

CIBERPIRATERÍA - SISTEMAS “PEER TO PEER” (P2P) ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EN LOS CASOS NAPSTER, GROKSTER, MORPHEUS, STREAMCAST Y KAZAA

WILSON RAFAEL RÍOS RUIZ*

INTRODUCCIÓN

El modelo de negocios tradicional que la industria discográfica venía manejando durante los últimos cincuenta o sesenta años ha sufrido, y no propiamente de una manera pacífica, una modificación radical en su paradigma de comercialización tras el advenimiento de los formatos de compresión de audio y de las tecnologías de intercambio de archivos (*file sharing technology*).

El objeto de este artículo es explicar en detalle el itinerario seguido por la jurisprudencia estadounidense, y para ello empezaremos por el principio, es decir en la década de los setenta y ochenta con el ya legendario caso Sony Betamax, pasando a 1999 con el ya clásico caso Napster, y llegando finalmente hasta el año 2005 con la Sentencia de la Suprema Corte estadounidense donde se decidió en última instancia la causa iniciada por la RIAA y los grandes estudios cinematográficos en contra de los sistemas *peer to peer* (P2P) semicentralizados y descentralizados como Grokster, Morpheus y Kazaa y Streamcast.

Como es imperioso en estos casos, haremos primero unas consideraciones de orden técnico alrededor del tema, para con base en ellas abordar el ingrediente jurídico que nos interesa frente a las normas de propiedad intelectual.

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especialista y dedicado a la propiedad intelectual y las tecnologías de información y comunicaciones (TIC); profesor universitario en las universidades Externado de Colombia, los Andes, Rosario y Sergio Arboleda. Ex presidente del Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecoldda). Trabaja actualmente y desde 1996 como abogado de propiedad intelectual y nuevas tecnologías en la Dirección Jurídica de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: wilsonrios@cable.net.co.

I. FORMATOS DE COMPRESIÓN DE AUDIO MP3

MP3 es una técnica de compresión de audio, que digitaliza los archivos, y los reduce a una décima parte de su tamaño real. Se comprimen a 128 kbps para conservar la calidad del sonido. La tecnología MP3 elimina los sonidos digitalizados (código binario 0 y 1) que están por fuera del rango que percibe el oído humano. Por lo tanto, se logra un mejor aprovechamiento de los dispositivos de almacenamiento y se introduce así un número mayor de archivos en ellos.

Los antecedentes, el presente y el futuro de la tecnología MP3 pasan por desarrollos realizados por compañías como la Thomson Multimedia y Coding Technologies. Pero es realmente el Instituto Fraunhofer en Alemania el que en 1991 inicia los estudios y el perfeccionamiento del sistema, el cual es utilizado por primera vez como estándar el 14 de julio de 1995. Esta técnica de compresión de archivos es convertida en un referente por parte del Moving Picture Experts Group, MPEG-1 Audio Layer 3 (MP3), dándole por la utilización de su sigla el carácter y dimensión, y logrando que se aprobara la técnica del Instituto Fraunhofer como un estándar oficial.

En los datos que aparecen en la patente sobre este desarrollo aparecen los siguientes nombres: BERNHARD GRILL, THOMAS SPORER, BERND KURTEN y ERNST EBERLEIN. Además, y con gran importancia, debe mencionarse a DIETER SEITZER y KARLHEINZ BRANDENBURG.

A. FORMATO DE COMPRESIÓN DE AUDIO MP3PRO

MP3Pro es la versión mejorada o de próxima generación del MP3, y se constituye en una técnica de compresión de audio que digitaliza los archivos y los reduce a una vigésima parte de su tamaño real. Puede almacenar hasta 300 canciones. La tecnología MP3Pro elimina los sonidos digitalizados (código binario: 0 y 1) que están por fuera del rango que percibe el oído humano.

B. FORMATO DE COMPRESIÓN DE AUDIO MP4

MP4 es una técnica de compresión que digitaliza los archivos, y los reduce a una vigésima quinta parte de su tamaño real. Audio, video, imágenes, *multiplexing*, la tecnología MP4 elimina los sonidos digitalizados (código binario: 0 y 1) que están por fuera del rango que percibe el oído humano.

C. EL FORMATO WMA

Desarrollado por Microsoft, el Windows Media Audio ha conquistado bastante terreno, gracias al empuje que le da Microsoft Inc. mediante su sistema operativo Windows y del Windows Media Player. Posee un sistema de Digital Right

Management (DRM) bastante efectivo para lograr la protección de los derechos y administración de estos por parte de sus titulares.

En la actualidad este estándar ha logrado compatibilidad con su antecesor el MP3 y todos los demás formatos existentes, incluso el AAC de Apple, que entraremos a explicar a continuación.

D. EL FORMATO AAC

Masificado y utilizado por Apple, el AAC (Advanced Audio Coding) es el formato que se maneja en la tienda virtual iTunes, y que utilizan los iPod y otros tipos de reproductores, el cual les brinda una claridad de sonido superior incluso al del MP3.

En la actualidad la tienda virtual de música legal más conocida y con mayores ventas e ingresos es sin lugar a dudas www.itunes.co.

II. SOFTWARE DE INTERCAMBIO

Una serie de programas de computador o de *software* que permiten el intercambio de todo tipo de archivos (*file sharing technology*) de audio, video, textos, multimedia, etc., y son ya comunes para todos los melómanos alrededor del mundo. El *software* desarrollado por SHAWN FANNING y popularizado en el sitio *web* de Napster es un tipo de estos programas. Es decir que dos tipos de tecnologías combinadas: por un lado los formatos de compresión de audio que ya hemos mencionado, como MP3, MP3Pro, MP4, WMA y AAC, que permiten aglutinar o comprimir varias veces en su tamaño los archivos, y por otro lado una serie de programas y de *software* como Napster, han permitido que millones de personas en el globo puedan compartir todo tipo de contenidos y archivos, llevándonos al escenario tanto tecnológico como legal que hoy enfrentamos. Precisamente sobre este último, es decir las repercusiones legales que han traído consigo estas tecnologías, vamos a centrarnos en este trabajo.

Los desarrollos posteriores logrados con base en tecnologías como el FastTrack y la aparición de las nuevas generaciones de sistemas *peer to peer* (P2P) semicentralizados y totalmente descentralizados son el escenario actual en el cual debemos movernos.

Por lo tanto, nombres como Napster, Audiogalaxy, CuteMX, pasando por los desarrollos del FastTrack, llegando a sistemas como Gnutella, Morpheus (Music-City), Kazza, Grokster, iTunes, eDonkey, eMule, BitTorrent, Spiralfrog, LimeWire, QTrax, Ares, Deezer (Stre.), TorrentSpy y muchos más que surgirán, nos dan la pauta para acometer desde las normas del derecho de autor y el *copyright* estos interesantes temas y los retos que ellos nos imponen. Los desarrollos tecnológicos no pueden ser neutralizados ni detenidos por las normas legales, pero las normas legales no pueden ser atropelladas por quienes utilizan de manera indebida la tecnología y el vasto espectro que estas nos brindan.

A. NAPSTER

En 1999 aparece uno de los iconos tecnológicos más revolucionarios, que han marcado el inicio de una era y que ha obligado a reevaluar el modelo de negocios y el esquema que hasta esa fecha venían manejando la industria discográfica. Nos referimos al *software* de intercambio de archivos denominado Napster. Hoy ha mutado y cambiado de piel, pasando de ser un sistema ilegal o uno legal en su versión actual de Napster 2 y Free Napster.

Napster como *software* o programa de computador, en sus inicios permitía intercambiar archivos musicales en Internet con otros usuarios conectados alrededor del mundo por medio de un sistema de librerías creadas por cada usuario tras un registro previo y almacenamientos de estas en el servidor central administrado en aquel entonces desde el sitio www.napster.com.

Un joven estadounidense, en ese momento estudiante universitario de solo 19 años, de nombre SHAWN FANNING, crea la compañía Napster a finales del siglo XX, más exactamente en mayo de 1999, y puso en su sitio *web*, al acceso de la comunidad, un programa gratuito de intercambio basado en la tecnologías de intercambio de archivos (*file sharing technology*) que tenía como plataforma un *software* basado en los principios del *software* libre y de Open Source.

1. Funcionamiento de Napster

1. Era un sistema centralizado.
2. Permite a los usuarios compartir sus librerías o archivos musicales en Internet.
3. Existe un servidor central administrado por Napster por medio del cual los usuarios se interconectan.
4. Los usuarios son clasificados según los archivos y la velocidad de conexión que posean.
5. Napster elabora un inventario de los repertorios musicales de sus usuarios.
6. Se organiza una base de datos y directorios (colecciones virtuales).
7. Existen buscadores y enlaces a disposición de los usuarios de Napster.

