parte a los usuarios, puesto que sus intereses pueden ser diferentes al de las demás partes y f) desarrollar acuerdos con otros países con el objetivo de proteger los derechos de autor en diversas jurisdicciones debido al no reconocimiento de fronteras por parte de los programas P2P.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS LEGALES

Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de septiembre de 1787.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE, N° 38, *Constitución de la República de El Salvador*, 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial 234, Tomo 281 (1983).

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Ley No. 6683, *Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, 14 de octubre de 1982, Diario Oficial 212 (1982).

ASAMBLEA LEGISLATIVA, Decreto Legislativo N° 1030, *Código Penal*, 26 de abril de 1997, Diario Oficial 105, Tomo 335 (1993) 2–55.

—————, Decreto Legislativo N° 712, *Código Procesal Civil y Mercantil*, 18 de septiembre de 2008, Tomo 381 (2008).

—————, Decreto Legislativo N° 1135, *Ley de Casación*, 31 de agosto de 1953, Diario Oficial N° 161, Tomo 160 (1953).

—————, Decreto Legislativo N° 604, *Ley de Propiedad Intelectual*, 15 de julio de 1993, Diario Oficial 150, Tomo 320 (1997) 5–71.

CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, N° 709-BIS, *Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, 28 de octubre de 1993, Diario Oficial 118, Tomo 327 (1995).

—————, Decreto No. 322, *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI sobre Derecho de Autor WCT-1996*, 11 de junio de 1998, Diario Oficial 121, Tomo 340 (1998).

ÓRGANO EJECUTIVO, *Código Civil*, 23 de agosto de 1859, Gaceta Oficial No. 85, tomo 8 (1860).

PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, 22 de mayo de 2001, Diario Oficial 167 (2001) 0010 – 0019.

PARLAMENTO, *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando*

las disposiciones legales vigentes sobre la materia, 12 de abril de 1996, Boletín Oficial del Estado 97 (1996) 471-501.

_____, *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Versión consolidada no oficial, a 31 de diciembre de 2007*, 31 de Diciembre de 2007.

UNITED STATES CONGRESS, Public Law number 94-553, *Copyright Act*, 19 de Octubre de 1976, U.S. Statutes at Large 90 Stat. 2541 (1976).

TEXTOS JUDICIALES

EISGRAU, ADAM, Y VON LOHMANN, F., P2P UNITED. INC. Y ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *MGM v. Grokster: Balancing the Protection of Copyright and Technological Innovation. Testimonio Ante el Comité del Senado de Estados Unidos*, 2005.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Exp. 04-480, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et. al.*, 27 de junio de 2005).

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, Exp. 04-480, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et. al.*, 19 de agosto de 2004.

_____, Exp. CV-99-05183-MHP, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 12 de febrero de 2001.

_____, Exp. CV-99-05183-MHP, *Appeal of Napster*, 25 de marzo de 2002.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, Exp. 07-CV-2103, *Viacom International Inc. v. Youtube, Inc. and Google Inc.*, 13 de marzo de 2007.

REVISTAS

BLANCO DÁVILA, J., «Perspectivas Regulatorias de la Neutralidad de la Red en Estados Unidos», en *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 3, (diciembre 2007) 1-30.

CABRERA BLÁZQUEZ, F.J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P» en *@utor y Derecho. Ciberrevista sobre Propiedad Intelectual*, (febrero 2006) 1-9. http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Cabrera_p2p.pdf (último acceso: 29 de agosto de 2008).

CASAS VALLÉS, R., «En los tribunales: A la caza del pirata P2P - El necesario equilibrio entre el derecho de autor y el derecho de protección a la intimidad», en *Revista de la OMPI*, (abril 2008) 1-2.

- ELMAN, H.L., «Derecho de Autor en la red, acciones y omisiones», en *Revista iberIUS - Red Iberoamericana de Documentación e Información Judicial* 4, Red Iberoamericana de Documentación e Información Judicial ed., (abril 2008) 5-20.
- GÓMEZ GARRIDO, A., «Globalización y comunidades virtuales a través del fenómeno de Internet y los programas de P2P» en *NASSARRE. Revista Aragonesa de Musicología* XXI I, 1 (2005) 165-170.
- NIKOLTCHEV, S. Y CABRERA BLÁZQUEZ, J., «MP3: Fair or Unfair Use?», en *IRIS. Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, (2000) 14-19. www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/focus8_2000.pdf.en (último acceso: 16 de febrero de 2009).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. «¿Qué es la Propiedad Intelectual?» en *Publicación de la OMPI* 450(S), 1-23. http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf (último acceso: 4 de abril de 2009).
- SANDULLI, F.D. Y BARBERO, M.S., «El usuario y el proveedor digital: el "reparto musical" en las redes P2P», en *Revista de Estudios de Comunicación* 18, (mayo 2005) 105-121.
- XALABARDER, R., MARTÍN-PRAT, M., MALMIERCA, M. Y OTRO, «Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Mesa Redonda. La copia privada digital» en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 1, (2005) 31-56. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf> (último acceso: 29 de agosto de 2008).

