

COMPARACIÓN HISTÓRICA Y CONTEMPORÁNEA DE LOS ESFUERZOS LEGALES DE BRASIL Y LOS ESTADOS UNIDOS PARA ACORRALAR LA PIRATERÍA DE MÚSICA DIGITAL Y SOFTWARE P2P

*Nolan Garrido**

I.	INTRODUCCIÓN.....	808
II.	BRASIL.....	809
	A. <i>Una Breve Cronología del Derecho de Autor en Brasil</i>	809
	B. <i>Artículo 184—Delitos Contra la Propiedad Intelectual</i>	812
	C. <i>La Descarga en Internet</i>	813
	D. <i>Asuntos Constitucionales</i>	813
	E. <i>Esfuerzos Recientes para Reformar el Derecho de Autor en Brasil</i>	814
III.	ESTADOS UNIDOS	817
	A. <i>Una Breve Historia del Derecho de Autor en los Estados Unidos en Cuanto a los Medios Digitales se Refiere</i>	817
	B. <i>El Estado Legal Actual de las Redes P2P en los Estados Unidos</i>	819
	C. <i>La Búsqueda de Infractores de Derechos de Autor</i>	820
	D. <i>Uso Permisible y La Descarga de Música</i>	821
	E. <i>La Reforma del Derecho de Autor en los Estados Unidos</i>	823
IV.	UNA COMPARACIÓN DE LOS ENFOQUES DE BRASIL Y LOS ESTADOS UNIDOS EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA DE MÚSICA.....	826
	A. <i>Legislación</i>	826
	B. <i>Implementación Penal</i>	827
	C. <i>Implementación Civil</i>	828
	D. <i>Políticas Públicas</i>	829
V.	RECOMENDACIONES PARA LOS ESTADOS UNIDOS Y BRASIL.....	829
	A. <i>Brasil</i>	829
	B. <i>Estados Unidos</i>	830
VI.	CONCLUSIÓN	831

* Nolan Garrido es un abogado graduado de Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center. El autor agradece a la Profesora Pearl Goldman de la Escuela de Derecho Shepard Broad por su edición, apoyo y motivación en la creación de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día las compras legales de música en línea han subido notablemente. Las ventas de música digital en todo el mundo alcanzaron doscientos noventa mil millones de dólares en el 2007, un cuarenta por ciento más del año anterior.¹ Con cientos de negocios legales de música en la Internet, la descarga legal de música digital ha visto un crecimiento espectacular en ventas. Se prevé que las descargas legales de música digital para la compra superarán las ventas de discos compactos tradicionales en el 2012.²

Esta enorme demanda del mercado ayudó a impulsar el desarrollo de tecnologías que permiten que los archivos de música se compartan a través de la Internet, ésto a su vez, provocó una avalancha de distribución ilegal de música digital protegida por derechos de autor. Uno de los peores infractores ha sido Brasil.³ Se estima que Brasil fué responsable por 785,000 dólares en pérdidas por piratería de derechos de autor sufridas por la industria de la música y el entretenimiento de los Estados Unidos en el 2003.⁴

Esta exposición estudiará las similitudes y diferencias entre los derechos de autor de Brasil y de los Estados Unidos en lo que se refiere a la piratería de música digital, desde perspectivas históricas, contemporáneas y filosóficas. Este análisis comparativo ofrece dos ventajas principales. La primera ventaja es que en este análisis se identifican diferentes enfoques a los derechos de autor que puedan beneficiar a los respectivos sistemas jurídicos. La segunda ventaja es que explica las dificultades que los dos

1. JOHN KENNEDY, INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY [FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA INDUSTRIA FONOGRAFICA], IFPI DIGITAL MUSIC REPORT [REPORTE DE MÚSICA DIGITAL] 6 (2008), *disponible en* <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2008.pdf> (última visita el 14 de marzo del 2010).