Cualquier persona interesada en hacerse parte de la comunidad Napster ingresaba al sitio www.napster.com, se inscribía y registraba proporcionando una serie de datos básicos que permitían identificarla, debía crear un nombre de usuario *user name* o *nickname* y un *password* o contraseña; e incluso tras este proceso era posible identificar su dirección IP (Internet Protocol). Luego de que se estaba inscrito, se procedía a descargar e instalar la aplicación o *software* de intercambio MusicShare implementado por Napster; luego de ello y de tenerlo instalado en su ordenador o computador, la persona entraba a crear su propia “librería” o “biblioteca”, compuesta de sus archivos musicales, los cuales en principio y de manera ordinaria estaban formados por su propia colección de CD, pero que también podía estar conformada por todo tipo de archivos de audio.

De esta manera se creaba una verdadera comunidad de internautas conectados entre sí, los cuales podía según sus gustos y preferencias musicales utilizar el buscador de Napster y ubicar en la librería de otro usuario los archivos musicales que contenían la canción o el tema musical que buscaba. Recordemos aquí que el buscador de Napster presentaba algunos inconvenientes, pues si quien incorporaba o buscaba determinada canción en su librería personal escribía mal o defectuosamente el título de esta, la búsqueda resultaba improductiva. De igual forma, vale mencionar que si la persona en cuya librería se encontraba la canción se desconectaba, quien estuviera accediendo o descargando un archivo de esa librería perdía la posibilidad de seguir el proceso.

Napster se constituía en un “intermediario” que daba las coordenadas u hoja de ruta o navegación que servía para guiar a los usuarios entre sí para acceder a los archivos de otros miembros de la comunidad y a su turno compartir sus propios archivos.

Napster ha sido denominado como el germen y pionero de los sistemas *peer to peer* (P2P) centralizados, es decir de igual a igual o de puerto a puerto, donde cada persona obraba como proveedor y consumidor de contenidos (cliente y servidor) y archivos musicales, con una cobertura mundial e ilimitada.

Para el año 2000, en su momento de mayor expansión y mayor auge, Napster llegó a tener algo más de 60 millones de usuarios alrededor del mundo, los cuales, como lo hemos mencionado, intercambiaban todo tipo de archivos musicales entre sí, generando uno de los paradigmas de mayor crecimiento en la Internet y entrando a romper con el modelo de negocios que hasta ese momento imperaba y que manejaban y dominaban las grandes casas discográficas.

Pese a que el servicio que prestaba Napster a sus usuarios era gratuito, la RIAA logró demostrar que existía un beneficio directo por parte de Napster, pues al ser una de las comunidades de Internet con mayor tráfico y número de entradas a su sitio *web*, e incluso uno de los parámetros de búsqueda más solicitados en toda clase de buscadores, las pautas publicitarias y los ingresos que recibía por publicidad eran cuantiosos. Más adelante retomaremos este punto, cuando analicemos lo referente a la responsabilidad por el hecho de un tercero (*vicarious liability*).

Con este panorama y el escenario creado por Napster como *software* de intercambio de archivos, en 1999 la industria discográfica liderada por la asociación que aglutina al medio en los Estados Unidos, la Recording Industry Association of America (RIAA) [www.riaa.com], tras una serie de situaciones presentadas en contra de muchos autores y artistas liderados en ese momento por la banda Metallica y su baterista LARS ULRICH, tras el lanzamiento de la canción *I Dissapear*, que era el tema principal de la banda sonora de la película *Misión imposible* protagonizada por Tom Cruise y que había sido filtrada unos días antes del lanzamiento o *premier*, y puesta a disposición de millones de personas en Napster.

2. Acciones de la RIAA en contra de Napster

La RIAA y las disqueras emprenden una acción legal en contra de Napster y para tal efecto pretenden demostrar que el modelo de negocios implementado por Napster les está causando unos daños irreparables y la pérdida de millones de dólares por causa de los DC que se dejan de vender por las descargas que se realizan mediante los sistemas de intercambio (*file sharing technology*). Para ello contrata y allega una serie de estudios de mercado donde las cifras son claras en los descensos en ventas que ha sufrido la industria desde el advenimiento de Napster. Entró a demostrar la RIAA que sus miembros y asociados eran titulares de cerca del 87% de los derechos sobre los catálogos que se descargaban en Napster (ver al respecto informe de Field Research [www.field.com]). Así mismo, entró a demostrar y probar que el uso de la tecnología de intercambio de archivos (*file sharing technology*) utilizada por Napster se traduce en una progresiva baja y un notable descenso en las ventas de soportes y discos. Por medio de múltiples sondeos la RIAA entró a demostrar que las compañías fonográficas perdieron una cifra superior a 300 millones de dólares; y que a futuro el negocio de la música podría llegar a reportar pérdidas que ascenderían a 10.000 millones de dólares.

HILARY ROSEN, presidenta de la RIAA, manifestó: “La comunidad de negocios en línea reconoce que las actividades de Napster amenaza al comercio electrónico. No se trata de un enfrentamiento entre *on-line* y *off-line*, sino entre lo moral y legalmente correcto y lo incorrecto”.

Por ello la RIAA afirmó en su demanda que Napster es responsable de contribuir a que los usuarios de su programa violen de manera recurrente los derechos de autor (*copyright*) ofreciéndoles una herramienta ideal para la descarga de archivos musicales sin respeto de las normas de propiedad intelectual (*copyright* de los autores).

La demanda se presentó ante la Corte Federal del Distrito del Norte de California (United States District Court for the Northern District of California) el 26 de julio del año 2000, y le correspondió a la jueza MARILYN HALL PATEL, quien dictó una *Preliminary Injunction* (orden judicial preliminar o más exactamente en nuestro medio una “medida cautelar”) y ordenó el cierre de Napster.

En su fallo, la juez del Distrito MARILYN HALL PATEL le ordena a Napster cesar y evitar la descarga (*download*) y el intercambio de todos los archivos amparados por los derechos de autor de las disqueras y de los titulares de derechos, estableciendo un plazo perentorio que vencía en la medianoche del viernes 28 de julio. Esto, como es evidente, resultaba totalmente imposible para Napster y por lo tanto tal determinación llevaría al cierre y clausura del sitio. Esta *Preliminary Injunction* de la jueza HALL PATEL fue confirmada, pero ajustada en algunos aspectos por el Tribunal de Apelación en agosto del año 2000. El Tribunal de Apelaciones estaba compuesto por los jueces BEEZER, PÁEZ y SCHROEDER, quien lo presidía (obraba como ponente *Chief Judge*).

El fallo final del Tribunal Federal de Apelaciones de San Francisco se da el 12 de febrero del año 2001 confirmando en gran parte la sentencia de la jueza HALL PATEL y condena a Napster¹.

Un punto que resulta del todo interesante y crucial es que la decisión de la jueza se basó en el precedente del caso Sony Betamax, donde Universal City Studios Inc. demandó a la compañía japonesa Sony por desarrollar el famoso Betamax basado en la tecnología VCR. El caso técnicamente es reseñado como “Sony Corp. of Amer. Vs. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417, 1984”; a lo largo de este escrito nos referiremos a este caso como el “caso Sony Betamax”. Por lo tanto, para entender todo el devenir del caso Napster es menester entrar a estudiar y desarrollar el caso conocido como Sony Betamax.

3. El caso Sony Betamax

El caso que sirve como antecedente y precedente a la jueza HALL PATEL para proferir sentencia en contra de Napster es una causa iniciada en la década de los setenta tras una acción iniciada por los grandes estudios de televisión en contra del gigante tecnológico japonés Sony, desarrollador de la tecnología de punta para esa época: la VCR, totalmente revolucionaria para su momento. Esta tecnología de Sony denominada Betamax luego fue reemplazada, como se recordará, por el estándar VHS creado por JVC. Esta causa conocida en la doctrina como el caso Sony Betamax produce su fallo de primera instancia en 1979, la segunda instancia y fallo de apelación en 1981 y el fallo final proferido por la Suprema Corte estadounidense se da en 1984 con ponencia del juez J. STEVENS.

En este caso, fallado en última instancia por la Suprema Corte, las partes en contienda son Sony Corp. of Amer. Vs. Universal City Studios, Inc.².

Como se observa, este fallo donde se discutió un avance tecnológico en los setenta, sirve y crea el escenario de precedente necesario en la causa iniciada en contra de los sistemas *peer to peer* centralizados (P2P), tecnología que surge al final del siglo XX.

En 1976, dos series de televisión dominaban las franjas del *prime time* y eran las más vista y con mayor audiencia no sólo en la Unión americana sino en la mayor parte del mundo. Se trataba por una parte de *Kojak*, serie sobre un detective que lucía su cabeza rapada y afeitada, y permanecía comiendo colombina y atrapando a toda clase de delincuentes. Por la otra estaba *Columbo*, serie sobre otro detective con un estilo propio y con gran habilidad para descifrar los casos más intrincados.

Como sucede hoy en día con series que se roban la audiencia (por ejemplo *CSI*, *24*, *Lost*, *Desperate Housewives*, *Prison Break*, *Six feet Under*, etc.), los televidentes no sabían cuál de las dos series ver y debían escoger entre ver una y perderse la otra.

1. El texto completo del Fallo final de Apelación se puede consultar en su versión original en [www.nmpa.org/pdf/legalissues/Napster9thCircuit.pdf].

2. El texto completo del fallo puede ser consultado entre otros en el sitio *web* de la Escuela de Leyes de la Universidad de Cornell: [www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm].

