

DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA DEL AUTOR EN INTERNET: INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DIGITALES A TRAVÉS DE LAS REDES P2P.

Alfredo Cuadros Añazco

RESUMEN:

El internet es una herramienta muy utilizada por todos en la actualidad, en donde existe un constante intercambio de información de quienes navegamos por el ciberespacio. Por este motivo toda la información y obras creadas por sus autores deben de ser reguladas y protegidas.

El autor, a través de un lenguaje vinculado a la tecnología actual, establece la problemática que existe con respecto a los derechos del autor y la protección de información dispuestos en la Constitución y en la Ley de Propiedad Intelectual.

PALABRAS CLAVES:

Reproducción.- Ciberespacio.- Comunicación pública.- Obra.- Peer to peer (P2P).- Derechos de autor.- Información.-

SUMARIO:

I.- Consideraciones generales.- II.- Concepciones generales sobre las redes P2P.- III.- El problema con los derechos de autor.-

I. Consideraciones generales.-

Varias personas consideran el ciberespacio como una especie de 'tierra de nadie', una sub-realidad dentro de la realidad en la cual no

existen las limitaciones y apremios del diario vivir, como el cumplir horarios, leyes, etiquetas sociales, etc. Precisamente es en el mundo del Internet en donde los distintos usuarios se sienten libres para crear e intercambiar todo tipo de información, aprovechando la posibilidad de contactarse con un sinnúmero de internautas al mismo momento. Esta facilidad en intercambiar y compartir información ha creado varios entredichos con el mundo jurídico en general, y con el derecho de autor en particular, cuando se comparten archivos de contenidos protegidos por el régimen de propiedad intelectual, lo cual ha desatado discusiones en las que se invocan todo tipo de fundamentos y motivos para hacer prevalecer una determinada posición. En efecto, el Internet ha removido las estructuras tradicionales de los conceptos de los derechos de propiedad intelectual, hasta la indiferenciación¹, por el simple motivo de que por las nuevas tecnologías de información y comunicación el acceso a las obras protegidas está a un simple 'click' de distancia².

A pesar de que no es materia principal del presente artículo tratar respecto de las facultades o derechos morales y patrimoniales que asisten a todo autor por la sola creación de una obra original, se considera oportuno para el tema que se ventila hacer un breve detenimiento en los derechos de reproducción y comunicación pública, establecidos en los artículos 21 y 22 de la Ley de Propiedad Intelectual. La reproducción es definida en la indicada ley como a fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella. La definición legal de reproducción es acertada, sobre todo porque deja la puerta abierta para la fijación de las obras en futuros soportes de momento impensables, pero que de seguro existirán luego de no muchos años. Esta amplia concepción abarca también el ámbito digital, lo cual es oportuno, puesto que para la visualización o utilización de cualquier software o aplicación en un computador

¹ AGUSTÍN GRIJALVA. Temas de Propiedad Intelectual. Corporación Editora Nacional. Pág. 67.

² Vale destacar que en el presente ensayo se utilizarán términos como 'obras protegidas', 'contenidos protegidos', 'prestaciones protegidas', para referirse a las creaciones originales que están sujetas a derechos de autor, entre las cuales se pueden encontrar canciones, videos, películas, caricaturas, etc.

personal, previamente se necesita que este se reproduzca en la memoria volátil del computador (memoria R.A.M.), configurándose de esta forma una fijación conforme a lo que establece la Ley de Propiedad Intelectual. Continuando en el campo digital del ciberespacio, se advierte que para publicar cualquier página web se necesita como punto inicial, que sea 'subida' en un servidor (lo que se denomina *uploading*), lo cual también constituye una auténtica fijación, de manera que si la página web que se pretende colgar en el servidor contiene prestaciones protegidas (por poner un caso, el último video musical del grupo del momento) se debería obtener los permisos respectivos de los titulares de derechos de propiedad intelectual. El Internet funciona como un programa de ordenador, de manera que si se quiere visualizar una página web, esta debe reproducirse en la memoria de la computadora del usuario para que se pueda apreciar el resultado final. Existen otras prácticas en el ciberespacio que comprenden una variante sobre cómo se pueden acceder a las obras, nos referimos al *'streaming'* que consiste en disfrutar de una canción o video en Internet en la misma página web que se visita sin que exista la necesidad técnica de la descarga; y, el *'downloading'* que es lo que coloquialmente se conoce como 'bajar' o descargar, debiendo entonces la obra fijarse en la memoria del ordenador del usuario para acceder a ella, recalando que en ambas prácticas se produce una efectiva reproducción conforme a lo que determina la norma legal anotada.

