

EL IMPACTO DE LA MUSICA DIGITAL EN EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

JOSÉ RAFAEL FARIÑAS DIAZ*

RESUMEN

La música tradicional ha tenido durante largo tiempo un rol preponderante en la economía mundial. Los diferentes actores que conforman su cadena de valor, desde la fase de creación hasta la de comunicación de obras, prestaciones y producciones, han convivido con esquemas tradicionales de comercialización. Sin embargo, esa realidad ha cambiado con la irrupción de nuevas plataformas de servicios en línea que masifican el acceso a los contenidos y facilitan el uso no autorizado de ellos. Ante esa situación, los titulares de derechos claman por un equilibrio en los sistemas económicos de participación y leyes que se adecúen a las nuevas formas de distribución y consumo de contenidos creativos.

PALABRAS CLAVE: Música, Copyright, Digital Millennium Copyright Act, Cultura, ISP, Responsabilidad en Internet.

ABSTRACT

Abogado egresado de la Universidad Santa María en Caracas, Venezuela. Especialista en Propiedad Intelectual, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Se desempeña como profesor de derecho de autor en el postgrado en propiedad intelectual de la Universidad de los Andes, Mérida. También es Director General de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN) y Vicepresidente del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). E-mail: rfa-rinas@sacven.org. Web personal www.ipclick.com.ve.

Traditional music has long had a leading role in the global economy. The different actors that make up the value chain, from the development phase to the communication of works, performances and productions, have coexisted with traditional marketing schemes. However, that reality has changed with the emergence of new platforms for online services massify access to content and facilitate unauthorized use of them. In response, rights holders call for a balance in the economic systems of participation and laws that are appropriate to the new forms of distribution and consumption of creative content.

KEYWORDS: Music, Copyright, Digital Millennium Copyright Act, Culture, ISP, Responsibility on Internet.

1. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA MÚSICA EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

“La desmaterialización característica de muchas nuevas fuentes de crecimiento económico y la mayor distribución de bienes simbólicos en el comercio mundial (filmes, programas de televisión, música, turismo, etc) han dado a la esfera cultural un protagonismo mayor que en cualquier otro momento de la historia de la modernidad”

Yúdice, George (2002)

Este trabajo surge de nuestra visión particular de que la música juega un rol fundamental en las industrias culturales y creativas, pero no obstante cada vez se hace más palpable la distorsión en la participación económica de algunos de sus actores en la cadena valor.

Por supuesto no se trata de hacer una revisión exhaustiva del estado del arte en la música, pero sí destacar ciertos elementos que ponen en el tapete el rol que juegan hoy los actores del ecosistema de la música digital. ¿Qué rol juega

la música como parte de las industrias culturales y creativas? ¿Cuál es su aporte al Producto Interno Bruto de los países? ¿Cómo ha impactado la música digital a los principales actores de la cadena de valor¹, especialmente a los autores y artistas? ¿Qué tan efectivos son los medios, especialmente legales, de que disponen hoy los titulares de derecho de autor y derechos conexos para garantizar su ejercicio eficaz en el ámbito digital? Pues bien, estas interrogantes constituyen una especie de hoja de ruta que nos conducirán a lo largo de este trabajo.

Basta citar las palabras de Irina Bokova, directora general de la UNESCO en el prólogo al estudio² publicado en el 2015 por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) sobre industrias culturales y creativas, para entender la dimensión económica de la cultura en la economía de los países:

“Generando un capital de 2,25 billones de USD y casi 30 millones de empleos en todo el mundo, las industrias culturales y creativas constituyen unos importantes motores para economías tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. De hecho, están los sectores que crecen con mayor rapidez a nivel mundial”.

El citado estudio de CISAC abarcó once sectores en cinco regiones mundiales. Los sectores fueron: Televisión, Artes visuales, Prensa, Publicidad, Arquitectura, Libros, Artes escénicas, Juego, Cine, Música, y Radio y las estimaciones

¹ V.: En un estudio realizado en México por encargo de la Sociedad de Autores y Compositores de México (SACM) y el Consejo Nacional para Cultura y las Artes (CONACULTA), la cadena de valor de la industria de la música se describe como un proceso complejo en cuatro fases: fase creativa, fase de inversión, fase producción y fase de comunicación pública. Cfr. PIEDRAS FERÍA, Ernesto: *¿Cuánto vale la Cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*. SACM/CONACULTA, México, 2004. pp.88-101.

² V.: Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC): *Tiempos de Cultura. El primer mapa mundial de las industrias culturales y creativas (diciembre 2015)*, disponible en <http://bit.ly/295Du5X>. Consultado el 06 de junio de 2016.

del informe se basaron en estadísticas nacionales, estudios de mercado, estudios de la industrias culturales y creativas (ICC), informes de la industria y entrevistas con interesados y expertos.

En el caso de la música, los ingresos durante el 2013 fueron estimados en el estudio en 65.000 millones de dólares, por debajo de sectores como la televisión, la publicidad o el cine por ejemplo, pero con una generación de 3.979.000 empleos, por encima de sectores como la televisión, la radio y el cine.

Por supuesto, también se hace referencia a las ventas digitales de productos y servicios culturales en los once sectores estudiados, destacándose que alcanzaron los 66.000 millones de dólares en el 2013, siendo los sectores con mayores ventas en ese orden los juegos en línea y en dispositivos, cine digital, música y libros.

2. LA PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS TITULARES DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA MÚSICA DIGITAL: ¿UN SISTEMA INJUSTO?

2.1. Las cifras de ventas en el mercado actual de la música

A propósito del anuncio público de más de 400 artistas³, productores, compositores y editores de música que reclaman una reforma a la Digital Millennium Copyright Act para fortalecer la economía de la música y crear un ecosistema más saludable y estable para la nueva generación de artistas, músicos y compositores nos hemos vuelto a preguntar hoy lo que desde hace un tiempo nos

³ V.: *400 Artists, Songwriters, Managers, and Music Organizations Call For Reforms of Broken DMCA*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1SpG0Dd>. Consultada el 12 de junio de 2016.

viene inquietando: ¿es realmente justo el sistema actual de distribución de la música digital para los autores?

Esa interrogante nos la formulamos porque lo que si damos por cierto es que gracias a este sistema la creación, difusión, comercialización y consumo de obras musicales se ha incrementado a niveles impensables hace apenas una década. Sin embargo, pareciera, por algunas consideraciones que aquí hacemos, que ese boom no ha alcanzado a los autores y otros titulares de derechos sobre las obras, por lo menos no en la misma medida que ha beneficiado a los demás actores del ecosistema, entre ellos a los usuarios.

El proceso de venta de la música digital ha tenido sus etapas. Al comienzo, hubo rechazo por parte de las productoras fonográficas tradicionales de música majors⁴ al sistema digital. Preferían seguir apostando por la venta de soportes tradicionales (CDs y DVDs por ejemplo), mientras que el mercado pedía a gritos un giro a la distribución de música vía los canales y plataformas digitales. El argumento de los primeros fue que el mercado consumía aún a gran escala los soportes tradicionales, mientras que los usuarios alegaban que la entrada de la industria tradicional a la venta de música digital implicaría precios más bajos, mayor y más variada oferta de productos y mayor control en manos de los usuarios sobre lo que realmente deseaban comprar, por ejemplo.