Pues bien, con la tecnología VCR desarrollada por Sony a través de su dispositivo denominado Betamax, el televidente podía ver una de las dos series, y dejar grabando la otra al mismo tiempo (*time shifting*).

El fallo de primera instancia proferido en 1979 por la United States District Court for the Central District of California, el juez de la causa decidió absolver a Sony y el uso de la tecnología VCR, con base en las normas del *fair use* o “uso justo u honrado”, pues la copia realizada por los usuarios encuadraba dentro del concepto de “copia privada” hecha sin ánimo de lucro y con fines de esparcimiento.

En 1981, tras la apelación presentada por los estudios ante The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, el juez de segunda instancia reversa el fallo de primera instancia y encuentra a Sony culpable de violar las normas del *copyright*.

Finalmente la causa llega a la Suprema Corte estadounidense y en fallo de casación proferido en 1984, esta absuelve de manera definitiva a Sony con base en la teoría del *fair use* y del *time shifting* autorizado o permitido. En este caso se sostuvo que la copia no lucrativa de un programa de televisión hecha para uso doméstico no transgredía las normas de protección del *copyright* que resguardaba al programa grabado. Específicamente, la Corte estableció que el *time shifting* (aprovechamiento del tiempo, al grabar un programa de televisión que se exhibe en el mismo horario o en un horario de difícil acceso, para luego verlo después de grabarlo) era un uso permitido bajo el concepto y la doctrina del *fair use* o “uso justo”. La Corte resolvió que como el uso mayoritario de esa tecnología de las videograbadoras se destinaba a conductas de grabar para “aprovechar el tiempo”, los productores de tales dispositivos no eran responsables directos del daño que eventuales infractores causaran a los titulares de *copyright* por el uso ilícito que dieran a sus videograbadoras, pues en este caso la tecnología VCR podía ser utilizada con fines lícitos, pero también en algunos casos con fines ilícitos; pero en este último caso no debían ser los desarrolladores de tecnologías quienes asumieran las acciones, sino que las asumirían los usuarios que les dieran un mal uso a la tecnología.

Vale decir que las situaciones a las que estuvo sometida Sony y que fueron valoradas y traídas como argumentos utilizados en su defensa fueron entre otros los casos de las máquinas fotocopadoras, argumentando que quienes pueden llegar a infringir derechos de autor –*copyright*– no son sus fabricantes (Xerox, Canon, Kodak etc.), sino que las consecuencias judiciales las asumen sus usuarios. Es decir, pensemos en el fabricante de armas Smith & Wesson, y luego pensemos que hacer responsable a Sony por el uso lícito o ilícito que se le dieran sus usuarios a la tecnología VCR sería como encausar al fabricante de armas por los ilícitos, homicidios o lesiones que causen quienes porten las armas de fuego y les den un uso irregular.

4. Normas violadas en el caso de Napster

Dentro de la normatividad vigente en Estados Unidos, que tiene como punto de partida la Constitución de ese país y que en conjunto conforma lo que se denominan las normas del *copyright*, debemos mencionar como elementos positivos tomados en cuenta tanto por los demandantes como por los demandados y por los jueces que intervinieron en la causa, las siguientes normas:

1. Copyright Act de 1976.
2. Audio Home Recording Act de 1992, Copyright Act of 1976, as amended Chapter 10. Digital audio recording devices and media.
3. Digital Millenium Copyright Act de 1998.

5. Argumentos de los demandantes (RIAA)

- Los usuarios de Napster violan derechos de reproducción y distribución.
- De reproducción: por cambio físico de la obra de un soporte a otro.
- De distribución: tanto en al carga como en la descarga de los archivos en formato MP3.

6. Cargos en contra de Napster

a. "Direct infringement": infracción directa

Lo primero que debía demostrar la RIAA y las demás compañías discográficas que coadyuvaban su acción era que existía una infracción directa a los derechos exclusivos de los titulares de derechos amparados por las normas del *copyright*, realizada por parte de todos y cada uno de los usuarios de Napster al cargar (*upload*), al descargar (*download*) y al compartir sus librerías y archivos principalmente en formato MP3, pero de igual manera en otros formatos.

Se infringían entonces los derechos patrimoniales de reproducción y distribución, y por lo tanto los derechos exclusivos de los legítimos titulares son violados con el actuar de los miembros de la comunidad Napster, y por contera del mismo Napster.

Es decir, entraba a operar de nuevo ese aforismo y principio general que imponen las normas sobre propiedad intelectual y que establece que el uso sobre material protegido solo es lícito si se hace con la autorización previa y expresa del autor o titular. Por lo tanto, de este principio surge la conclusión lógica de que sin contar con el visto bueno del autor o titular, el uso será ilegítimo e ilícito.

Los demandantes entraron a demostrar que del 87% de obras que circulaban en Napster, la RIAA administraba y poseía legitimación en la causa para representar a los autores y titulares de más del 70% del catálogo que se encontraba e intercambiaba en el sitio de Napster.

Cada persona que se hacía parte de la comunidad Napster hacía en principio una copia privada para uso personal de su colección de CD copiando los discos en el disco duro de su computador personal (PC). Pero luego, cuando ese uso privado

amparado por la teoría del *fair use* trascendía su órbita privada y era incorporado en su librería personal, la cual era compartida o estaba en potencia y a disposición de un número ilimitado de personas que podían acceder a sus archivos, el uso dejaba de ser privado y se tornaba en colectivo. Recordemos que en su punto máximo –1999 y 2000– Napster tenía registrados cerca de sesenta millones de usuarios.

b. “Contributory infringement”: infracción indirecta o contributiva

Este caso se da cuando el infractor, con intención manifiesta, y con conocimiento de causa, participa, contribuye e induce en la actividad ilícita que realiza un tercero y logra que la infracción se lleve a cabo por parte del infractor directo, y se convierte en un colaborador necesario sin cuyo concurso y sin el cual la conducta no tendría las repercusiones logradas.

Esta construcción jurídica de la infracción indirecta o contributiva es fruto del desarrollo jurisprudencial consuetudinario que realizan los jueces en el sistema jurídico del *common law* basado en el precedente como verdadera fuente del derecho. La fuente del derecho en este caso no es en estricto sentido la ley, sino el derecho que construyen los jueces³.

Los hechos para probar por el accionante y que logró demostrar la RIAA en la causa iniciada en contra de Napster son entonces los siguientes:

a. un derecho exclusivo de autoría o titularidad sobre una obra, o material protegido bajo la legislación de derecho de autor (*copyright*);

b. que se infrinja el derecho patrimonial de reproducción mediante la realización de copias no autorizadas de un material protegido;

c. que el infractor tiene pleno conocimiento del uso ilícito de los derechos exclusivos del autor o titular por parte del infractor directo;

d. que el infractor contribuye de manera efectiva, material y fehaciente en la infracción e incita y determina dicha actividad por parte de un tercero.

Aquí es pertinente precisar que, en este caso, Napster tenía conocimiento directo de la actividad lícita e ilícita que llevaban a cabo sus usuarios y suscriptores, e incluso en comunicaciones internas cruzadas entre los ejecutivos de Napster se evidenciaba este hecho cuando ponían de manifiesto la necesidad de no conocer la identidad de los usuario pues ellos estaban intercambiando archivos de música de modo ilícito⁴.

3. Sobre este particular los pronunciamientos jurisprudenciales y sentencias referidas son las proferidas en los casos: *Baxter vs. MCA, Inc.* (812F.2d 421,423 9th Circuito de 1987) y *S.O.S.. Inc. vs. Payday, Inc.* (886 F.2d 1081, 1085 n.3 9th Circuito 1989). Los textos completos de estos dos pronunciamientos jurisprudenciales pueden ser vistos en: [www.altlaw.org/v1/cases/454790].

[cip.law.ucla.edu/cases/case_baxtermca.html].

Otros pronunciamientos jurisprudenciales y casos para tener en cuenta sobre este punto son: *Religious Tech Ctr. vs. Netcom On-Line Communications Servs Inc.*, (907 F. Supp. 1361, 1371 N.D. Cal. 1995); *Gershwin Publishing Corp. vs. Columbia artists Management, Inc.* (443 F. 2d 1159, 1162. 2d Cir. 1971); *Fonovisa, Inc. vs. Cherry Auction, Inc.* (76 F.3d 259, 264. 9th Cir. 1996); *Matthew Bender & Co. vs. West Publ. Co.* (158 F. 3d 693, 706. 2d Cir. 1998); *A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc.* (239 F. 3d 1004. 9th Cir. 2001).

4. Ver sobre el particular dentro del expediente, documento proveniente de SEAN PARKER, administrador de la arquitectura del *software* de Napster, traído a colación en la

De igual forma debe recordarse que los accionantes, utilizando los recursos que brinda la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) frente a los ISP, notificaron por escrito a Napster sobre las infracciones que se surtían en su sitio y le pusieron en conocimiento los catálogos que la RIAA representaba y los porcentajes que estos reportaban en las cargas y descargas realizadas mediante el *software* de intercambio MusicShare de Napster. Por lo tanto, con base en la teoría de los “*safe harbors*”, Napster, una vez notificado, debía retirar o impedir el acceso a los contenidos de sus suscriptores o miembros, y por tanto estar amparado y beneficiarse de los eximientes de responsabilidad que brindan los puertos seguros.