A grandes rasgos la comunicación pública es hacer llegar la obra a un indeterminado número de personas –público-, sin que previamente se distribuyan ejemplares físicos de la misma. La Ley de Propiedad Intelectual al referirse a este derecho parte de un precepto general, para luego proporcionar a manera de ejemplo varios casos que son considerados como actos de comunicación y finalmente señalar que será pública toda difusión de la obra que *'exceda del ámbito doméstico'*, por lo que como tradicionales ejemplos de actos de comunicación pública se han citado siempre la representación de obras teatrales, la proyección de una obra audiovisual en el cine, etc.. No obstante de esta definición, el vertiginoso avance de las medidas tecnológicas ha originado la creación de una nueva modalidad de comunicación pública para el ámbito digital en el ciberespacio, esto es, la denominada puesta a disposición. Esta modalidad implica que la obra se encuentre a disposición de cualquier persona para que se pueda tener acceso a la misma desde cualquier lugar y en cualquier momento, lo que indiscutiblemente excede el ámbito domés-

tico, tal como sucede en Internet al darse el caso de que en una página personal como lo es un blog, se ‘cuelgue’ un video musical, para que todos los visitantes del blog puedan disfrutar del video cuantas veces quieran y desde el lugar que lo deseen. Es evidente que la necesidad de una distinción especial para esta modalidad de comunicación pública en el entorno digital surge por la gran cantidad de prestaciones protegidas por derecho de autor que se encuentran disponibles en la red, que reclamaba una actualización acorde con los tiempos actuales³. Cabe destacar que el acto de comunicación pública/puesta a disposición se perfecciona con la mera factibilidad o el simple ofrecimiento de la comunicación; en otras palabras, la circunstancia de que el público haya accedido o no efectivamente a disfrutar de la obra no constituye un requisito indispensable para que se configure el acto, de manera que – volviendo al ejemplo del video musical ‘subido’ en el blog personal-, basta con que se haya ‘subido’ este video para que se configure la puesta a disposición, sin importar si el video ha sido reproducido o no por los navegantes de la red⁴.

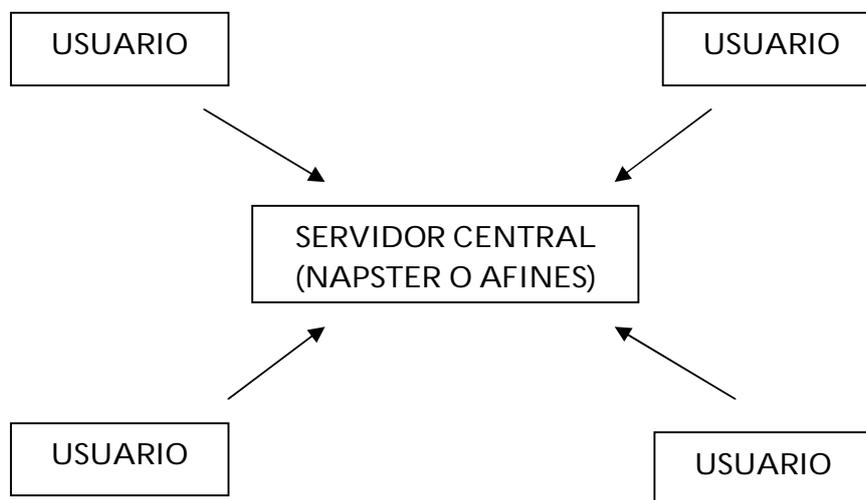
³ El tratadista José Carlos Erdozain en su obra ‘Derechos de Autor y propiedad intelectual en Internet’ refiere sobre el derecho de comunicación al público y la modalidad de puesta a disposición: *‘El nexo común entre ambos se refiere, básicamente, al concepto de público y a la posibilidad de acceso como resorte suficiente y necesario para que entre en juego el derecho analizado. El rasgo de distintividad entre uno y otro vendría dado más bien por la ruptura con el modelo o estructura tradicional de comunicación pública en el que existía una intermediación espacio-temporal entre el organizador del acto y el público al que se dirigía. En la estructura actual del derecho de puesta a disposición esa intermediación desaparece, y la mediación espacio-temporal, definida a voluntad de cada uno de los integrantes del público al que la obra o prestación se dirige, se convierte en elemento esencial’* (sic). Conforme se aprecia, el citado tratadista indica la diferencia entre la manera de percibir una obra comunicada por la vía ‘tradicional’ por llamarlo de alguna manera, y las que ahora nos proporciona las nuevas tecnologías de información y comunicación.