Más tarde vino la etapa de la aceptación y competencia en el mercado digital por parte de las majors y productores independientes, y así llegamos hasta hoy,

⁴ V.: Suelen llamarse así a las cuatro productoras discográficas Universal Music Group, Sony Music Entertainment, EMI Music y Warner Music Group, las cuales representan más del setenta por ciento del mercado de la música a nivel global. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/28XXczq>. Consultada el 14 de junio de 2016.

donde según las estadísticas que se pueden leer en el informe sobre la música digital de la IFPI 2016⁵, las ventas digitales contribuyeron con un 45% de los ingresos totales, superando por primera vez a las ventas físicas que alcanzaron un 39%.

El reporte global de la música de IFPI 2016, destaca que los ingresos digitales crecieron en un 10.2% alcanzando la suma de US\$ 6.7 billones, de los cuales 45.2% corresponde a la modalidad de streaming, más que la modalidades de descarga y venta de formatos físicos.

Por su parte, en una nota de la RIAA⁶, la asociación americana de la industria discográfica, se lee que los servicios de streaming, que incluyen suscripción a plataformas como Spotify, Tidal y Apple Music, entre otros, streaming radio (Pandora, SiriusXM, etc.), y otros servicios de streaming soportados por publicidad, tales como Youtube, o Vevo, representan ya el 34,3% de los ingresos totales, superando por primera vez en el 2015 a los servicios de descarga que alcanzaron 34%. En cifras, el servicio de streaming total generó en EEUU ingresos durante el 2015 por la cantidad de 2 mil cuatrocientos millones de dólares.

No hay dudas acerca del crecimiento de esta modalidad de consumo de música digital, que supera ya el modelo de descargas. Como se lee en el informe RIAA, los porcentajes de crecimiento desde 2010 al 2015 son: 7%, 9%, 15%, 21%, 27% y 34%, respectivamente⁷.

⁵ V.: *IFPI Global Music Report 2016*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1S9nRYG>. Consultada el 10 de junio de 2016.

⁶ V.: *News and Notes on 2015 RIAA Shipment and Revenue Statistics*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/25mEtDp>. Consultada el 8 de junio de 2016.

⁷ V.: *Ibíd.*

Por su parte, América Latina fue por quinto año consecutivo, la región con el más alto nivel de desarrollo en ingresos por música grabada. Los ingresos digitales alcanzaron el 44.5% más de cuatro veces el average mundial, destacándose el streaming como la modalidad de consumo cuyos ingresos crecieron en un 80.4%. Como sostiene Carles Martínez, refiriéndose al citado reporte IFPI, una tendencia marcada a nivel mundial es que los ingresos del streaming superen a las descargas. En el caso concreto de Latinoamérica, los países que ya lo han superado son: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay⁸.

2.2. Los ingresos mundiales por derecho de autor y la ventanilla única digital en América Latina

Además de las ventas digitales y de soportes físicos, a cuyos datos económicos nos hemos referido en el apartado anterior, también es relevante a los efectos de este estudio, destacar dos aspectos adicionales que nos permitirá tener un panorama más amplio acerca de la participación de los autores y demás titulares de derechos en el mercado de la música: i) los ingresos mundiales por derecho de autor y ii) las iniciativas que se están llevando a cabo en América Latina para la gestión de los derechos por ventas digitales de música.

2.2.1. Los ingresos mundiales por derecho de autor

⁸ V.: MARTINEZ, Carles: *Latinoamérica fue por 5o año consecutivo la región que más creció en ingresos por música grabada*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/28YfcKI>. Consultada el 8 de junio de 2016.

Respecto a este primer aspecto nos remitiremos al sistema internacional de gestión colectiva de derecho de autor, representado por la CISAC⁹ y sus sociedades miembros. La CISAC es la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, con sede en París, y representa a 230 sociedades de autores en 120 países.

Según el informe CISAC 2015¹⁰, los ingresos totales por derecho de autor alcanzaron en el 2014 a la suma de 7.935 millones de euros, de los cuales 61,3% proceden de Europa, 16,7% Canadá-EE.UU, 14,6% Asia-Pacífico, 6,7% América Latina, y 0,7% África.

Otro dato importante de este informe es que haciendo un análisis por tipo de repertorio¹¹, en la música se generaron 6.909 millones de euros, de los cuales 6.240 millones corresponden a derechos de ejecución a propósito de uso de obras a través de actividades como por ejemplo presentaciones en vivo, emisiones de radiodifusión y de transmisión por cable, comunicación pública en establecimientos comerciales, servicios de streaming, etc. y 1.243 millones por derechos de reproducción, es decir, ingresos derivados de la venta de soportes físicos y descargas digitales. La proporción entre ambas categorías de derechos es

⁹ V.: Para más información acerca de CISAC, su naturaleza, objetivos y sociedades miembros, ir al sitio Web <http://bit.ly/28SMnNo>. Consultada el 30 de mayo de 2016.

¹⁰ V.: CISAC publishes new Global Collections Report. Información disponible en el sitio web

¹¹ V.: En sentido general, el repertorio a que hace referencia el informe se refiere al total de las obras que conforman el sector de la música, audiovisual, dramático, literario y artes visuales. En el caso específico de la música abarca todas las obras administradas por las 230 entidades de gestión colectiva ubicadas mundialmente en cinco regiones. Además, como sostiene Antonio Delgado en otro contexto, cada una de las obras, por término medio, tiene además un compositor, un letrista (autor) y un editor musical. Tratándose de autores extranjeros, a los tres titulares citados hay que añadir normalmente un subeditor local. Cfr. DELGADO, Antonio: *De las Entidades de Gestión de los Derechos Reconocidos en la Ley*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. p.894.

de 78,6% derechos de ejecución y 15,7% derechos de reproducción. Ello significa que el sector de la música aporta el 94,3% de los ingresos mundiales por derecho de autor.

2.2.2. Ventanilla Conjunta de Administración para Usos Digitales (VCD) en América Latina

Tradicionalmente, las entidades de gestión colectiva (EGC)¹² o sociedades de autores como se les conoce habitualmente, suelen emitir licencias de uso no exclusivas por el uso de su repertorio a través de las modalidades de utilización tradicional. Dichas licencias son por naturaleza territoriales y se otorgan no solamente a nombre del repertorio nacional sino también abarca las obras extranjeras administradas por entidades del resto de los países con las cuales se suscriben acuerdos de representación recíproca.

Sin embargo, dado el atributo de ubicuidad de las obras y simultaneidad de las utilidades, lo cual se hizo más complejo aún con el advenimiento de las redes digitales, hubo necesidad de pensar en nuevas modalidades de gestión, sobre todo para lograr mayor efectividad en el ejercicio de los derechos. Ello dio origen, por ejemplo en América Latina, a la ventanilla conjunta de administración para usos digitales (VCD) entre autores y editores.

¹² V.: Las EGC son organizaciones de intermediación en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos bajo el principio de autogestión, cuyo objeto es supervisar, licenciar, recaudar, distribuir y liquidar los derechos económicos a los titulares de las obras y prestaciones. Como lo señalamos en un trabajo anterior, hoy en día este tipo de organizaciones tiene una orientación eminentemente económica y agrupan en su seno no solo a autores y compositores, sino también a otras clases de titulares de derecho de autor como editores musicales y causahabientes del autor fallecido, por un lado, y de derechos conexos como artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, por el otro. Cfr. FARIÑAS, José Rafael: *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*, revista de propiedad intelectual del postgrado de la Universidad de los Andes, EPI ULA, Mérida, números 6 y 7, 2003, 2004. p. 256.

En febrero de 2013 se suscribió en Montevideo, Uruguay, el Acuerdo para la Administración Conjunta de Usos Online entre LATINAUTOR¹³ y los Editores. La primera representando a las sociedades de autores y compositores de Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Panamá, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Costa Rica y República Dominicana y los segundos a las empresas Sony/ATV Music Publishing, Emi Music Publishing, Warner Chappel Music, Universal Music Publishing y Peermusic.