Así mismo, Napster intervenía de manera directa y activa en todos los procesos (brindaba soporte por ejemplo y brindaba espacios como las salas de *chat*) y ponía al alcance de los miembros de su comunidad una serie de recursos de todo orden que les procuraban y hacían más fácil y expedita la labor de búsqueda (las bases de datos y buscadores estaban a la orden del día), ubicación, y acceso a vínculos disponibles.

c. “Vicarious liability”: responsabilidad por el hecho de un tercero

La “responsabilidad vicaria” (*vicarious liability*), establecida en el derecho romano, hoy denominada responsabilidad por el hecho de un tercero, en el sistema anglosajón es también una construcción jurídica que surge y es hija digna y legítima de la jurisprudencia y del precedente o derecho consuetudinario.

Luego de acogidos, estos precedentes jurisprudenciales son ordinariamente incorporados como secciones –*sections*–, dentro de la normatividad del *copyright* (ver, por ejemplo, la sección 107 de la Copyright Act).

En este evento, también se parte del presupuesto de que existe una infracción directa por parte de un tercero, y de que luego concurre, por falta de vigilancia o control (responsabilidad *in eligiendo* e *in vigilando*) la responsabilidad de quien es perseguido como responsable por el hecho de un tercero. Se parte de la base de que se asumen consecuencias y genera responsabilidad por el hecho de un tercero sobre el cual se tiene el derecho y el deber, obligación de vigilancia de sus actos y actividades infractoras: “*the responsibility of any third party that had the “right, ability or duty to control” the activities of a violador*”.

En la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses se requieren de manera acumulativa los siguientes eventos⁵:

a. Un derecho exclusivo de autoría o titularidad sobre una obra, o material protegido bajo la legislación de derecho de autor (*copyright*).

sentencia del Tribunal de Distrito. Como nota al margen debemos mencionar que, más recientemente, SEAN PARKER es uno de los gestores de la red social Facebook creada por MARK ZUCKERBERG en el año 2004.

5. Sobre este particular los pronunciamientos jurisprudenciales y sentencias referidas son las proferidas en los casos: Polygram Intl. Publ., Inc. vs. Nevada/TIG, Inc. (855 F. Supp. 1314, 1325 - 26. D. Mass., 1994), Shapiro, Bernstein & Co. vs. H. L. Green Co. (316 F. 2d 304, 306. 2d Cir. 1963).

b. Que se infrinja el derecho patrimonial de reproducción mediante la realización de copias no autorizadas de un material protegido.

c. el infractor debe tener control y facultad para intervenir y vigilar las conductas que realice el tercero que actúa como infractor directo de las normas de derecho de autor o *copyright*.

d. El infractor percibe un beneficio pecuniario o económico directo o indirecto como consecuencia del infractor directo de los derechos de autor o *copyright*.

En cuanto al cargo fundamentado en la responsabilidad por el hecho de un tercero o *vicarious liability*, es pertinente mencionar que Napster tenía el derecho y la obligación de vigilar, supervisar, controlar e intervenir en las conductas que se constituían en infracciones por parte de sus suscriptores y usuarios. Aquí volvemos a mencionar el tema de los eximentes de responsabilidad de los Internet Service Provider (ISP) a que alude al DMCA de 1998, y donde se le impone a Napster, una vez notificado, un deber de diligencia y cuidado mínimo en implementar mecanismos que prevengan, limiten el acceso o incluso eviten el mismo, sustrayendo de sus librerías y bibliotecas (bases de datos) las obras musicales sobre las cuales se infrinjan derechos de autor (*copyright*).

Un punto que ya se había mencionado algunas páginas atrás dentro de este análisis y que tiene que ver con el *animus lucrandi* es el relativo al lucro directo o indirecto que percibía Napster y los beneficios económicos que el sistema reportaba. El servicio que prestaba Napster a sus usuario era gratuito para ellos, pero la RIAA logró demostrar que existía un beneficio directo por parte de Napster, pues al ser una de las comunidades de Internet con mayor tráfico y número de entradas a su sitio (Napster llegó a tener 60 millones de usuarios), e incluso uno de los parámetros de búsqueda más solicitados en toda clase de buscadores, las pautas publicitarias y los ingresos que recibía por publicidad eran cuantiosos. En los modelos de negocios que se manejan en Internet y el mundo del comercio electrónico directo (*on-line*) e indirecto (*off-line*), los costos de las pautas publicitarias son directamente proporcionales con el tráfico y *hit* de entradas que reporte un sitio.

A eso se le agrega el hecho de que los autores y titulares de derechos dejaban de percibir regalías y dividendos, pues quien entraba a Napster y descargaba la canción de su predilección dejaba de comprar el CD respectivo y por ende se causaba un detrimento patrimonial para los titulares legítimos de derechos, que les causaba daños y perjuicios cuantificables.

7. Argumentos de la defensa de Napster

Napster soporta su defensa de manera principal en la teoría del *fair use*, o del “uso justo” de que tratan la Copyright Act de 1976 y las demás normas aplicables en este caso y que ya hemos mencionado atrás. Vale decir que en el sistema estadounidense del *copyright*, el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, es decir aquellos eventos donde el uso de los derechos exclusivos del autor o titular

es lícito, aun sin su autorización, y está enmarcado dentro de un límite general denominado *fair use*, que exige la no existencia de ánimo de lucro o utilización con fines comerciales, no existe un baremo o listado taxativo de eventos como en nuestros sistemas donde las excepciones son descritas y mencionadas de manera exhaustiva en una norma previa y donde su aplicación es restrictiva, y no se admite la interpretación extensiva ni la analógica.

El concepto del *fair use* en el derecho estadounidense, tiene sin embargo algunos elementos que deben ser sopesados por el juez para establecer si el uso es legítimo o ilegítimo. La doctrina del *fair use* ha sido incorporada y codificada en la sección 107 de la Copyright Act. Allí se establece una lista de casos en los cuales la reproducción de una obra se considera un uso justo, como por ejemplo cuando se emplea para realizar una crítica, un comentario, en noticias y reportajes de actualidad, para la enseñanza y para la investigación. Los cuatro factores que deben considerarse por el juez para determinar si hay o no uso justo son:

1. Propósito y carácter del uso, por ejemplo si tal uso se da con fines de lucro o sin lucro, con fines comerciales, educativos o de otro orden.
2. Naturaleza de la obra protegida por derechos de autor.
3. Porción cuantitativa y cualitativa de la parte usada con respecto a la obra protegida vista como un todo.
4. Efecto del uso en el mercado potencial o el valor de la obra.

En uno y otro sistema, frente al régimen de limitaciones y excepciones, se aplica la denominada regla de los tres pasos (*three steps test or rule*) esbozada por la doctrina y existente en casi todos los ordenamientos legales inspirados en el Convenio de Berna, y que obliga a que cualquier conducta desplegada sea cernida, filtrada o sometida a examen frente a los tres requisitos o pasos siguientes⁶:

1. Que el evento o excepción esté claramente descrito y delimitado con antelación.
2. Que con la conducta desplegada no se cause un perjuicio injustificado al autor o al titular de los derechos de autor.
3. Que con la conducta desplegada no se atente contra la normal y pacífica explotación de la obra.

Pues bien, en la causa iniciada por la RIAA en contra de Napster, este último argumento, es decir que su actuar se enmarcaba dentro de los casos contemplados dentro del *fair use*, y por ende no se configuraba responsabilidad, ni por parte de sus usuarios, y por lo tanto tampoco en su propio actuar, fue una constante dentro del juicio, pues se insistía por parte de Napster en que su proceder y el de sus usuarios no constituirían un ilícito de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 de la Copyright Act.

6. Se recomienda ver sobre este particular, especialmente enfocado al tema de la regla de los tres pasos en el entorno digital y su aplicación en la era de la sociedad de la información, un interesante trabajo realizado por CHRISTOPHE GEIGER para la Unesco, que se puede ver en [www.unesdoc.unesco.org/images/0015/001578/157848e.pdf].

Los casos específicos traídos en su defensa por Napster fueron los siguientes
a. “Sampling”: muestreo

Se define como una reproducción temporal de una obra musical en formato MP3 con fines promocionales y con miras a su posterior adquisición en CD o en otro soporte. Es decir descargar la canción para efectos de tomar o no la decisión de comprarla. En este punto el Tribunal determinó que existía un uso comercial, inclusive en los eventos en que se adquiriera la canción. Aquí es pertinente mencionar que de acuerdo con los principios y normas vigentes aplicables en materia de derecho de autor, la descarga temporal o permanente de un archivo en la memoria de un computador, se constituye como un acto de reproducción. Así por ejemplo, el texto de la declaración concertada respecto del artículo 1.4 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA-WCT) del 20 de diciembre de 1996 establece: “Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.

b. “Space shifting”: cambio de espacio o soporte

Aplicación analógica del *time-shifting*. Realizar una copia privada de una obra previamente adquirida, para su disfrute en un soporte diferente del originalmente adquirido. Por ejemplo, cuando alguien adquiere lícitamente un CD y hace una copia en casete, en otro CD, en una memoria USB, en un dispositivo móvil, PDA, en un dispositivo de almacenamiento como un iPod, Zune, para oírlo en su vehículo, oficina, casa de campo o en el lugar que desee.