2. Lisa Van der Pool, *Music downloads to surpass CD sales by 2012, Forrester study says* [Descargas de música sobrepasarán ventas de CD en el 2012, dice el estudio de Forrester], BOSTON BUSINESS JOURNAL, 19 de febrero del 2008, <http://www.bizjournals.com/boston/stories/2008/02/18/daily10.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

3. INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY ALLIANCE, OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE [ALIANZA DE PROPIEDAD INTELECTUAL INTERNACIONAL, OFICINA DEL REPRESENTANTE DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS], 2008 SPECIAL 301 REPORT 8, *disponible en* http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Intellectual_Property/Special_301_Public_Submissions_2008/asset_upload_file141_14486.pdf (última visita el 14 de marzo del 2010).

4. Brazil-U.S. Business Council [El Consejo de Negocios entre Brasil y EE.UU.], *Counterfeiting and Piracy in Brazil: The Economic Impact* [Falsificación y Piratería en Brasil: El Impacto Económico] 4 (2003), *disponible en* www.brazilcouncil.org/.../Counterfeiting_and_Piracy_in_Brazil.pdf (última visita el 14 de marzo del 2010).

sistemas jurídicos están teniendo a medida que trascienden a principios jurídicos que permitan dar cabida al caleidoscopio de cambios tecnológicos que están barriendo las comunicaciones mundiales y la economía.

La primera parte proporcionará la estructura general y los objetivos de este análisis. En la segunda parte se explicará el contexto histórico, político, jurídico y los eventos que proporcionan el contexto de la ley vigente del derecho de autor en Brasil y la dirección en que los funcionarios del gobierno brasileño desean que su país tome en los próximos años. En la tercera parte se reseñará brevemente la historia de los derechos de autor en los Estados Unidos y los problemas que actualmente enfrenta este país con respecto a la piratería de música digital. La cuarta parte explorará las diferencias entre los derechos de autor de Brasil y los Estados Unidos, tal como existen hoy en día y su aplicación a la piratería de música digital, prestando atención especial al “uso permisible,” la doctrina que se originó en los Estados Unidos y la unión civil y penal de los derechos de autor dentro de los principios del ordenamiento jurídico brasileño. La quinta parte discutirá brevemente los efectos de los recientes esfuerzos de reforma de las leyes del derecho de autor en los respectivos sistemas jurídicos de ambos países. En la sexta parte concluiré este artículo con los objetivos de cada país con respecto a la legislación sobre derechos de autor en relación al objetivo más amplio de reconocimiento internacional en todos los países de la protección al derecho de autor.

II. BRASIL

A. *Una Breve Cronología del Derecho de Autor en Brasil*

Las Constituciones de Brasil de 1824 y 1891⁵ fueron completamente desprovistas de cualquier mención de protección civil al derecho de autor.⁶ No fue hasta la Ley No. 496, también conocida como la *Ley de Medeiros y Albuquerque*,⁷ promulgada en 1898, que esta laguna constitucional se llenó y se previó la protección penal contra las infracciones de los derechos de autor, haciendo que Brasil se colocara en conformidad con el movimiento

5. *Ver generalmente* C.F. (1824); C.F. (1891).

6. Pedro Nicoletti Mizukami et al., *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call for Reform* [Excepciones y Limitaciones a la Protección de Derechos de Autor en Brasil: Una Llamada a la Reforma], en *ACCESS TO KNOWLEDGE IN BRAZIL: NEW RESEARCH ON INTELLECTUAL PROPERTY, INNOVATION AND DEVELOPMENT* [ACCESO AL CONOCIMIENTO EN BRAZIL: NUEVO DESCUBRIMIENTO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACIÓN Y DESARROLLO] 67, 73–74 (Lea Shaver ed., 2008).