Como reza el acuerdo, el objeto es llevar a cabo la cobranza de derechos derivados de las explotaciones realizadas por los licenciarios multi-territoriales de las obras musicales en usos digitales, destacándose por ejemplo entre los usos digitales susceptibles de licenciamiento aquellos referentes a la explotación de las obras musicales que se lleva a cabo mediante almacenamiento por primera vez en un servidor, puesta a disposición para i) descarga (download) y fijación, permanente o temporal, de obras musicales ya sea vía redes de internet o telefonía celular, ii) comunicación y/o ejecución pública de música sin descarga como explotación principal (p.e. streaming) y, iii) los denominados cloud locker/player services, servicio que permite a los usuarios finales almacenar, organizar, ejecutar y/o descargar desde un servidor central, archivos digitales de música, previamente adquiridos por el usuario final, incluyendo la funcionalidad conocida como “scan and match”.

¹³ V.: Es una organización privada creada por las sociedades de autores y compositores de América Latina para llevar a cabo procesos de negociación de contratos de licencias de repertorios musicales con grandes usuarios, especialmente para el uso de música a través de servicios en línea.

Al momento de escribir este artículo, se han suscrito licencias multiterritoriales para usos digitales en el marco de la VCD con grandes usuarios como iTunes, Google y Spotify.

2.3. Voces que reclaman por un sistema económico y jurídico más justo y eficaz

Ahora bien, en medio de esos números que muestran la venta de música digital como una iniciativa empresarial cada vez más exitosa ¿por qué entonces han surgido voces críticas dentro de la propia industria que cuestionan el sistema y piden un mejor trato?

Primero fue Taylor Swift¹⁴, luego David Lowery¹⁵, más tarde Melissa Ferrick¹⁶ y recientemente de nuevo Taylor Swift con Katy Perry, Billy Joel y otros¹⁷ esta vez contra Youtube por solo citar algunos casos en que se cuestiona el sistema económico de participación digital y reclaman por el cumplimiento de los derechos por parte de las plataformas y el pago de remuneraciones más justas, ello sumado a las voces unidas¹⁸ de cientos de artistas, compositores, autores, editores y productores musicales que reclaman así mismo en EEUU, por ejemplo, la reforma de la Digital Millennium Copyright Act para armonizarla con los nuevos usos digitales y que permita establecer un mayor equilibrio entre titulares de los

¹⁴ V.: Taylor Swift Follows Prince: The Artist Who Tamed the Corporate Giant. Información disponible en el sitio web <http://thebea.st/28WcDun>. Consultada el 24 de mayo de 2016.

¹⁵ V.: Spotify is being sued for \$150 million over unpaid royalties. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1Pv7wxQ>. Consultada el 24 de mayo de 2016.

¹⁶ V.: Spotify hit with second songwriter lawsuit in two weeks. Información disponible en el sitio web <http://lat.ms/28UXmY8>. Consultada el 25 de mayo de 2016.

¹⁷ V.: Taylor Swift and other big names join the music industry's campaign against YouTube. Información disponible en el sitio web <http://tcrn.ch/28JzMug>. Consultada el 26 de mayo de 2016.

¹⁸ V.: 400 Artists, Songwriters, Managers, and Music Organizations Call For Reforms of Broken DMCA. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1SpG0Dd>. Consultada el 26 de mayo de 2016.

derechos por una parte, y usuarios y plataformas, por la otra. Como dicen, han unido las voces de todos los protagonistas de la cadena de creación, interpretación, ejecución, producción y comercialización con el propósito de demandar de las autoridades el impulso de la economía de la música y crear un ecosistema más saludable y estable para la nueva generación de cantantes, compositores y músicos.

¿Y por qué sobre todo los artistas, autores y compositores cuestionan el sistema de la música digital? pues porque económicamente no le es rentable. Basta mirar los datos en la modalidad de streaming a través de plataformas de distribución como Google Play, Deezer, Spotify, Pandora, Tidal o Youtube para entender de qué se trata. Spotify, por ejemplo, sostiene¹⁹ que la participación en las ventas digitales es de 70% para los titulares de derechos y 30% para Spotify y haber pagado tres billones de dólares en royalties, de los cuales más de 300 millones fueron pagados solo en los tres primeros meses de 2015. Sin embargo, lo que no se dice es que ese setenta por ciento es el resultado neto previo al pago de los impuestos y que ha de ser distribuido entre las compañías discográficas titulares de los derechos sobre las producciones musicales utilizadas, distribuidores, los artistas cuyas interpretaciones se han fijado en tales producciones, los autores y compositores titulares de los derechos sobre las obras y finalmente los editores en razón de los contratos de edición suscritos con los autores. El pago depende de variables tales como: i) país en el cual se lleva a cabo la emisión, ii) el valor de la moneda en los diferentes países, iii) tarifas. Tomando

¹⁹ V.: How is Spotify contributing to the music business? Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1dOqXAU>. Consultada el 5 de junio de 2016.

en cuenta esas variables el pago promedio por cada emisión a los titulares de derechos es de \$0.006 a \$.0084.

En otro supuesto, servicios como Pandora han de pagar 17 centavos de dólar por cada 100 veces que ellos colocan una canción cuando emiten música a usuarios que no usan un sistema de suscripción sino gratuito basado en publicidad. La tarifa actual es de 14 centavos²⁰.

De lo anterior se deduce que el esquema de participación económica entre plataformas, productores, artistas, autores, compositores y editores no es justo. Y no lo es porque establece un desequilibrio entre los beneficios económicos de los intermediarios por una parte, y los que reciben los artistas, autores y compositores por el otro.

2.4. Factores que crean distorsión en el mercado de la música digital

Varios son los factores que contribuyen al desequilibrio entre los beneficios económicos de los intermediarios por una parte y los autores y artistas por el otro. Entre esos factores se encuentran: i) tarifas bajas que no se corresponden con los beneficios económicos obtenidos por otros actores del ecosistema de la música digital, por ejemplo las plataformas de distribución, ii) leyes obsoletas o desactualizadas que no responden de manera eficaz a los nuevos retos de la era de la comunicación e información, y iii) la piratería digital.

²⁰ V.: Streaming Royalties Rise, but Not as High as Music Industry Wanted. Información disponible en el sitio web <http://nyti.ms/1YUft08>. Consultada el 2 de junio de 2016.

Las tarifas son la contraprestación económica que reciben los autores, artistas y demás titulares de derechos por el uso de sus obras y prestaciones²¹. Tomando en consideración las modalidades de explotación las hay referidas al derecho de comunicación pública y puesta a disposición y tarifas por modalidades de reproducción. En los servicios de streaming como spotify, por ejemplo, el pago promedio por cada emisión a los titulares de derechos es de \$0.006 a \$.0084, o 17 centavos de dólar por cada 100 ejecuciones en el caso de Pandora, como dijimos Up supra en 2.3. Ahora bien, no se trata de determinar cuánto significa eso para los autores y artistas desde el punto de vista económico pues los ingresos son proporcionales al uso de las obras y prestaciones por parte de los usuarios, sino más bien conocer las razones por las cuales hay una brecha de valor entre los beneficios económicos de los distintos actores del ecosistema, entre ellos las plataformas prestadoras de servicios de distribución digital de contenidos.