Es importante tener en cuenta que en el caso de Napster, los usuarios y suscriptores realizaban copias de sus propios CD, amparados en principio por el *fair use* por ser copias para uso privado y sin fines de lucro directos o indirectos; pero cuando estos archivos eran cargados en sus librerías y compartidos por medio del *software* MusicShare de Napster, la situación cambiaba radicalmente y su destino y uso se tornaba eminentemente colectivo, indistintamente de cuantas personas accedieran a ellos.

c. “Other uses”: otros usos

Reproducción y distribución de obras por haber entrado al dominio público o bien porque los autores o titulares lo permiten y autorizan. Vale recordar que algunos artistas consintieron que sus obras e interpretaciones circularan en formato MP3 y en Napster, y no lo vieron como un problema, sino por el contrario como una oportunidad de mercadeo y publicidad.

Así mismo, había muchos contenidos y archivos de música que se encontraban en dominio público, bien porque su término de protección había fenecido, o bien porque, como ya lo explicamos, no estaban protegidos, pues en la legislación estadounidense se exige a los autores nacionales de ese país el registro como presupuesto de protección para acudir a los tribunales o cortes (*Before an infringement suit may be filed in court, registration is necessary for Works of U. S. origin*), y entonces el registro es constitutivo de derechos, pese a que los Estados Unidos

hacen parte del Convenio de Berna desde 1988, con vigencia a partir del primero de abril de 1989. Además vale recordar que si el registro de la obra se ha hecho en los Estados Unidos dentro de los cinco años anteriores a la publicación de la obra, se crea una presunción (*prima facie evidence*) a favor de quien aparezca como autor en el certificado de registro. Así mismo, si la obra se ha registrado dentro de los tres meses siguientes a su publicación o previamente a una infracción, los daños legales y gastos de abogado pueden ser solicitados dentro de un proceso por parte del titular de los derechos.

Vale decir, sin embargo, que los autores nacionales de cualquier otro país miembro de la Unión de Berna, en virtud del principio del trato nacional, están protegidos en los Estados Unidos sin necesidad de depósito, registro o formalidad.

8. *Comentario a la defensa de Napster*

El grupo de abogados defensores de Napster plantea que la copia de música sin fines comerciales no es ilegal según la doctrina jurídica estadounidense, y según el criterio de la Corte Suprema. Se basan en la Audio Home Recording Act, cuando establece que la copia sin fines comerciales efectuada por los usuarios y consumidores es legal y no infringe derechos de los titulares.

La defensa argumenta con base en el caso "Sony Corp. of Amer. vs. Universal City Studios, Inc.", proferido por la Suprema Corte en 1984, que los reproductores de video que eran utilizados mayoritariamente para la copia de material sujeto a copyright también se utilizaban para otros usos que no infringían ningún derecho de autor, y que este mismo principio sentado en esa oportunidad debe ser trasladado y aplicado en la causa en contra de Napster.

Existen estudios de mercado encargados por Napster que, como era de esperar, demuestran resultados contrarios a los sondeos realizados por la RIAA. Así, una investigación realizada por Soundscan determina que las ventas de música en discos compactos han crecido un 8% en el primer trimestre de 2000 respecto del mismo periodo del año anterior, un crecimiento que se hace notar más en las tiendas de Internet. La tienda virtual CDNow subió un 32% las ventas de CD en el primer trimestre de 2000 entre los clientes de 18 a 24 años. Precisamente, la edad de los jóvenes que más acudían a servicios tipo Napster (según la propia RIAA). Otra encuesta realizada por la Digital Music Association y Yankelovich Partners en Estados Unidos a aficionados a la música de 13 a 39 años determinó que el 60% de los encuestados que habían bajado música de la red terminó comprando los discos, y sólo el 6% aseguraba que al conseguir las canciones en Internet dejarían de comprar los discos. En el último estudio realizado por la autoridad en materia de comercio electrónico, Jupiter Communications llegó a conclusiones similares: el 45% de los usuarios de Napster compra más compactos de música que los que no usan este servicio en Internet.

La RIAA presentó por su parte una serie de encuestas que hizo en las puertas de las universidades y *colleges* más importantes ubicados en las grandes ciudades estadounidenses, arrojaron como resultado que los jóvenes adolescentes y universitarios conocían a Napster, descargaban música de este sitio, pero luego de tener la canción en su ordenadores o reproductores no acudían a las discotiemendas o tiendas virtuales a comprar el CD donde se encontraba tal canción.

9. Argumentos del Tribunal en su decisión

Como ya lo hemos mencionado, el Tribunal de Apelaciones estaba compuesto por los jueces BEEZER, PÁEZ y SCHROEDER, quien presidía y obraba como ponente (*Chief Judge*). El fallo final del Tribunal Federal de Apelaciones de San Francisco se da el 12 de febrero del año 2001 confirmando en gran parte la sentencia de la jueza HALL PATEL.

A continuación presentamos los argumentos que esgrimen los tres jueces en su decisión, tomando como base los argumentos del demandante o demandantes, los argumentos de Napster en su defensa y sus conclusiones y consideraciones, las cuales resultan de suma importancia y establecen un precedente muy importante que será luego tenido en cuenta en las decisiones adoptadas en contra de los sistemas P2P semicentralizados y totalmente descentralizados.

- Existe una infracción directa.
- Se demostró legitimidad sobre los derechos por parte del titular.
- Se demostró la violación de al menos un derecho exclusivo del titular.
- Habría uso justo (*fair use*) si se hubiesen cumplido los siguientes criterios:
 1. Propósito y carácter del uso:

El tribunal determinó que no se transformó la obra, y que no se requiere beneficio económico directo, *pero que sí se comprometió su uso comercial, pues se produjo un detrimento en las utilidades de los productores fonográficos*. Quien bajaba una canción dejaba de comprar el ejemplar. Así mismo, impide que los demandantes comercialicen digitalmente sus obras

2. Naturaleza de la obra objeto de protección:

Recordemos que en la legislación estadounidense, pese a la adhesión de este país al Convenio de Berna, realizada en 1988, con vigencia a partir del 1.º de abril de 1989, el registro de la obra es constitutivo de derechos para los autores nacionales de los Estados Unidos, es decir que si la obra no se encuentra registrada no es objeto de protección. Reiteramos que para los autores extranjeros que reclamen protección en los Estados Unidos este principio no aplica, y sus obras están protegidas desde el momento mismo de la creación tal y como lo establece en el convenio de Berna. Sin embargo, para efectos de poder acceder a recuperar costas procesales y gastos de abogado dentro de una acción, es necesario acreditar el registro de la obra⁷.

7. Ver sobre este particular el interesante artículo de RALPH OMAN, quien fuera Registrador de Derecho de Autor de la Copyright office en esa época, titulado: "Implementation of the Berne Convention in USA". Vale decir que el Sr. RALPH OMAN figura también al

El Tribunal obligó a Napster a controlar y proteger las obras que ostenten derecho de autor, es decir que estén registradas o que tengan protección en los Estados Unidos y adicionalmente ordenó a la jueza de primera instancia modificar el interdicto, para que este cobije sólo a las obras que posean derechos.

3. Porción del uso:

El Tribunal dice que no hay lugar a la excepción del *space-shifting*, pues aparte de realizar copia privada *hay distribución de esta*, y no una distribución restringida, sino extensiva y compartida con 60 millones de usuarios potenciales.

4. Efecto del uso en el mercado:

El Tribunal no acepta tampoco la excepción del “*sampling*”, pues no encuentra prueba de que el uso se dé con fines de promoción, y encuentra por el contrario que se afecta un nuevo canal de distribución para los legítimos titulares de derechos.

– El intercambio de archivos en formato MP3 vulnera el *copyright* de los titulares y por ende es ilegal.

– No hay copia privada, pues existen 60 millones de usuarios intercambiando archivos (distribución), lo cual denota muy a las claras que el aprovechamiento y destino es colectivo y parte de la premisa de un acceso no legal.

– Napster como sistema tecnológico no es ilegal: Napster como empresa es ilegal, pues participa como un *cooperador necesario*, pues es un servicio centralizado con una base de datos en su servidor, y *no puede alegar la defensa Sony Betamax*.

– Napster debe monitorear su servicio y es responsable del intercambio ilegal, *una vez se le notifica tal conducta, y no a priori*.

– El Tribunal modificó el interdicto de la jueza HALL PATEL, y decreta la indemnización de perjuicios, la cual fue totalmente cuantiosa y llevó a la postre al cierre de Napster por incapacidad de asumir tal pago.