⁴ El primer instrumento internacional en el que se trató el tema de los derechos de autor en Internet y en especial la facultad de puesta a disposición del público, es el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (conocido como el TODA), el cual en su artículo 8 dispone: *“Derecho de comunicación al público.- Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11 bis.1) i) y ii), 11 ter.1) ii), 14.1) ii) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”* (sic). En la redacción del artículo se tenía en mente el concepto de la interactividad de los usuarios en el ciberespacio.

II. Concepciones generales sobre las redes P2P.-

En realidad la denominación 'P2P' es una abreviación para la frase '*peer to peer*', que en castellano equivaldría a la expresión 'de igual a igual' o de 'par a par'. Las redes 'P2P' constituyen una tecnología que permite que usuarios del ciberespacio puedan conectarse entre sí, convirtiendo entonces al mismo tiempo a los usuarios en potenciales emisores y receptores de información.

El antecesor de los programas 'P2P' fue sin lugar a dudas el portal Napster –que tuvo varios portales afines-, a los cuales se los considera como los intercambiadores de primera generación. La figura con esta primera versión de programas 'P2P' era centralizada; en efecto, estos proveedores ofrecían en su página web un servidor central, el cual contaba con una especie de gran base de datos en la que se almacenaba un sinnúmero de canciones que eran proporcionadas por los mismos caber-nautas, las que se encontraban a disposición de cualquier otro usuario. La configuración gráfica de este tipo de intercambios sería la siguiente:



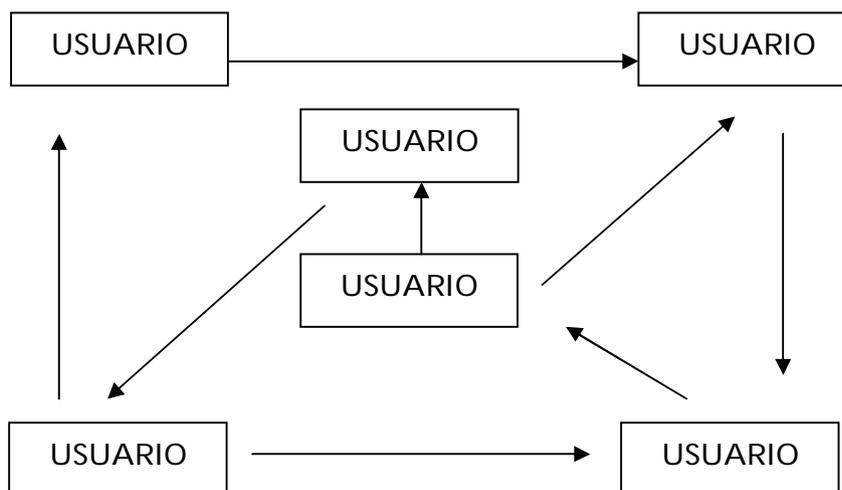
Como se observa en la gráfica, en este modelo de intercambiadores de archivos el usuario se conectaba directamente al servidor central para

acceder a los contenidos que deseaba utilizar, de manera que el servidor era el vínculo obligado para poder llegar hasta la información requerida.

Tal cual se lo ha indicado, el más famoso de este tipo de proveedores de contenido fue el Napster, el cual luego de una disputa legal fue cerrado por mandato judicial al considerar que a través del portal se infringían derechos de autor⁵.