AUTORES

- AGUILAR JERÉZ, R., *Manual de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Managua 2006.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA U., M., Y VODANOVIC H A., *Tratado de los Derechos Reales*, I, A. Vodanovic H. ed., 1997.
- CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, I, Buenos Aires 2003.
- , *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, II, Buenos Aires 2003.
- , *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, III, Buenos Aires 2003.
- , *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, V, Buenos Aires 2003.
- , *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, VIII, Buenos Aires 2003.
- CAMPBELL BLACK, H., *Black's Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern and including the principal terms of international, constitutional, ecclesiastical and*

commercial law, and medical jurisprudence, with a collection of legal maxims, numerous selected titles from the roman, modern civil, scotch, french, spanish, and mexican law, and other foreing systems, and a table of abbreviations, St. Paul, Minnesota 1910.

DREAMTECH SOFTWARE TEAM, *Peer-to-Peer Application Development: Cracking the Code*, New York 2002.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen. Los Delitos Cometidos a Través de Internet - estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red -*, 2007.

GECTI GRUPO DE ESTUDIOS EN "INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA", *Comercio Electrónico*, Bogotá-México D.F.-Buenos Aires-Caracas-Lima-Santiago-Miami 2005.

GOLDSTEIN, M., *Derecho de autor. Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Acuerdo "Trip's"*, Buenos Aires 1995.

GOLDSTEIN, P., *El copyright en la sociedad de la información*. M.L. Llobregat Hurtado Trad., Alicante 1999.

HENDERSON, H., *Encyclopedia of Computer Science and Technology*, New York 2009.

LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, París-Buenos Aires-Bogotá 1993.

MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*, Madrid 2001.

OXFORD UNIVERSITY PRESS, *A Dictionary of Law*, E.A. Martín ed., 2003.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 2001.

—————, *Diccionario Panhispánico de Dudas*, Madrid 2005.

ROBB, L.A., *Diccionario de términos legales: Inglés - español, español – inglés*, México, D.F. 2007.

SAHLIN, D. Y BOTELLO C., *YouTube for Dummies*, Indianapolis, Indiana 2007.

SCHECHTER, R.E., Y THOMAS, J.R., *Intellectual Property the Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, 2003.

STRONG, W.S., *El libro de los Derechos de Autor. Guía Práctica*, M. Mizraji Trad., Buenos Aires 1995.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- AUSTIN, G.W., *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-08: Importing Kazaa - Exporting Grokster*, Social Science Research Network, James E. Rogers College of Law of The University of Arizona, 12 de abril de 2006, último acceso: 17 de febrero de 2009.
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID896574_code575020.pdf?abstractid=861224&mirid=4.
- BHATTACHARJEE, S., GOPAL, R.D., LERTWACHARA, K. Y OTROS, *Working Paper #05-26. The Effect of P2P File Sharing on Music Markets: A Survival Analysis of Albums on Ranking Charts*, Social Science Research Network, NET Institute, octubre de 2005, último acceso: 16 de febrero de 2009.
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID851284_code1720.pdf?abstractid=851284&mirid=5.
- BRENNAN, D., *Legal Studies Research Paper No. 220. YouTube and the broadcasters*, Social Science Research Network, Melbourne Law School, The University of Melbourne, abril de 2007, último acceso: 7 de marzo de 2009.
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID978710_code427203.pdf?abstractid=978710&mirid=4.
- CAFÉ DE REDACCIÓN, *Entre la difusión universal de la Cultura y la vulneración de unos intereses económicos "P2P: alta tecnología en el juicio de Salomón". Caja de Pandora de las bondades y males de la Técnica: de la solidaridad... al delito*, Café de Redacción, junio - julio de 2006, último acceso: 29 de agosto de 2008.
<http://www.coit.es/publicaciones/bit/bit157/Cafederedaccion.pdf>.
- COWON AMERICA, INC., *JetAudio Features*, 2009, último acceso: 27 de mayo de 2009.
http://www.cowonamerica.com/products/jetaudio/features_01.html.
- DANAY, R., *Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom*, Social Science Research Network, otoño de 2005, último acceso: 16 de febrero de 2009. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=847905.
- DJVU LIBRE, *DjVu Libre*, último acceso: 27 de mayo de 2009.
<http://djvu.sourceforge.net/index.html>.
- GÓMEZ LANZ, J., *Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes "peer-to-peer": algunas notas sobre la responsabilidad de los usuarios*, 2002, último acceso: 29 de agosto de 2008,
http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=715552&orden=70339.