10. Acuerdo Napster-Bertelsmann

El 31 de octubre de 2000, mientras la causa en contra de Napster estaba en curso, se anuncia un acuerdo entre Napster y el gigante alemán de medios de comunicación Bertelsmann AG, propietario de BMG, uno de los accionantes que coadyuvaron la acción de la RIAA., que busca crear un sistema de distribución que asegure una retribución a los titulares de derechos. Dentro del acuerdo, Bertelsmann accede a retirar su demanda contra Napster, y a ofrecerle su catálogo de música a cambio de derechos de compra de acciones.

En ese momento se buscó lograr el consenso de las demás productoras fonográficas para incorporarse al modelo de negocios planteado, pero el acuerdo no logró cristalizarse y compañías como Warner, Universal, Sony y EMI continuaron con la demanda hasta el final y luego han tratado de incursionar en esta modalidad de tiendas virtuales, pero los resultados no han sido los esperados.

final del fallo final contra Napster dentro del listado de consultores (Counsel Listing) o perito consultados por el Tribunal.

B. OTRAS ACCIONES DE LA RIAA Y
DECISIONES POSTERIORES A NAPSTER

1. *Audiogalaxy*

A un tiempo con las acciones iniciadas en contra de Napster, la RIAA emprendió una serie de causas contra otros sistemas que operaban de manera similar en el intercambio de archivos. Audiogalaxy, el sitio creado y desarrollado por MICHAEL MERHEJ, recibió un requerimiento mediante el cual se le invitaba a monitorear y restringir el acceso a un sin número de repertorios y a llegar a un acuerdo para que se repararan de alguna manera los perjuicios causados a los titulares de derechos.

El *software* y la base de datos de Audiogalaxy permitían un rol más eficiente incluso que el del sistema Napster, pues las búsquedas se podían realizar por una serie amplia de descriptores como título, artista, intérprete, género, etc. Poseía unas alternativas que le permitían superar toda serie de defensas, *firewalls*, y que lo llevaban a acceder a donde ningún otro sistema llegaba por ese entonces.

Audiogalaxy utilizaba distintas plataformas basadas en *software* libre que iban desde PHP, Apache, MySQL, Linux, las cuales combinadas lograban que el sitio fuera altamente eficiente y que generara un alto tráfico.

El sistema presentaba adicionalmente las siguientes características que lo hacían superior frente a Napster y a otros sistemas de intercambio:

- Acceso libre y sin costo.
- Posibilidad de reasumir de manera automática los archivos y continuar las descargas de canciones que se han cortado.
- Elección de velocidad de descarga de los archivos.
- Descargas en perfectas condiciones de hasta 10 archivos simultáneamente.
- Una perfecta comunidad donde todos comparten lo propio y acceden a todo.
- Distintos programas para formatos como MP3.
- Información discriminada por grupos, estilos, géneros, etc.
- Espacio de almacenamiento amplio para cargar (*upload*) y compartir sus canciones por parte de grupos o bandas.

Audiogalaxy y la RIAA lograron concertar un acuerdo extralegal por fuera de las cortes el cual, por supuesto, implicó el pago de una fuerte suma de dinero como indemnización.

En la actualidad en el sitio www.audiogalaxy.com se pueden encontrar toda clase de materiales musicales de grupos de varios géneros como rock, alternativo, electrónica, metal, punk, blues, jazz, hip hop y country, y artistas como The Clash, Pearl Jam, Son Seals, entre otros.

2. *Aimster (Madster)*

La RIAA inicia una serie de acciones contra este sistema basadas en el mismo principio que utilizó en contra de Napster. Aimster, un desarrollo y creación de

JOHN DEEP, es un sistema que surge bajo el uso de los sistemas de mensajería instantánea, principalmente el de American On Line (AOL). Como la mayoría de estos sistemas utilizaba un *software* que una vez descargado por el usuario le permitía realizar intercambio de sus archivos y acceder a los de los demás miembros de la comunidad que se encontraran conectados por medio de los directorios de AOL, principalmente del denominado AIM. Su interoperabilidad lo hacía bastante eficiente dentro de las tecnologías de IM.

Los usuarios se contactaban por el sistema de mensajería instantánea y las salas de chat centralizadas en el servidor de Aimster, pero las descargas se lograban de manera directa de equipo a equipo, lo cual llevaba a este sistema a ser un pionero en lo que luego se conocerían como sistemas P2P semicentralizados y descentralizados.

Aimster cambió luego su nombre a Madster tras una acción iniciada directamente por AOL para proteger su marca y la confusión que entre los usuarios se generaba por el uso de la expresión IAM dentro de su nombre inicial.

Con la acción iniciada por la RIAA, y tras fallo de la Corte Federal de Chicago, se logró neutralizar a este sistema y mandar otro mensaje claro por parte de la industria frente a todas estas tecnologías emergentes basadas en el intercambio de archivos.

Como se observa, luego de la acción iniciada por la RIAA en contra de Napster, otros sistemas basados en la tecnología de intercambio de archivos (*file sharing technology*) fueron perseguidos y corrieron la misma suerte siendo obligados dejar de funcionar o a funcionar bajo el esquema de autorizaciones y licencias que hoy utilizan la mayoría de tiendas de música y descarga legales.

III. SISTEMAS “PEER TO PEER” (P2P)

1. Es un sistema de red donde cada usuario tiene capacidades y obligaciones equivalentes, donde no existe el esquema cliente-servidor.

2. No existe un servidor central, y la información se transmite de computador a computador.

3. Utilizan un *software* creado bajo la tecnología FastTrack, desarrollada por el sueco NIKLAS ZENNSTROM y el danés JANUS FRIIS.

4. Las búsquedas son rápidas y puede tener hasta un millón de usuarios al tiempo en una sola red.

5. Los computadores con mejor ancho de banda funcionan como clientes y como servidores (supernodos).

6. La tecnología FastTrack organiza de mejor manera los archivos para compartir y no se limita a archivos musicales, sino que se extiende a archivos de audio, video, fotografías, multimedia, *software*, texto, etc.

7. Las descargas son rápidas y si los archivos son muy grandes o pesados, los fracciona en trozos, y luego los arma y organiza al llegar a su destino.

8. Si la descarga se interrumpe, el sistema la continúa automáticamente desde otro usuario.

A. CLASES O TIPOS DE SISTEMAS P2P

1. Sistema P2P centralizado

Existe *un servidor central* que administra la red y distribuye su contenido por medio de las interconexiones e intercambios de archivos recibidos y dirigidos a una multiplicidad de computadores conectados en todo el mundo. Se requiere un registro previo y una identificación. El paradigma perfecto de estos sistemas es Napster.

2. Sistema P2P semicentralizado

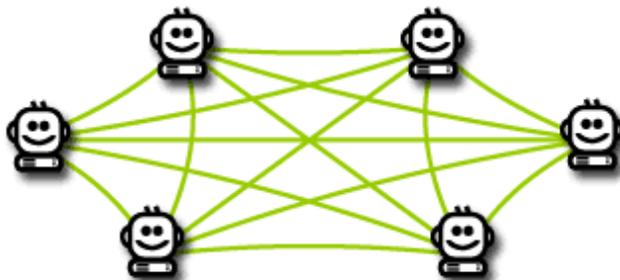
Es una técnica basada en el concepto de supernodos, donde *no existe un servidor central*. Cada computador conectado y que tenga el *software* respectivo, actúa a su turno como cliente y servidor. La descarga se realiza directamente entre los computadores. El que actúa como supernodo es el que tenga las mejores y más avanzadas características técnicas. Paradigmas de este sistema son Kazaa y Morpheus.

Para ilustrar este punto acudimos al sitio de Kazaa [www.kazaa.com], donde se encuentra la siguiente ilustración [www.kazaa.com/us/help/new_p2p.htm]:

How peer-to-peer (P2P) and Kazaa Software Works

Kazaa uses peer-to-peer technology. This means that individual users connect to each other directly, without need for a central point of management. All you need to do is install Kazaa and it will connect you to other Kazaa users.

For example Peter downloads Kazaa and installs it onto his computer. Mary also has Kazaa installed on her computer. Peter uses Kazaa to search for a file he is looking for. Kazaa finds the file on Mary's computer. Peter can now download the file directly from Mary.



Kazaa allows you to:

Search and download content that is shared by premium content providers (files marked with Gold Icons) or by other Kazaa users.

Promote and distribute your own files using Kazaa and Magnet Links. Find out more in the 'Make it' section.

The P2P searches occur through users with fast connections, called Supernodes. Once located, the file is sourced for downloading directly from the user who has it.

3. Sistema P2P descentralizado

En este sistema, todos y cada uno de los usuarios funcionan como cliente y como servidor. Sin embargo, para un mejor rendimiento, el sistema segmenta a los usuarios conectados y crea una serie de comunidades u objetivos conformada por no más de 10.000 usuarios. Se comparten toda clase de archivos, música, texto, imágenes, fotografías, *software*, multimedia, etc. El sistema es totalmente anónimo, pues no se requiere un registro previo. Paradigma perfecto de este sistema es Streamcast-Gnutella.