La segunda versión de este modelo recayó en las plataformas de P2P propiamente dichas, como el caso de *KaZaA* y similares. La principal diferencia de esta plataforma es la ausencia de un servidor central, de manera que los usuarios comparten directamente sus archivos con otros – de allí su designación como plataformas *peer to peer*-. El P2P es en realidad un software que permite que los usuarios descarguen e instalen en su ordenador varios archivos extraídos de la web. Este programa P2P es descargado por el interesado, al cual se le concede una licencia de uso, (en cuyas condiciones generalmente se hace conocer que se debe intercambiar únicamente archivos que no estén protegidos por derecho de autor) lo que no deja de ser irónico y hasta paradójico teniendo siempre en mente el empleo mayoritario que se le da a estas tecnologías, que es la descarga no autorizada de música. Una vez instalado el software en el computador, el usuario está técnica y digitalmente facultado para iniciar la búsqueda de cualquier tipo de archivo disponible que otros hayan puesto a disposición en sus respectivas carpetas de sus propios ordenadores. La novedad respecto a su antecesor, es que en estas plataformas los usuarios tienen una carpeta (virtual) compartida en la cual se ‘depositan’ estos contenidos, para que otros internautas puedan descargarlos de esta carpeta, de manera que son los propios usuarios directamente quienes descargan los archivos del computador de otros miembros de la comunidad virtual que han decidido compartirlos. La representación gráfica de este tipo de redes es la siguiente:

⁵ Para mayor información del caso Napster visitar: <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>



No se descarta que las redes P2P sigan evolucionando. Sin ir más lejos en la actualidad se habla ya de otro software denominado OMEMO⁶, el cual se anuncia como el siguiente paso inevitable de este tipo de redes.

III. El problema con los derechos de autor.-

Si bien es cierto las redes P2P en su esencia no son ilícitas –en ellas se puede intercambiar cualquier tipo de información que no esté protegida por derechos de autor, como fotos personales, obras que estén ya en dominio público, etc.-, es indiscutible que sus promotores tienen pleno conocimiento que a través del uso de las mismas, los distintos usuarios pueden descargar creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual en sus computadores y además, ofrecer a terceros estas obras o prestaciones protegidas; es más, basta con ingresar en Google y buscar cualquier película de estreno y se obtendrá como resultado cientos de direcciones en las cuales es factible realizar la descarga de las mismas. En concordancia con lo expuesto, la puesta a disposición del público de las obras por parte de los usuarios se perfecciona desde el mismo momento

⁶ Se puede consultar la web de esta nueva manera de intercambiar archivos: <http://www.omemo.com/>

en que este coloca archivos en la carpeta compartida para que otros navegantes de la red puedan descargar su contenido, independientemente de que exista alguna completa descarga desde esta carpeta por parte de terceras personas.

La descarga de obras protegidas a través de estas redes P2P constituye una infracción al derecho de reproducción, lo que ha motivado que en otros países se hayan iniciado acciones contra usuarios que han descargado un número inusitado de canciones⁷. Por su parte, el colocar los archivos que contienen las prestaciones protegidas en la carpeta compartida, comprende una infracción a la modalidad de puesta a disposición del público. De esta forma, tenemos que el acto de colocar obras protegidas en Internet, sea del usuario que fuere –radios, televisión, personas comunes y corrientes- implica la intervención de estos dos derechos patrimoniales de autor, situación que varía en el mundo analógico (si una estación de radio emite música, emplea únicamente la facultad de comunicación pública, en cambio, si esta misma estación emite la misma música por Internet, debe además tener autorización para la reproducción, porque se debe realizar la fijación en el servidor en el que se cuelga la página web). Es válido también precisar que para descargar cualquier archivo, éste primero realiza un viaje por el ciberespacio, en el cual se van realizando otras copias del archivo, que tienen el carácter de temporales o intermedias, las cuales no todas tienen relevancia, puesto que de acuerdo a la definición legal de reproducción, la que cuenta es aquella que permite un disfrute o apreciación de la obra.