En este sentido, el Informe IFPI 2016²² sostiene que la razón principal de esa brecha o distorsión es la aplicación errónea de las reglas de “puerto seguro” o safe harbor que permiten a algunos servicios, entre ellos YouTube por ejemplo, usar contenido musical protegido sin tener que requerir licencias previas y pagar una justa remuneración a los titulares de los derechos sobre tales contenidos. El

²¹ V.: A los efectos de este estudio, el concepto *prestaciones* alude a prestaciones artísticas (las de los artistas intérpretes o ejecutantes) y las técnico-organizativas (las de los productores y radiodifusores), todas ellas objeto de los derechos conexos. Cfr. DELGADO, Antonio: *De las Entidades de Gestión de los Derechos Reconocidos en la Ley, ... Ob. Cit.* p. 782

²² V.: *IFPI Global Music Report 2016*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1S9nRYG>. Consultada el 15 de junio de 2016.

resultado: pagos minúsculos a los artistas, autores y productores en comparación al consumo masivo de música, que en el caso solo de los servicios de streaming significa 40 millones de canciones disponibles en 34 países.

En cuanto al sistema normativo especial que sirve de base para la protección legal de los derechos de los distintos actores del ecosistema de distribución digital, lo más relevante son las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, cuya consagración depende de si se trata de proveedores de servicios de la Unión Europea, Estados Unidos de Norte América o América Latina y sobre lo cual nos referiremos a continuación en el punto 3 de este estudio. En Europa se ha consagrado en la Directiva de Comercio Electrónico un sistema horizontal de exenciones a la responsabilidad, pues las infracciones a los derechos de autor y conexos son una manifestación más del problema de la responsabilidad de los proveedores de servicios por los contenidos ilícitos, es decir, la responsabilidad por instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, por pornografía, violación de la dignidad humana de personas individuales, etcétera²³.

En cambio, la DMCA en su artículo 512 tiene un sistema similar -de hecho fue la base para el desarrollo posterior en la DCE- que solo aplica al copyright.

²³ V.: LIPSZYC, Delia: LIPSZYC, Delia: *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*, documento preparado para el curso regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, La Asunción, 2005, disponible en <http://bit.ly/1zyBfyR>.

Sobre esta última, Francis Moore²⁴, presidente ejecutivo de IFPI ha afirmado que es cierto que los productores discográficos y los artistas -y los autores decimos nosotros- no están siendo pagados de manera justa por el uso de su música. Ello se debe a que los usuarios de plataformas de carga, tales como SoundCloud y Youtube, están tomando ventajas de las exenciones al copyright que simplemente no deberían aplicarles. Y agrega:

“Leyes que fueron diseñadas en los primeros días de internet para exceptuar de responsabilidad a los pasivos intermediarios de servicios, nunca deberían ser permitidas para eximir a activos servicios digitales de música de negociar una licencia de uso justa con los titulares de derechos. Debería precisarse la aplicación de los supuestos de “puerto seguro” para hacer explícito que las limitaciones allí previstas no aplican a los servicios que distribuyen y monetizan música”.

Por su parte, las voces unidas de 18 empresas discográficas más grandes y que representan casi la totalidad del mercado de la música han afirmado que la DMCA de los EE.UU fue aprobada con el propósito de proveer un balance entre los proveedores de servicios y los propietarios de contenidos, pero en su lugar proveyó un perjudicial “refugio seguro” al amparo del cual muchas plataformas no pagan nada o pagan menos que el valor de mercado por la música²⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISPs) POR LA DISTRIBUCIÓN NO AUTORIZADA DE CONTENIDOS PROTEGIDOS

El motor esencial de las plataformas sociales son los contenidos, en este caso musicales. Bien que sean producidos por los propios usuarios, bien que sean ajenos, lo cierto es que no sería posible crear una dinámica de interacción social

²⁴ V.: MOORE, Frances: *Artists and Record Companies Need A Fair Digital Marketplace*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/28WJfAL>. Consultada el 20 de junio de 2016.

²⁵ V.: Section 512 Study: *Notice and Request for Public Comment*. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1TQgJ7F>. Consultada el 21 de junio de 2016.

en el ámbito digital sin que las personas que usan los servicios de la sociedad de la información no tuvieran contenidos que compartir. ¿Imaginas una conexión a internet, darte de alta en una red social y no tener nada que compartir o respecto de lo cual comentar con el resto de los usuarios que sigues o te siguen?

Roberto Igarza²⁶ clasifica las modalidades de generación y distribución de contenidos de usuarios, de la más a la menos estructurada, así: i) acceso a información de bases de datos y sincronización permanente de información entre nodos, ii) contenido compartido en medios sociales a través de plataformas de terceras partes iii) contenidos peer to peer, es decir archivos enviados directamente de un usuario a otro, y iv) servicios de chat.

Por nuestra parte, hemos clasificado de manera específica las actividades²⁷ de los usuarios en la red, así: i) buscar y seguir amistades en redes sociales, ii) subir fotografías, canciones, videos, iii) leer y compartir noticias de temática diversa, iv) compartir acerca de eventos de interés social o deportivo, v) realizar compras y otras actividades comerciales online, vi) dar cuenta de lo que piensan y hacen en un momento determinado, vii) Leer y redactar post para páginas web y blogs en internet, viii) darse de alta en grupos temáticos de interés.

De todas ellas, reviste particular interés a los fines de este trabajo la relativa a la búsqueda e intercambio de videos y canciones, pues es habitual que un porcentaje importante de los contenidos que se producen e intercambian

²⁶ V.: IGARZA, Roberto: *Burbujas de Ocio*. 1ª ed. La Crujía Ediciones, Buenos Aires, 2009, p. 160.

²⁷ V.: FARIÑAS, José Rafael: *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en las Redes Sociales*, en el libro memoria del Congreso Internacional homenaje a Carlos Alberto Villalba: El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿intereses compatibles o contrapuestos?, IIDA/AISGE, Lima (Perú), 2012.

a través de plataformas sociales, tenga una implicación jurídica relativa a la propiedad intelectual y específicamente al derecho de autor y los derechos conexos relativos a estas actividades en particular.

Ahora bien, esa relevancia está asociada a tres circunstancias: i) que el contenido, en este caso obras musicales, sean propias del usuario que las comparte, ii) que sean ajenas pero el usuario que las comparte a través de las plataformas sociales digitales esté amparado en una licencia de uso o un contrato de cesión de derechos de explotación, o porque se trata de obras en dominio público u otros supuestos de utilización lícita, iii) el usuario lo haga ilícitamente, violando así el derecho de autor y los derechos conexos de los titulares de tales obras y prestaciones.

A los efectos de este estudio, no nos referiremos de manera especial a la responsabilidad de los usuarios, sino más bien a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet (ISPs)²⁸, pues de lo que se trata acá es determinar el régimen positivo que regula la responsabilidad de los proveedores de servicios, y cuáles son los supuestos que determinan o limitan esa responsabilidad.

3.1. Criterios para establecer la responsabilidad de los prestadores de

²⁸ V.: Estas consideraciones fueron desarrolladas con mayor alcance en un trabajo anterior sobre la responsabilidad de los ISPs. Cfr. FARIÑAS, José Rafael: Responsabilidad de los prestadores de servicios en internet por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos, en Revista de estudios en Propiedad Intelectual No. 9 y 9, Mérida, Venezuela. 2005-2006. pp. 165-201.

servicios en Internet (ISPs)

De acuerdo con criterios generales, la existencia de responsabilidad civil aparece subordinada también respecto de las actividades en la red a la presencia de los elementos típicos: **a)** comportamiento dañoso, **b)** daño cierto, **c)** nexo causal entre el comportamiento y el daño, y **d)** criterio de imputación de la responsabilidad²⁹.