En Grokster, por ejemplo, la búsqueda de un archivo hecha por un miembro de la comunidad o usuario es recibida por un computador con capacidad de indexar archivos aprovechando sus ventajas técnicas como puede ser su amplio ancho de banda, constituyéndose en términos técnicos en lo que se denominado supernodo. Los archivos son guardados en cualquier otro equipo que posea las características requeridas y que tenga capacidad de albergar temporalmente los índices de los archivos disponibles en los computadores de los usuarios conectados. El supernodo busca en su propio índice y puede extender la solicitud a otros supernodos; en caso de encontrar el archivo requerido da la localización de este al usuario que envió la solicitud, el cual puede descargarlo directamente del computador localizado.

El archivo copiado es guardado en el computador de quien realiza la descarga, desde donde puede ser nuevamente descargado por otro usuario, y así se inicia de nuevo el proceso antes descrito. Por medio de Morpheus el proceso es prácticamente el mismo, aunque en algunas versiones del protocolo Gnutella no existen supernodos y, por tanto, los diferentes usuarios se comunican entre sí.

B. GENERACIONES DE LOS SISTEMAS P2P

- Primera generación: Napster.
- Segunda generación: Grokster, Morpheus, Kazaa, Gnutella.
- Tercera generación: eMule, eDonkey, iTunes, iMehs, BitTorrent.

C. LEGALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS SISTEMAS P2P

Las demandas son iniciadas por la MGM y muchas otras compañías de música y estudios de cine que coadyuvan la causa, y las acciones van encaminadas en contra de Grokster y Streamcast, antes conocido como MusicCity, desarrolladora del sistema conocido como Morpheus sobre una versión abierta de Gnutella. Estos sistemas, así como el de Kazaa, se basan en una tecnología denominada FastTrack, que, como ya quedó anotado, fue desarrollada por el sueco NIKLAS ZENNSTROM y el danés JANUS FRIIS. Como se recordará, estos dos emprendedores europeos desarrollaron también la herramienta para llamadas telefónicas sobre IP mejor conocida como Skype.

Un dato curioso es que dentro del grupo de estudios y compañías demandantes se encontraba Sony (Music), que años atrás protagonizó –pero en ese entonces como parte demandada– el famoso caso Sony Betamax, que sirve precisamente como antecedente jurisprudencial en los casos en contra tanto de Napster como de Grokster. Ello muestra cómo los extremos procesales pueden ser ocupados de manera diversa por compañías que en algunas ocasiones pueden afectar derechos y en otras ver afectados los propios.

D. SENTENCIA DE LA CORTE DE DISTRITO - A QUO

El caso en primera instancia fue decidido por el juez STEPHEN WILSON mediante sentencia del 30 de junio del año 2003. En su providencia el juez afirma que tanto en el caso de Napster como en los de Grokster y Streamcast existe violación directa de los derechos de autor por parte de los usuarios miembros de estas comunidades. En este caso, por supuesto el juez retoma el caso Sony Betamax y tiene como referencia mediata el caso Napster y otros más que ya se han mencionado.

Una de las particularidades del *software* de Grokster es que es licenciado y no se tiene acceso al código fuente para mejorarlo o modificarlo. No es un sistema centralizado como el de Napster, y por lo tanto Grokster no tiene control sobre los supernodos en ningún momento, pues cada usuario y suscriptor actúa como cliente y servidor en determinado momento.

Un punto que empieza a mostrar el norte que tomará el fallo del juez tiene que ver con que este concluye que en los casos de Grokster y Streamcast no existe contribución material (*contributory infrin.*) y que tampoco se configura la denominada responsabilidad por el hecho de un tercero (*vicarious liability*), pues el conocimiento que se exige sobre la infracción cometida por el infractor directo debe ser concreto y determinante, y no general e indeterminado. Es decir, el juez Wilson acoge en su integridad la teoría establecida en el caso Sony Betamax, donde se podía vislumbrar de manera general e indeterminada los usos lícitos e ilícitos que se le podían dar a la tecnología, y que llevó a la postre a su absolución.

El juez de la causa afirma que los suscriptores y usuarios del *software* distribuidos por Grokster y StreamCast son infractores directos al descargar y compartir archivos y contenidos multimedia protegidos por los derechos de autor, pues para ello deberían contar con la autorización de sus titulares. Sin embargo, el juez precisa que la sola distribución del *software* no es un hecho generador de responsabilidad contributiva ni vicaria, pues el uso posterior que hacen los usuarios no les permitía a sus distribuidores tener un conocimiento real de actos específicos de potenciales infracciones.

Solo existiría responsabilidad por parte de los demandados frente a las acciones desplegadas por quienes descargan contenidos si los demandados pudieran determinar y controlar el momento exacto en que se están cargando o descargando los archivos, y en caso de poderlo controlar, cosa que no sucede en este caso, por omisión activa o pasiva no lo hiciera.

Por lo tanto el juez concluye de manera tajante que los demandados no pueden supervisar la actividad de los usuarios; e incluso si aquellos desaparecieran o dejaran de operar, los usuarios podrían seguir realizando la actividad que vienen desplegando de intercambio de archivos de todo tipo, pues el *software* de intercambio ya se encuentra en su equipos y utilizando la red se conectarían entre ellos sin requerir ni siquiera la intervención de los demandados.

El juez Wilson absuelve a los demandados pues no encuentra mérito para que estos sean tenidos como responsables de las infracciones que comenten sus usuarios, es decir, declara la legalidad de esta clase de sistemas *peer to peer* (P2P).

E. SENTENCIA DEL AD QUEM

CORTE DE APELACIONES DEL NOVENO CIRCUITO

El Tribunal Federal de Apelaciones de San Francisco emitió su fallo el 19 de agosto de 2004 mediante el cual confirmó en su integridad la sentencia de la Corte de Distrito, eximiendo a los programadores y distribuidores de las redes P2P Grokster y Morpheus de toda responsabilidad por los intercambios de contenidos protegidos con los derechos de autor que realicen sus usuarios.

El Tribunal afirma que *el caso de las redes P2P es similar al de las fotocopiadoras y otros dispositivos que permiten realizar reproducciones, y que con ellas puede hacerse un uso legal o ilegal, pero la responsabilidad recae sobre sus usuarios, no sobre los fabricantes.*

También argumenta el Tribunal que las redes P2P no pueden cerrarse por la actividad que lleven a cabo sus usuarios, aunque *no entra a debatir sobre la legalidad o ilegalidad de la distribución de archivos en la red*; otros tribunales sí han determinado que los internautas infringen la ley cuando intercambian gratuitamente contenidos protegidos con los derechos de autor.

“El desarrollo de una nueva tecnología siempre es destructiva para los viejos mercados, particularmente para los propietarios de los derechos de autor cuyo trabajo se comercializa a través de sistemas de distribución afianzados.”

El Tribunal afirma que la salida a la piratería, buscada por los estudios de cine y música, llevaría a una revisión total de los estándares actuales de los de derechos de autor, circunstancia que, a su juicio, no les corresponde a ellos como jueces, sino al Congreso, para lo cual deberán estudiarse los elementos fácticos para elaborar y expedir una legislación adecuada.

La sentencia esboza y se fundamenta en varias premisas fundamentales tenidas en cuenta por el Tribunal para emitir su fallo.

La Corte de apelaciones es contundente cuando establece que para ser declarados responsables como infractores contributivos, los demandados deben haber tenido conocimiento de la infracción directa y haber contribuido materialmente a ella.

Para ello, reitera, es preciso que la distribución de un producto comercial capaz de ser destinado a usos no infractores en esencia no pueda dar lugar a responsabilidad contributiva por infracción a menos que el distribuidor tuviera conocimiento efectivo y directo de casos concretos de infracción y hubiera omitido actuar con base en ese conocimiento.

El *software* desarrollado por los demandados es destinado en muchos casos a usos lícitos y legítimos que muestran de manera evidente que Grokster y StreamCast no son responsables, por no tener conocimiento real de los usos ilícitos conferidos a aquel, lo cual se da por la estructura descentralizada de la arquitectura de su *software*. Se estableció que Grokster y StreamCast podían ser declarados responsables bajo la teoría de la infracción por el hecho de un tercero (*vicarious liability*) y su conclusión fue negativa por cuanto los demandados no monitoreaban o controlaban el uso del *software*, no tenían ni el derecho ni la capacidad de supervisar su uso y no tenían como tarea rastrear las posibles infracciones.

Con base en la decisión adoptada en esta instancia, La RIAA y la MGM anuncian que llevarán la causa hasta sus últimas consecuencias, *pues no se discutió la legalidad o ilegalidad de la distribución de archivos en la red.*

F. DIFERENCIA CON LA SENTENCIA DEL CASO NAPSTER

Napster contaba con un servidor centralizado que le permitía conocer los archivos que intercambiaban sus usuarios. *Por el contrario, las redes actuales son descentralizadas, lo que impide saber qué almacenan los internautas en sus computadoras.*

G. SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, DEL 27 DE JUNIO DE 2005

Se basa también en la sentencia del caso Sony Betamax de 1984, pero según la Suprema Corte, en el caso MGM vs. Grokster no es clara la presunción de legalidad que sí cobijó a Sony frente a las infracciones cometidas por los usuarios del VCR Betamax.