- GOOGLE, *Google Press Center*, 9 de octubre de 2006, último acceso: 25 de Junio de 2009.
google.com/press/pressrel/google_youtube.html.
- JAMENDO, *Jamendo*, enero de 2005, último acceso: 29 de junio de 2009.
<http://www.jamendo.com/es>.
- MCKENZIE, J., *Illegal Music Downloading and its Impact on Legitimate Sales: Australian Empirical Evidence*, Social Science Research Network, 1 de agosto de 2008, último acceso: 17 de febrero de 2009.
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1194442_code830853.pdf?abstractid=1194442&mirid=5.
- OFICINA ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS UNIDOS, *El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros*, U.S. Courts. The Federal Judiciary, 2000, último acceso: 19 de febrero de 2009. uscourts.gov/library/international-finalfinalSpanish.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OFICINA EUROPEA DE PATENTES, OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS Y AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL, *Quinto seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina: Principios generales en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Limitaciones y excepciones. Marco normativo internacional*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 17 de noviembre de 2006, último acceso: 31 de marzo de 2009
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_oepm_oep_pi_ju_ctg_06/ompi_oepm_oep_pi_ju_ctg_06_5.doc.
- PEITZ, M. Y WAELBROECK, P., *The Effect of Internet Piracy on CD Sales: Cross-Section Evidence*, United Nations University - Maastricht Economic and social Research and training centre on Innovation and Technology, noviembre de 2003, último acceso: 20 de febrero de 2009. www.merit.unimaas.nl/epip/papers/waelbroeck_paper.pdf.
- SANDULLI, F.D., Y BARBERO, M.S., *Música en Internet: estrategias a seguir*, Universia Business Review - Actualidad Económica, 2004, último acceso: 29 de agosto de 2008, <http://www.universia.es/ubr/pdfs/UBR0042004030.pdf>.
- SCHAUMANN, N.B., *Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 9. Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks*, Social Science Research Network, William Mitchell. College of Law, abril de 2005, último acceso: 17 de febrero de 2009.

http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID703882_code332629.pdf?abstractid=703882&mirid=4.

STUL OPPENHEIMER, M., *Yours for Keeps: MGM v. Grokster*, Social Science Research Network, 15 de marzo de 2005, último acceso: 17 de febrero de 2009. http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID693841_code104629.pdf?abstractid=693841&mirid=4.

TANAKA, T., *Does file sharing reduce music CD sales?: A case of Japan*, Versión 0.1., Hitotsubashi University Institute of Innovation Research, 13 de diciembre de 2004, último acceso: 20 de febrero de 2009. <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-08tanaka.pdf>.

VIACOM INTERNATIONAL INC., *Viacom*, 2008, último acceso: 24 de junio de 2009. <http://www.viacom.com/ourbrands/Pages/default.aspx>.

VILLATE, J., *La propiedad intelectual en la nueva era digital*, ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad, 2001, último acceso: 5 de abril de 2009. www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40.

YOUTUBE, INC., *YouTube*, febrero de 2005, último acceso: 1 de mayo de 2009. www.youtube.com.

DOCUMENTOS MULTIMEDIA

Copyright versus community in the age of computer networks, [videograbación], expuesto por Stallman, R., Logiciel Libre Conference, <http://mirror.csclub.uwaterloo.ca/csclub/rms-talk.ogg>, julio de 2000.

Law in America: A Short History. Introduction, [CD], escrito por Friedman, L.M., Recorded Books, 2002 (45:40).

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	4
1. Los derechos de autor.....	4
1.1 Los derechos morales y patrimoniales.....	6
1.2 El sistema jurídico europeo y el sistema anglosajón.....	9
2. La alteración de obras.....	12
2.1 Las obras. Su contenido. Tipos.....	12
2.2. La conversión a otros formatos como posibilidad de alteración de las obras.....	15
CAPÍTULO II: LA DISTRIBUCIÓN DE OBRAS POR MEDIO DE PROGRAMAS PEER TO PEER Y STREAM CHANNELS.....	17
1. En qué consiste la “distribución de obras”.....	17
1.1 Límites de la legalidad e ilegalidad de la distribución de obras.....	17
1.2 Formas más frecuentes de distribución de obras.....	18
2. La distribución por medio de programas Peer to Peer.....	18
2.1 Definiciones y características de las redes P2P.....	19
2.2 Casos judiciales.....	20
2.2.1 Caso A&M Records v. Napster.....	21
2.2.1.1 Descripción de los hechos, argumentos y sentencia.....	21
2.2.1.2 Análisis doctrinario de la sentencia del caso Napster.....	26
2.2.2 Caso MGM v. Grokster.....	32
2.2.2.1 Descripción de los hechos, argumentos y sentencia.....	32
2.2.2.2 Análisis doctrinario de la sentencia del caso Grokster.....	41
2.3 Estudios estadísticos y econométricos de los programas P2P.....	47
2.4 Simulación de los casos Grokster y Napster en El Salvador.....	52
3. Los stream channels.....	55
3.1 Caso YouTube.....	56
3.1.1 Sentencia Viacom vs. YouTube y Google.....	59

3.1.2	Análisis jurídico bajo la legislación salvadoreña.....	61
CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD JURIDICA.....		63
1.	El fair use o uso justo.....	63
1.1	El fair use desde el punto de vista jurisprudencial.....	68
1.2	El fair use desde el punto de vista doctrinario.....	72
1.3	El fair use en las redes P2P.....	75
2.	Las actividades realizadas por los usuarios de programas P2P.....	77
2.1	La creación de leyes y la defensa en juicios desde el punto de vista de los usuarios.....	79
3.	Análisis de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador relacionado con la distribución en redes P2P.....	81
CONCLUSIONES.....		85
BIBLIOGRAFÍA.....		91
ÍNDICE GENERAL.....		98