El comportamiento dañoso puede provenir tanto de una acción como de una omisión dirigida a producir un resultado perjudicial para quien pretenda su resarcimiento, bien porque se haya materializado un perjuicio de orden moral o material, o bien porque se hayan configurado las condiciones idóneas para su materialización en el futuro. Entre el resultado producido o esperado y el comportamiento del agente de quien se pretende el resarcimiento, debe existir una relación de causalidad, una estrecha relación que determine que el resultado dañoso fue consecuencia de tal comportamiento y que en condiciones normales no hubiera ocurrido si el agente del daño no hubiera incurrido en tal acción u omisión.

El sistema de responsabilidad civil jugará, pues, el difícil papel de distribuir entre los diferentes sujetos implicados la carga de los costes asociados al desarrollo y a la aplicación de los nuevos progresos. Más precisamente: tendrá que fijar los criterios que permitan determinar a quién corresponde el deber legal de soportar las consecuencias de los daños y perjuicios derivados de los riesgos inherentes a las nuevas actividades. O –por decirlo de otra manera- tendrá que

²⁹ V.: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: *Derecho Privado de Internet*, editorial Civitas, segunda edición, 2001, p. 492.

decidir con el dinero y el sacrificio de quién se va a pagar todo lo que la flamante sociedad de la información nos va a costar³⁰.

En el caso de los ISP, la indagación respecto a la posibilidad de imputarle responsabilidad en razón de un evento dañoso, se centra en las siguientes actividades: **i)** los servicios de mera transmisión de datos y de provisión de acceso a Internet, **ii)** la prestación del servicio de hosting **(iii)** almacenamiento de datos en memoria caché, **iv)** enlaces e instrumentos de búsqueda.

3.2. Las modalidades de servicio en internet y la responsabilidad de los ISPs según las Directivas Europeas y la LSSICE

3.2.1. Servicios de mera transmisión y de provisión de acceso

Son definidos en la directiva europea sobre comercio electrónico, en adelante DCE, como transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o facilitar acceso a un red de comunicaciones (Art. 12, 1), lo cual engloba el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

Acá la actividad se caracteriza por dos momentos distintos: **1)** en primer lugar la acción de suministrar los datos que es una iniciativa particular de cada destinatario del servicio³¹ pues en principio son ellos y nadie más quienes toman la

³⁰ V.: PEQUERA POCH, Miquel: *Mensajes y Mensajeros en Internet: la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios Intermediarios*, disponible en el sitio web: <http://bit.ly/1uhUJ3J>. Consultada el 10 de enero 2015.

³¹ V.: Hay que tener en cuenta que el **destinatario del servicio** en el supuesto de mera transmisión es la persona que encarga al prestador de servicios que lleve a cabo una transmisión de

decisión sobre el material que desean transmitir y elegir el proveedor del servicio de acceso a la red y que además les suministre el servicio de transmisión de los datos seleccionados, y **2)** en segundo lugar, en la cadena de eventos involucrados dentro de una actividad de provisión de acceso y mera transmisión, está la decisión del propio proveedor de tales servicios de acceder a la prestación del servicio, procediendo en consecuencia a dar el acceso y transmitir los datos suministrados por el destinatario del servicio.

En este supuesto, como en el resto, debemos partir del hecho de que existe un régimen general de responsabilidad, mediante el cual, tal como lo establece la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España, en adelante LSSICE, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico³². No obstante, uno de los objetivos principales de la DCE ha sido el de consagrar un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet³³, de allí que se haya consagrado también en dicha directiva un principio general según el cual los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de mera transmisión, caching y alojamiento de datos (Art. 15.1 de la DCE).

datos y por lo tanto es el cliente o destinatario de ese servicio. En cambio, **el destinatario de la transmisión** es a quien va dirigida esa transmisión y efectivamente la recibe.

³² V.: Art. 13 LSSICE.

³³ V.: PEGUERA POCH, Miquel: *La Exención de Responsabilidad.....*, p.26.

Esa es la razón por la que tanto en la LSSICE como en DCE existen unas exenciones de responsabilidad que se aplican en aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de intermediación se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esta actividad es meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de intermediación no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (considerando 42 de la DCE). Específicamente, los supuestos de exención son los siguiente: **i)** cuando el intermediario no haya él mismo originado la transmisión, **ii)** cuando no hubiere seleccionado el destinatario de la transmisión, **iii)** y cuando no hubiere seleccionado ni modificado los datos transmitidos (Art. 12.1 de la DCE y Art. 14.1 de la LSSICE).

De acuerdo con la DCE y LSSICE, y en razón de que no constituye un atentado a la integridad de los datos transmitidos o alojados, no se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión³⁴. Como sostiene ERDOZAIN, si el intermediario colabora deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de cometer actos ilegales, ciertamente estaría al margen de la excusa legalmente establecida y se encontraría, por consiguiente, sujeto a responsabilidad³⁵.

³⁴ V.: Considerando 43 de la DCE y Art. 14.1, de la LSSICE.

³⁵ V.: ERDOZAIN, José Carlos: *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*, Tecnos, 2002, pp. 201-202.

Finalmente, cabe destacar que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación establecidas en la DCE y LSSICE, no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en ordenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella³⁶. Cabe preguntarse, si en el supuesto de incumplimiento por parte del ISP de la orden judicial o administrativa de cesación, queda sin efecto la exención de responsabilidad que lo beneficia y en consecuencia ha de cumplir con la pretensión resarcitoria. Creemos con Peguera Poch³⁷ que efectivamente ha de resarcir en virtud de que nos hallaríamos en un supuesto de responsabilidad por hecho propio, en tanto la misma deviene de una decisión particular de incumplimiento por parte del proveedor de servicios de intermediación de una orden de cesación expedida por un organismo jurisdiccional o administrativo. El hecho de que tanto la DCE como la LSSICE hayan consagrado las excepciones que benefician a los ISP sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales y administrativas de cesación, implica un deber formal por parte del ISP de acatarlas. No hacerlo, constituye por lo tanto un hecho propio de transmisión o provisión de acceso ilícito.

3.2. 2. Almacenamiento temporal

Consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de los datos cuya transmisión ha contratado el destinatario del servicio, con la finalidad

³⁶ V.: Considerando 45 y Art. 12.3 de la DCE y Art. 15, e) 3º LSSICE

³⁷ V.: PEGUERA POCH... *Ob. Cit*, p.43.

de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio. Es un problema de economía y velocidad en las operaciones. Desde el punto de vista del proveedor del servicio de intermediación existe un interés de acercar la información contenida p.e. en una página web, lo más cerca posible para que sea más fluido y rápido el tráfico de un ulterior cliente que pretenda visitar esa misma página en el futuro y no tenga que ir –al igual que los anteriores visitantes de la misma página- al servidor donde se aloja la página principal.

Podría plantearse que tales actuaciones del proveedor de servicios de intermediación, en este caso almacenamiento temporal, constituyen por sí mismas modalidades de reproducción de obras o prestaciones, sin embargo, la Directiva 2001/29/CE de 22 de Mayo de 2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en adelante DDASI, establece que los actos de reproducción provisional de obras, prestaciones, producciones y emisiones, cuando sean transitorios y accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de una obra o prestación protegida, y que no tengan por si mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción³⁸.

La DCE establece cinco supuestos³⁹ en los que el ISP no puede ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información: **i)** cuando el prestador de servicios no modifique la información, **ii)**

³⁸ V.: Art. 5 (1) de la DDASI

³⁹ V.: Art. 13.

cuando cumpla las condiciones de acceso a la información, **iii)** cuando cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, **iv)** cuando no interfiere en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, **v)** cuando actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en la que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. Idénticos supuestos de exención de responsabilidad de los ISP en razón de la copia temporal de los datos se establecen el artículo 15 de la LSSICE.