Es oportuno mencionar que la descarga de las obras protegidas por parte de los usuarios a sus propios computadores no se encuadra en la limitación de la copia privada, como a veces se pretende justificar, por lo que conviene recordar los lineamientos de la copia privada tal cual están determinados en nuestra Ley de Propiedad Intelectual⁸:

- Debe ser una copia doméstica de fonogramas o videogramas, o la reproducción repográfica de obras literarias;

⁷ Para mayores referencias visitar: <http://www.el-universal.com.mx/articulos/35428.html>

⁸ Para ahondar un poco más en el tema de la copia privada visitar el artículo del autor publicado en la página de la AEXPI-UCSG, dirección: http://aexpi-ucsg.com/articulos_lacopiaprivada.html

DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA DEL AUTOR..

- La copia o la reproducción debe ser en un solo ejemplar;
- Debe ser realizada por el adquirente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita;
- No puede tener fines lucrativos;
- La copia debe ser para un fin personal.
- Debe ser obtenida por una persona natural; y,
- No podrá ser empleada la copia en un modo que sea contrario a los usos honrados.

Como se aprecia, para que la copia sea considerada como privada –y por ende, permitida por nuestro ordenamiento- se requiere que el copista debe ser el propietario legítimo del ejemplar autorizado de la obra respectiva, es decir, no cabe copia privada lícita de una prestación protegida que haya sido adquirida fuera del mercado legal, lo que excluye automáticamente la descarga de archivos que provienen de distintos usuarios; y además, el destinatario del ejemplar reproducido debe ser el propio adquirente legítimo –propietario y destinatario de la copia deben ser la misma persona-, de manera que esta reproducción de tipo privado no puede tener como beneficiarios a terceras personas, por mucho que estén dentro de la esfera íntima del propietario, con lo que se ratifica que la descarga de archivos a través de estas redes no puede constituir jurídicamente un caso de copia privada, porque es claro que excede de este ámbito. Súmese a esto, que la copia privada no puede recaer sobre archivos digitales, sino únicamente sobre obras literarias, fonogramas o videogramas.

No se puede dejar a un lado la responsabilidad de los propietarios de las redes P2P, quienes siempre han argumentado que los servicios que ofrecen no son intrínsecamente violatorios de los derechos de propiedad intelectual, y que no están en la posición de controlar a todos los usuarios para determinar si estos comparten información protegida por derechos de autor. En derecho comparado, Estados Unidos puso un hito con la sentencia ‘Grokster’, en el cual se responsabilizó al prestador del servicio por entenderse que lo que hacía era proporcionar los medios necesarios para la consumación de la infracción. Existen muchos defensores de estas redes P2P, quienes argumentan que las normas de derecho de autor constituyen una suerte de confiscación o expropiación de los conocimientos e información; que debe existir una verdadera democratización de la información, la cultura y el conocimiento; que las obras pertenecen

a toda la humanidad; que el libre intercambio de archivos ayuda a hacer conocidos a los autores que no tienen la posibilidad económica de llegar al público a través de los canales acostumbrados; sin detenerse a pensar que la propiedad intelectual piensa en el acceso al conocimiento y el desarrollo de la cultura, y es por esto que en ninguna legislación de la materia se prescribe una apropiación de las ideas contenidas en una obra –si se escribe una obra respecto del impacto ambiental, no quiere decir de ninguna manera que nadie más pueda tratar sobre el tema en otro texto escrito-; que hay portales de descarga legal de música; y que además pasado cierto tiempo todas las obras entran a lo que se denomina el dominio público, en el que la obra estará a libre disposición y uso del conglomerado social, respetando siempre la paternidad e integridad de la creación; y nunca hay que perder de vista que si los autores en general se sienten respaldados por un sistema eficaz de protección de sus obras, indefectiblemente estarán motivados para seguir contribuyendo al acervo cultural y social con su torrente creativo.

De todo lo expuesto en este breve ensayo se extrae que la idea final es precisamente que el Derecho deberá adaptarse y evolucionar para ir a la par con los cambios de la tecnología digital; por su parte, la industria también debe procurar hallar la manera de tomarle el pulso a los tiempos actuales, y seremos principalmente nosotros, los estudiosos de la materia, los llamados a sugerir y buscar nuevos mecanismos de protección a favor de los autores y todos los sujetos que intervienen en la creación de la obra y su difusión, sin que estos mecanismos aplaquen el acceso a la cultura y al conocimiento.