7. Ley No. 496 del 1 de enero del 1898, Col. Leis. Rep. Fed. Brasil.

internacional de su tiempo hacia un aumento de los derechos de autor.⁸ El marco de la Ley No. 496 consistía en que la protección de los derechos de autor debía ser estrictamente interpretada a favor del autor, a la luz de siete limitaciones y excepciones claramente identificadas.⁹ Por ejemplo, la Limitación No. 2 permitía que los periódicos reprodujeran obras de otras publicaciones siempre y cuando se les diera crédito, y la Limitación No. 5 permitía la reproducción de arte dentro de libros, siempre y cuando se le diera crédito al artista en el contenido principal del texto.¹⁰ El marco de la Ley No. 496 de proporcionar protección al derecho de autor, con sus excepciones y limitaciones delineadas, sigue siendo utilizado en el Código Civil de 1916, así como en los posteriores de 1973 y 1998 los cuales se utilizan hoy en día.¹¹ Los principios detrás de las limitaciones del derecho de autor de la Ley No. 496 se obtuvieron a partir de los conceptos establecidos por el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, el cual exige a sus signatarios proporcionar un nivel de protección de derechos de autor a sus autores.¹² Aunque Brasil no fue signatario del Convenio de Berna hasta 1922, la Ley No. 496 tomó prestadas algunas de las directrices y disposiciones de las doctrinas adoptadas por el Convenio de Berna, como se pone de manifiesto en la forma en que se definen los derechos de autor: “[l]os derechos del autor de toda obra literaria, científica o artística consiste en la facultad, exclusiva del autor, para reproducir o autorizar la reproducción de su obra a través de la publicación, revisión, actuación, realización o por cualquier otro medio.”¹³

Comprendiendo la importancia de los acuerdos internacionales y la necesidad de una postura agresiva hacia la aplicación de los derechos de autor, Brasil firmó el Acuerdo de 1994 Sobre Aspectos Relacionados al Comercio de Derechos de Propiedad Intelectual (también conocido como el Acuerdo ADPIC),¹⁴ que incorpora muchos de los conceptos enunciados en el Convenio de Berna, incluyendo la expansión de la protección del

8. Mizukami, *supra* nota 6, en 70.

9. *Id.* en 109.

10. *Id.* en 75.

11. *Id.*

12. *Ver generalmente* Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works [Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas], 9 de septiembre del 1886, 201 Stat. 2853, 1161 U.N.T.S. 30 [en lo sucesivo Convenio de Berna].

13. Ley No. 496, *supra* nota 7; Convenio de Berna, *supra* nota 12.

14. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights [Acuerdo Sobre Aspectos Relacionados al Comercio de Derechos de Propiedad Intelectual], 15 de abril del 1994, 108 Stat. 4809, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1125 (1994) [en lo sucesivo ADPIC].

derecho de autor para cubrir los programas de ordenador.¹⁵ El Acuerdo ADPIC establece el piso de protección de derechos de autor según el cual cada uno de los signatarios debe cumplir, como por ejemplo un mínimo de cincuenta años de extensión de los derechos de autor después de la muerte del autor (existen dos excepciones notables, que las películas deben tener una extensión de cincuenta años fijos y que las fotografías deben tener al menos veinticinco años de prórroga).¹⁶ El Acuerdo ADPIC también exige, entre otras cosas, el enjuiciamiento penal por violaciones de los derechos de autor, así como también la promulgación de las leyes nacionales que regulan la protección de los derechos de autor de los programas de ordenador.¹⁷ El Acuerdo ADPIC y la adopción de doctrinas del Convenio de Berna han funcionado para dirigir a Brasil hacia una interpretación mucho más restrictiva de la protección al derecho de autor, combinándose con todos los decretos brasileños anteriores que regulan el derecho de autor para formar la Ley No. 9.610, la cual es la regulación vigente y superior del derecho de autor en Brasil.¹⁸

La Ley No. 9.610 provocó cambios importantes en la era del derecho de autor anterior. Estos cambios incluyen un plazo de derechos de autor en vida más setenta años (aumentando los cincuenta años previos), la reducción de pago al titular del derecho de autor en la reventa de su trabajo al cinco por ciento del precio de venta, indicando expresamente que la venta de la obra del autor no equivale a una venta de los derechos de autor que figura en él, y la creación de una presunción de que la cesión de derechos de autor se limita a un período de cinco años y sólo en el país en el que se publicó la cesión (a menos que exista un acuerdo escrito en sentido contrario).¹⁹

15. *Id.* pte. II, § I, art. 10.