La obligación de acceso a la información pretende que el ISP que realiza una copia temporal p.e. de una página web, exija a sus clientes las mismas condiciones de acceso establecidas en el web site original, generalmente relacionadas con identificación del usuario, datos personales, dirección electrónica, aceptación expresa de las condiciones de utilización del contenido del web site, etc., mientras que la obligación de actualización y de no interferencia en la utilización lícita de tecnología hacen relación con la necesidad de evitar –por falta de actualización- una marcada diferencia entre la copia caché y el web original y de llevar a cabo estudios estadísticos respecto a la utilización de los datos, respectivamente.

3.2.3. Servicios de Alojamiento de datos

El alojamiento consiste en el almacenamiento de datos suministrados por el destinatario del servicio, y el rango de responsabilidad para el ISP es parecido al del prestador de servicios que realiza una actividad de almacenamiento caché. La responsabilidad del ISP viene dada en este caso en función del *conocimiento efectivo*⁴⁰ de que la actividad o la información es ilícita, pues con base en la premisa de que el intermediario asume una mera función de enlace técnico, donde no controla ni decide sobre la información que maneja, se le establece una responsabilidad subjetiva.

En efecto, el artículo 14.1 de la DCE dispone en este caso que el ISP no será considerado responsable de los datos almacenados, a petición del destinatario, en los supuestos de que: **i)** el prestador no tenga *conocimiento efectivo* de que la actividad o la información es ilícita, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que **ii)** en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, todo ello sin perjuicio del deber de abstención o de retirada en los supuestos de requerimiento jurisdiccional o administrativo (Art. 14.3)

⁴⁰ V.: De conformidad con lo establecido en el Art. 16, b) de la LSSICE, se entiende que un prestador de servicios de intermediación tiene **conocimiento efectivo** cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

En relación a la cuestión del *conocimiento efectivo* por parte del ISP cabría preguntarse si la autoridad pública debe realizar una solicitud específica al prestador de servicios, o basta una declaración general de retirada con la debida publicidad⁴¹. Por otra parte, no hay que olvidar que la LSSICE prevé además la posibilidad de que se establezcan otros medios de conocimiento efectivo a propósito de los cuales el ISP puede llevar a cabo procedimientos de detección o retirada (Art. 16 y 17).

La responsabilidad del ISP puede surgir en el momento en que se le notifica que está alojando páginas web con contenidos ilícitos y es proveído, a través del órgano competente -Judicial o administrativo- o por cualquier otro medio, de una notificación adecuada. En este sentido, y tal como lo indica DARIAS DE LAS HERAS⁴² la legislación americana, a través de la Digital Millenium Copyright Act - en adelante DMCA- establece condiciones para que una notificación sobre alojamiento de páginas web con material ilegal efectuada a un ISP sea válida. La notificación debe ser escrita y en ella debe constar: **i)** una firma física o electrónica de la persona autorizada a actuar en nombre del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega, **ii)** identificación de las obras protegidas cuya vulneración se alega, **iii)** identificación del material que produce la infracción o que es objeto de la infracción y que debe ser retirado o impedido el acceso al mismo, **iv)** información suficiente que permita al ISP contactar a la parte reclamante, **v)** una afirmación por parte del reclamante de que la utilización

⁴¹ V.: PLAZA PENADES, Javier: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red*, Aranzadi, 2002, pp. 244-245.

⁴² V.: DARIAS DE LAS HERAS, Victoriano: *Aspectos Jurídicos de la música en Internet*, Septem ediciones, 2003, p. 57.

del material protegido no lo ha sido en virtud de una autorización de su parte, de su representante o por autorización de la ley, y finalmente **vii)** que la información suministrada en la notificación es rigurosamente cierta y que el reclamante actúa en virtud de una autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega.

3.2.4. Enlaces y motores de búsqueda

La DCE nada indica en su articulado sobre la responsabilidad derivada de enlaces o *links*; no obstante tiene presente la problemática cuando en el artículo 21.2 señala que al examinar la necesidad de adaptar la directiva, el informe correspondiente analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización. Es por lo tanto, una previsión a futuro pero que a todas luces refleja la importancia del tema, aunque no se haya incluido expresamente para su tratamiento en el articulado vigente de la DCE.

La LSSICE, en cambio, establece expresamente en el artículo 17, exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: **a)** no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o **b)** si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el

enlace correspondiente. En este caso se aplican las mismas consideraciones respecto al *conocimiento efectivo* indicadas en el Art. 16 ejusdem.

Los enlaces o *links* podrían dar lugar a problemas de responsabilidad por hecho ajeno y crea condiciones para que se formulen pretensiones resarcitorias en razón de enlaces no consentidos, especialmente contra importantes prestadores de servicios, pues son ellos –y no los autores del acto dañoso- los que representan mayor atractivo para las pretensiones económicas del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración hubiere ocurrido en virtud de un enlace no autorizado⁴³.

3.3 Las modalidades de servicio en internet y la responsabilidad de los ISPs según la Digital Millennium Copyright Act

La Digital Millennium Copyright Act en el art. 512 establece cuatro modalidades en que los ISPs pueden no ser responsables a propósito de las infracciones cometidas por terceros que utilicen sus servicios. Son ellos: 1) mera transmisión de contenidos, 2) almacenamiento temporal, 3) alojamiento de datos, y 4) motores de búsquedas. En las cuatro modalidades han de cumplirse unas condiciones específicas para que los proveedores de servicios se puedan abstraer de las obligaciones derivadas de los eventuales daños causados por los usuarios de sus servicios.

Como se indica en sentencia de Tribunal Federal de Apelaciones citada por Lipszyc: notablemente presente en los art. 512(b) (d) y notablemente también ausente en el art. 512(a), se encuentra la disposición llamada “*notice and take-*

⁴³ V.: PLAZA PENADES, Javier: *Propiedad Intelectual y Sociedad...*, p. 246

down”, la cual establece como condición para que los ISPs queden exentos de responsabilidad por infracciones al *copyright* que “al notificarse de la infracción reclamada con fundamento en lo descrito [en el artículo 512] (c) (3)”, el ISP “proceda inmediatamente a remover, o impedir el acceso al material que se alega que se encuentra en infracción⁴⁴.

4. INICIATIVAS PARA EL COMBATE A LA PIRATERÍA DIGITAL

4.1 La *piratería* como concepto jurídico⁴⁵

Aunque en las primeras de cambio la piratería podríamos asociarla con aventuras dirigidas a la búsqueda de tesoros perdidos en los mares profundos, llevada a cabo por hombres de cuerpos sudorosos con espadas en mano y parches en el ojo, incapaces de piedad y plenos de avaricia, la *piratería* es algo más que eso. En el ámbito del derecho de autor la *piratería* es un término que alude a la reproducción ilícita de obras y prestaciones protegidas. En el Glosario de la OMPI (Gyorgy Boytha, 1980: 186), se establece que en las esferas del derecho de autor y los derechos conexos se entiende generalmente por *piratería* la reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la transmisión (distribución) al público y también la retransmisión de una emisión de radiodifusión de otra persona sin la correspondiente autorización.

Como tal, dicho concepto ha ido siendo incorporado expresamente en distintas normas convencionales de reciente promulgación. Los ADPIC, por ejemplo,

⁴⁴ V.: LIPSZYC, Delia: *Ibidem*.