Este es un fallo que se toma por la Suprema Corte de manera unánime, es decir no hay disidencias o salvamentos de voto, y se profiere en consenso, aun cuando

con consideraciones diversas utilizadas por cada uno de los jueces, acogiendo en esencia la ponencia del juez DAVID SOUTER. El juez afirma en la providencia⁸:

Existen abundantes pruebas de que tanto Grokster como Stremcast distribuyeron su *software* gratuito con el *claro propósito* de alentar a sus usuarios a descargar e intercambiar archivos (*file sharing technology*) protegidos por *copyright* y que tomaron medidas *activas* para incitar las actividades ilegales.

Se establece la teoría de responsabilidad en materia de derecho de autor que cuantifica si los fabricantes crearon sus programas con la intención de *inducir* a los consumidores a infringir las normas de *copyright* [teoría de la inducción].

El juez David Souter afirmó de igual forma:

Si alguien distribuye y promueve un dispositivo con el objeto de infringir derechos de autor será responsable de los actos delictivos que cometan terceras personas al utilizarlo, sin importar los usos legales que el mismo dispositivo pueda tener" (*vicarious liability*).

Los desarrolladores de sistemas P2P pueden ser culpados por las actividades ilegales de sus usuarios, y además deben tomar un rol activo para impedir la distribución de material protegido con leyes de *copyright*.

H. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE Y HECHOS RELEVANTES

De las opiniones que por diferentes vías llegan a la misma conclusión de cada uno de los falladores, en especial de los jueces BREYER, STEVENS y O'CONNOR, que acompañaron al juez SOUTER, se tiene que la doctrina establecida en el caso Sony Betamax protege fuertemente la innovación y el avance tecnológico. La regla establecida busca restringir y evitar de manera deliberada que los tribunales puedan declarar responsabilidad solidaria de carácter secundario cuando una nueva tecnología entra a ser el punto central de cuestionamiento.

Es crucial resaltar, entonces, que la Suprema Corte ha mantenido la jurisprudencia imperante y ha reiterado el principio sentado en el caso Sony Betamax de 1984, cuando consideró que dicha compañía no era civilmente responsable por su posible contribución a las infracciones de derechos de propiedad intelectual llevadas cabo por terceros consumidores de aparatos VCR por ella fabricados.

Es decir que el caso Sony Betamax es y sigue siendo considerado el referente y puerto seguro (*safe harbor*) que excluye de responsabilidad y busca favorecer a todo

8. El texto completo del fallo, con todos sus anexos y documentos de soporte pueden ser revisados en [www.copyright.gov/docs/mgm/index.html].

aquel que lleve a cabo desarrollos tecnológicos, para no ser considerado infractor indirecto o contributivo si cumple con determinados procedimientos que sirven como eximentes de responsabilidad.

Se establece que la ley no impondrá responsabilidad por infracciones a los derechos de autor sobre los distribuidores de tecnologías de doble uso, es decir que puede ser usada para fines lícitos como para fines ilícitos; y que como tales no llevan a cabo de manera directa algún tipo de copia o uso no autorizado. En otras palabras no se debe asumir responsabilidad cuando la tecnología utilizada es utilizada normalmente para eventos que no son constitutivos de infracciones.

Por lo tanto, solo en el caso en que el producto sea utilizado de manera exclusiva y excluyente para infringir los derechos de autor, y se configure con claridad que los desarrolladores de tecnología *inducen o buscan inducir* activamente a terceros para que lleven a cabo la infracción, como ya lo hemos dicho, la Suprema Corte esboza la teoría de la “inducción”.

Una conclusión clara del caso Sony Betamax y que se reitera en esta ocasión es que las normas de propiedad intelectual, en especial las de derecho de autor aplicable en estos casos, no pretenden frenar o interferir con el desarrollo tecnológico, en especial con aquellos conductos y sistemas que buscan difundirlas. Se concluye que el precedente sentado en al década de los ochenta mediante el caso Sony Betamax no afecta desarrollos como el VCR y los reproductores de video, los magnetofones, las fotocopiadoras, los computadores y ordenadores, los dispositivos que permiten grabar CD, las grabadoras de video digital, los reproductores MP3, los buscadores de Internet y las herramientas que utilicen los sistemas de intercambio de archivos P2P.

Por lo tanto, pese a que la Corte Suprema mantiene incólume el principio establecido en el caso Sony Betamax, en este caso en particular dictado en contra de Grokster y Streamcast se ha encontrado abundante evidencia de carácter sumario, que muestra de manera evidente que los demandados *han inducido* activamente a otros a llevar a cabo las infracciones y que, por ello, las decisiones de primera y segunda instancia son erradas en la medida en que aplicaron la doctrina del caso Sony Betamax de manera indebida y equivocada.

La Suprema Corte retoma y respalda la afirmación de que Grokster y Streamcast buscaron arrojarse o tomar para sí todo el potencial mercado actual y futuro que sistemas como Napster habían logrado cautivar y de que buscaron por medios directos y conocidos superar los aspectos técnicos que habían servido de fundamento en la decisión en contra de Napster.

La doctrina de la inducción activa nace en el mundo de la propiedad industrial, básicamente en las infracciones sobre nuevas creaciones-patentes, cuando mediante la publicidad o por cualquier otro medio se busca promover una infracción; pero fue aplicada en un caso que involucra las normas del *copyright* y logró hacer carrera gracias a las consideraciones de la Suprema Corte que ya han sido mencionadas.

I. CRÍTICAS AL FALLO DE LA SUPREMA CORTE

Este fallo de la Suprema Corte estadounidense estuvo precedido y rodeado de toda clase de presiones de cada una de las partes en contienda, así como de todos los terceros interesados de manera directa o indirecta. De manera que la decisión adoptada por la Suprema Corte fue bastante ponderada por un sector y totalmente criticada por otro. Entre las críticas más serias y fundadas que se pueden citar está la presentada por la Electronic Frontier Foundation (EFF), que cuestiona el fallo emitido, de manera principal la teoría de la inducción en materia de infracción al derecho de autor, pues ello traerá consigo una serie de demandas por parte de la industria del entretenimiento en contra de las compañías de tecnología, las cuales a la postre irán en contra y podrán detener el desarrollo tecnológico futuro. En palabras de la EFF, “El fallo proferido en este caso se constituye en un veto a la innovación tecnológica y atenta contra ella”⁹.

IV. LAS TIENDAS DE MÚSICA LEGALES: EL PROYECTO PRO-MUSIC

En el sitio www.pro-music.org se puede tener una lista completa de las tiendas *on-line* y los sistemas virtuales legales de descarga y de venta de música, los cuales están discriminados por áreas geográficas¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

LIPSZYC, DELIA. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos, coeditado por Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2004.

OTÁLORA MUÑOZ, LINA MARÍA. *Ciberpiratería de obras musicales y fonogramas a través de los sistemas peer to peer (P2P)* (tesis de grado), Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005.

9. El texto completo de las observaciones y reparos presentados por la EFF se puede ver en [www.w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/].

10. Así por ejemplo:

– Si se desea tener una lista completa de las tiendas *on-line* legales que operan en Estados Unidos y Canadá, se puede acceder al siguiente URL: [www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-us.php].

– Si se desea tener una lista completa de las tiendas *on-line* legales que operan en Latinoamérica, se encuentran tiendas de Argentina, Brasil, Chile y México, que se pueden ver en [www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-latam.php].

– Si se desea tener una lista completa de las tiendas *on-line* legales que operan en Europa, se encuentran tiendas de la gran mayoría de países de Europa central, occidental y oriental, y se pueden ver en [www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-Europe.php].

– Si se desea tener una lista completa de las tiendas *on-line* legales que operan en Asia, se encuentran tiendas de Japón, China, Korea, Taiwán, Singapur, Malasia, Filipinas, India, Tailandia y otros, y se pueden ver en [www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-asia.php].

– Si se desea tener una lista completa de las tiendas *on-line* legales que operan en Australia, Nueva Zelanda y Oceanía, se pueden ver en [www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-Australasia.php].

SÁNCHEZ IREGUI, FELIPE. “Sistemas *peer to peer* para el intercambio de música en Internet: de la ilegalidad de Napster a la legalidad de Kazaa, Grokster, Gnutella y Streamcast”, [www.ewnesslaw.com], 2003.

LEGISLACIÓN

Copyright Act de 1976.

Audio Home Recording Act de 1992 copyright act of 1976, as amended Chapter 10. Digital audio recording devices and media .

Digital Millennium Copyright Act de 1998 - USA.

Directiva Europea n.º 31/2000 sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información (comercio electrónico).

Directiva Europea n.º 29/2001, armonización de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (comercio electrónico).

Directiva Europea n.º 46/1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de datos.

Directiva Europea n.º 66/1997 sobre tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de telecomunicaciones.

Directiva Europea n.º 07/1997 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Directiva Europea n.º 93/1999 Marco Comunitario para la firma electrónica.

Proyecto de Ley 035 de 2001, Colombia.

Capítulo XVI del texto del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos de América.

PROVIDENCIAS

Sentencia del caso Sony Betamax.

Sentencia del caso Napster.

Sentencia de primera instancia en el caso Grokster y Streamcast.

Sentencia de segunda instancia en el caso Grokster y Streamcast.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el Caso Grokster y Streamcast.