⁴⁵ V.: Este apartado fue desarrollado en un trabajo anterior de mayor extensión referido al derecho de reproducción. Cfr. FARÍÑAS, José Rafael: *Aspectos generales del derecho de reproducción*, en el libro memoria del congreso internacional homenaje a la profesora Delia Lipszyc: *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, Palestra/Apdayc, Lima, 2006.

tienen por lo menos tres referencias al término piratería: i) en el artículo 51 referido a la suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras, se habla de **mercancía pirata** ii) en el artículo 61 relacionado con los procedimientos penales, se señala expresamente que los miembros establecerán procedimientos y sanciones al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de **piratería lesiva** del derecho de autor a escala comercial, iii) y el artículo 69, en lo que tiene que ver con la cooperación internacional entre los miembros, se expresa que en particular, promoverán el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y **mercancías pirata** que lesionan el derecho de autor.

Por su parte, la Directiva 2004/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, se refiere al término piratería así: i) Considerando 9: [...] la utilización cada vez mayor de Internet permite una distribución instantánea y mundial de los **productos pirateados**. ii) Considerando 19: [...] Conviene aplicar una presunción similar a los propietarios de los derechos afines, puesto que suele ser el titular de un derecho afín, por ejemplo un productor de fonogramas, quien trata de defender los derechos y lucha contra los **actos de piratería**, iii) Considerando 29: [...] El control de la fabricación de discos ópticos, principalmente por medio de un código de identificación aplicado a los discos fabricados en la Comunidad, contribuye a limitar las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en este sector, que es víctima de la **piratería a gran escala**.

4.2. El impacto de la piratería digital y las acciones para combatirla

A propósito del auge hoy de la corriente que propugna el acceso libre a los contenidos en internet, del impacto negativo de la piratería en la economía creativa y de los efectos cada vez más visibles de la interpretación extensiva de las normas sobre puerto seguro o limitación de la responsabilidad previstas por ejemplo en la Digital Millennium Copyright Act de los EE.UU de Norte América, Robert Levine cuestiona que el sistema positivo de normas se haya inclinado cada vez más en beneficiar a las empresas de telecomunicaciones e intermediarios de servicios en línea, y proteger menos a los propietarios y otros titulares de los contenidos.

Para reforzar esa realidad, ha afirmado también que un cuarto del tráfico mundial de internet consiste en contenidos pirateados y ello no solo perjudica a los creadores cuyas obras son utilizadas sin licencia y pago previos, sino a toda la economía digital completa. Y de seguidas se plantea tres interrogantes que nos sirven como introducción para resumir los efectos de este flagelo en la cadena creativa de la música: ¿quién quiere crear un negocio legítimo de música cuando es más fácil comenzar uno ilegal ¿porque alguien habría de invertir en un equipo de reporteros y editores cuando es más barato usar las obras de otros? ¿Cómo puede una compañía competir con un rival que ofrece sus productos pero no ha asumido los costos de producirlo?⁴⁶

Pues esa es la realidad de la industria de la música. Como lo referimos en 2.3 y 2.4 de este trabajo, existe una lucha constante por parte de los distintos actores

⁴⁶ V.: LEVINE, Robert: *Free Ride. How digital parasites are destroying the culture businnes, and how the culture business can fight back*. Anchor Books, New York, 2012. p. 8.

de la cadena de producción, difusión y comercialización en hacerle ver a los gobiernos la necesidad de adecuar las leyes destinadas a la protección de las obras y prestaciones al ámbito digital, lucha que se hace cada vez más cuesta arriba a propósito de la irrupción de mecanismos tecnológicos, plataformas digitales y aplicaciones que facilitan el intercambio a gran escala. Por otro lado, también se han empeñado en incrementar los beneficios económicos por el uso de sus contenidos y paralelamente luchar contra la piratería en línea.

Como sostiene la IFPI⁴⁷, la piratería digital constituye la mayor amenaza para el desarrollo del mercado legal de la música y para la inversión en artistas. Debilita a las empresas legales de música con sus variadas manifestaciones y canales: redes de intercambio de archivos P2P, almacenes virtuales y agregadores, páginas no autorizadas de streaming y copia de streaming, o aplicaciones móviles.

En ese sentido, los esfuerzos en la lucha contra la piratería digital se han concentrado en varios frentes: i) bloqueos a sitios web, ii) alianza con las plataformas de pago, iii) recorte de inversión en publicidad, iv) penalización en buscadores, v) notificaciones contra enlaces ilegales, v) campañas de información y lobby, y vi) acciones legales.

A través de acciones de notificación de los titulares de derechos expresamente previstas en las leyes sobre derecho de autor y derechos conexos, o en razón de procedimientos establecidos con las propias plataformas digitales o proveedores de servicios en línea, la industria de la música suele requerir a los

⁴⁷ V.: Informe de la Música Digital de la IFPI 2014. Disponible en <http://bit.ly/29121Hj>. Consultado el 15 de junio de 2016.

ISPs que impidan el acceso a sitios piratas, o al sector de tarjetas de pago tipo American Express, Master Card, Visa o Paypal que no ofrezcan sus servicios para soportar las transacciones o a los anunciantes que no inviertan o minimicen sus inversiones de publicidad en sitios reconocidamente piratas entre otras razones porque es lesivo para los intereses de los titulares de derechos y porque es una actividad que sin duda perjudica la imagen y reputación de las marcas cuyos presupuestos de publicidad son dirigidos a sitios que llevan a cabo esas actividades ilícitas.

De igual manera, como se señala en el citado informe IFPI 2014, estas acciones suelen también orientarse a hacia los buscadores con el propósito de penalizar los sitios web piratas minimizando su visibilidad en las búsquedas. Por ejemplo, en agosto de 2012, Google anunció que tendría en cuenta el número de requerimientos recibidos de los titulares de derechos y modificaría su algoritmo para dar prioridad baja a los sitios infractores en sus resultados de búsqueda⁴⁸.

Por supuesto, todas estas iniciativas se complementan paralelamente con acciones legales y campañas de difusión y de concientización de usuarios acerca de la importancia de la propiedad intelectual y de la necesidad de respetar los derechos de los creadores, artistas y productores como mecanismo de estímulo para la producción de bienes culturales.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Salas Vio sostuvo que si bien es cierto que cada día crece el número de personas preocupadas por los problemas de la música -como por los de cualquier

⁴⁸ V.: *Ibídem*.

otro arte- que a la hora de pararse a pensar en ellos no aceptarían las argumentaciones meramente efusivas, sin embargo estas mismas personas pierden todo control al entrar en contacto con la música viva y una clara emoción estética es empañada por esas otras⁴⁹. He allí el rol estético de la música.

Hoy día sin embargo, la música juega también un rol como componente de la economía global y por tanto los actores que la hacen posible han de contar con un sistema de distribución de beneficios y leyes modernas que garanticen su viabilidad en los tiempos modernos. Por una parte, han de garantizar más y mejores contenidos musicales para los usuarios, pero por el otro un acceso en condiciones justas para los creadores, artistas y otros actores del ecosistema digital. Es un asunto de equilibrio. El sistema internacional de derecho de autor y derechos conexos así lo consagra en los convenios adoptados en los últimos tiempos, en los que se ha dejado claro que el acceso a los contenidos por parte de los usuarios no está reñido en modo alguno con una protección efectiva a los titulares de derechos sobre las obras y prestaciones.

En efecto, esa dualidad de intereses entrecruzados -complementarios, no jerárquicamente excluyentes- está expresamente consagrada en el preámbulo de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT), Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales y el Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas ciegas, con Discapacidad Visual o con otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso. En ellos se

⁴⁹ V.: SALAS VIU, Vicente: *Sentimiento y expresión en la música. Del Barroco al romanticismo*. Editorial Atlántida S.A, Buenos Aires, 1943. pp. 5 y 6.

hace referencia a la necesidad de equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general.

Podemos concluir parafraseando a Cary Sherman⁵⁰, Chairman & CEO de RIAA, quien sostiene que el futuro de la música es brillante; que la popularidad de la música es más grande que nunca, que es hoy un gran impulso para nuestra cultura y economía, pero se requieren reformas que aseguren un verdadero equilibrio para todas las partes del ecosistema (compañías de discos, empresas de plataformas digitales y redes sociales, usuarios, editores, etc.) y sobre todo, agregamos nosotros, que asegure a los artistas, autores y compositores de las obras una participación económica más justa y un mayor respeto a sus derechos en esta nueva realidad de la música digital.

REFERENCIAS

Bugbee, T. (25 de junio, 2015). Taylor Swift Follows Prince: The Artist Who Tamed the Corporate Giant. *The Daily Beast*. Disponible en <http://the-bea.st/28WcDun>. Consultado el 24 de mayo de 2016.

Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). *CISAC Global Collections Report 2015* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/28SMnNo>. Consultado el 30 de mayo de 2016.

_____. *Tiempos de Cultura. El primer mapa mundial de las industrias culturales y creativas (diciembre 2015)* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/295Du5X>. Consultado el 06 de junio de 2016.

De Miguel Asensio, P. *Derecho Privado de Internet*, p.492. (2da ed., Editorial Civitas: Madrid, 2001).

Delgado, A. *De las Entidades de Gestión de los Derechos Reconocidos en la Ley*. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, p. 782.

⁵⁰ V.: Sherman, C. State Of The Music Business: What The Numbers Tell Us. Información disponible en <http://bit.ly/295wi7q>. Consultada el 22 de junio de 2016.

(Albadejo, M y Diaz, S (Comp). (s. f). Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid).

Directiva 2000/31/CE: comercio electrónico en la Unión Europea.

Erdozain, J. *Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*, p 201-202. (Tecnos: Madrid, 2002).

España. *Ley 34/2002, del 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.*

Fariñas, J. *Aspectos generales del derecho de reproducción*. En *Memoria del congreso internacional homenaje a la profesora Delia Lipszyc: El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante*, 369 - 398. (Pa-lestra/Apdayc (Comp), Lima, 2006).

_____. *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en las Redes Sociales*. En *Memoria del Congreso Internacional homenaje a Carlos Alberto Villalba: El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿intereses compatibles o contrapuestos?*, 369 – 394. (IIDA/AISGE (Comp), 2012, Lima).

_____. *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*. Revista de Estudios en Propiedad Intelectual. Universidad de los Andes, EPI ULA. Números 6 y 7, Año IV, II Etapa, 246 - 282. Mérida (2003 y 2004).

_____. *Responsabilidad de los prestadores de servicios en internet por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos*. Revista de estudios en Propiedad Intelectual No. 9 y 9, 165-201, Mérida. (2005-2006).

Faughnder, R. (8 de enero, 2016). Spotify hit with second songwriter lawsuit in two weeks. *Los Angeles Times. Entertainment*. Disponible en <http://lat.ms/28UXmY8>. Consultado el 25 de mayo de 2016.

Ha, A. (20 de junio, 2016). Taylor Swift and other big names join the music industry's campaign against YouTube. [TechCrunch.com](http://techcrunch.com). Disponible en <http://tcn.ch/28JzMug>. Consultado el 26 de junio de 2016.

Igarza, R. *Burbujas de Ocio*, p. 160. (1ª ed., La Crujía Ediciones, Buenos Aires, 2009).

International Federation of Phonogram Industry (IFPI). *IFPI Global Music Report 2016* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/1S9nRYG>. Consultado el 10 de junio de 2016.

_____. *Informe de la Música Digital de la IFPI 2014* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/29121Hj>. Consultado el 15 de junio de 2016

Levine, R. *Free Ride. How digital parasites are destroying the culture businnes, and how the culture business can fight back*, p. 8. (Anchor Books, New York, 2012).

Lipszyc, D. *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional [en línea]*. XI Curso Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: El derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. La Asunción, 2005, disponible en <http://bit.ly/1zyBfyR>. Consultado el 15 de marzo de 2016.

Martínez, C. (3 de mayo, 2016). Latinoamérica fue por 5to año consecutivo la región que más creció en ingresos por música grabada. [IndustriaMusical.es](http://www.industry-music.com). *Latinoamérica*. Disponible en web <http://bit.ly/28YfcKl>. Consultado el 8 de junio de 2016.

Moore, F. (29 de julio, 2015). Artists and Record Companies Need A Fair Digital Marketplace. [IFPI. News](http://www.ifpi.com). Disponible en el sitio web <http://bit.ly/28WJfAL>. Consultado el 20 de junio de 2016.

Music Community Submission in Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act. (Julio 2015). *Section 512 Study: Notice and Request for Public Comment* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/1TQgJ7F>. Consultado el 21 de junio de 2016.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *OMPI Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. (World Intellectual Property Organization: Génova, 1980).

Peguera Poch, M. *La Exención de Responsabilidad Civil por contenidos ajenos en Internet*. Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. Número 8, 25 – 62. Navarra (2002).

_____. (s.f.). *Mensajes y Mensajeros en Internet: la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios Intermediarios* [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1uhUJ3J>. Consultado el 10 de enero 2015.

Piedras Feria, E. *¿Cuánto vale la Cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*. pp.88-101. (SACM/CONACULTA, México, 2004).

- Plaugic, L. (29 de diciembre, 2015). Spotify is being sued for \$150 million over unpaid royalties. *The Verge. Entertainment*. Disponible en <http://bit.ly/1Pv7wxQ>. Consultado el 24 de mayo de 2016.
- Plaza Penades, J. *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red*, pp. 244-245. (Aranzadi: Navarra, 2002).
- Recording Industry Association of America (RIAA). (31 de marzo, 2016). 400 Artists, Songwriters, Managers, and Music Organizations Call For Reforms of Broken DMCA. *RIAA. Music Blog Notes*. Disponible en <http://bit.ly/1SpG0Dd>. Consultado el 12 de junio de 2016.
- _____. (2015). *News and Notes on 2015 RIAA Shipment and Revenue Statistics* [en línea]. Disponible en <http://bit.ly/25mEtDp>. Consultado el 8 de junio de 2016.
- Salas Viu, V. *Sentimiento y expresión en la música. Del Barroco al romanticismo*, p. 5 y 6. (Editorial Atlántida S.A: Buenos Aires, 1943).
- Sherman, C. (22 de marzo, 2016). State of de Music Business: What the Numbers Tell Us. *Medium*. Disponible en <http://bit.ly/295wi7q>. Consultado el 22 de junio de 2016.
- Sisario, B. (16 de diciembre, 2015). Streaming Royalties Rise, but Not as High as Music Industry Wanted. [The New York Times. Media](http://nyti.ms/1YUft08). Disponible en <http://nyti.ms/1YUft08>. Consultado el 2 de junio de 2016.
- Spotify. (s.f.). How is Spotify contributing to the music business? [Spotify Artists. Spotify Explained](http://bit.ly/1dOqXAu). Disponible en <http://bit.ly/1dOqXAu>. Consultado el 5 de junio de 2016.
- Yúdice, G. *El Recurso de la Cultura. Usos de la cultura en la era global*, p. 23. (Gedisa: Barcelona, 2002).
- Wikipedia. *Majors*. Disponible en <http://bit.ly/28XXczq>. Consultado el 14 de junio de 2016.