16. *Id.* art. 12; *ver también* World Trade Organization, *Overview: The TRIPS Agreement* [Organización Mundial del Comercio, *Visión General: El Acuerdo ADPIC*], http://www.wto.org/english/trenop_e/trips_e/ente2_e.htm#copyright (última visita el 14 de marzo del 2010).

17. ADPIC, *supra* nota 14, pte. III, § I, art. 41, 61.

18. *Ver* Marcos J. Basso and Adriana C.K. Vianna, *Intellectual Property Rights and the Digital Era: Argentina y Brazil* [Derechos de Propiedad Intelectual y la Época Digital: Argentina y Brasil], 34 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 277, 298 (2003); *ver generalmente* Ley No. 9.610, 19 de febrero del 1998, D.O. (Brasil); *disponible en* <http://www.cultura.gov.br/site/cenogoria/politicas/direitos-autorais-politicas/leis-e-outros/lei-de-direito-autoral-n%25C2%25BA-961098> (última visita el 14 de marzo del 2010).

19. Ley No. 9.610, tit. II, cap. III, nos. 37, 38, 41 y cap. V, no. 51.

Además, los recientes tratados como el Tratado del Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²⁰ y el Tratado de Interpretación y Fonogramas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²¹ han proporcionado un marco detallado para los países a seguir. Sin embargo, Brasil lamentablemente no ha ratificado los tratados y, en su lugar, ha elegido adoptar ciertas disposiciones de los tratados en sus Códigos Civil y Penal.

B. Artículo 184—Delitos Contra la Propiedad Intelectual

En 2003, la legislatura brasileña aprobó el último cambio al artículo 184 del Código Penal del país, que autoriza la aplicación de la ley penal para enjuiciar la infracción del derecho de autor.²² La enmienda plantea la pena mínima de un año a dos años de prisión para las personas condenadas por reproducir, distribuir, alquilar, vender, adquirir, introducir de contrabando en el país, o almacenar trabajos protegidos por el derecho de autor de manera ilegal y con la intención de beneficiarse de las reproducciones.²³ Esta ampliación del tiempo de cárcel es importante porque, de antemano, las penas de un año o menos pueden ser conmutadas o pospuestas indefinidamente por los tribunales (lo cual se hizo con regularidad).²⁴ Las personas condenadas por violación del derecho de autor sin intención de lucro se enfrentan a la detención de tres meses a un año o una multa.²⁵ La enmienda también cambia la forma de los testimonios de expertos y maneja los procedimientos de incautación y destrucción de la propiedad intelectual de contrabando.²⁶ Gracias al aumento de la presión de titulares de derechos de autor para una mayor protección de sus obras, esta

20. *Ver generalmente* WIPO Copyright Treaty [Tratado del Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual], 20 de diciembre del 1996, 2186 U.N.T.S. 152.

21. *Ver generalmente* WIPO Performances and Phonograms Treaty [Tratado de Interpretación y Fonogramas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual], 20 de diciembre del 1996, 2186 U.N.T.S. 245.

22. Decreto No. 2.848, art. 184, 7 de diciembre del 1940, D.O.U. de 12.07.40. (Brasil); *ver también* *Brazil Moves to Stiffen Copyright Penalties* [Brasil toma Medidas para Fortalecer las Multas para la Protección al Derecho de Autor], MANAGING INTELLECTUAL PROPERTY WEEKLY NEWS, 1 de junio del 2003, *disponible en* <http://www.managengip.com/Article.aspx?ArticleID=1326348> (última visita el 14 de marzo del 2010); International Intellectual Property Alliance [Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual], *2007 Special 301 Report: Brasil*, 12 de febrero del 2007, *disponible en* <http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301BRAZIL.pdf> (última visita el 14 de marzo del 2010).

23. Decreto No. 2.848, *supra* nota 22.

24. *Id.*

25. *Id.*

26. *Id.*

enmienda fue aprobada y se ha diseñado específicamente para hacer frente al creciente problema de la piratería en Brasil.²⁷

C. *La Descarga en Internet*

Los esfuerzos recientes del Senado indican que el Congreso quiere fortalecer la ley penal y sus vínculos con el derecho de autor.²⁸ En julio del 2008, un proyecto de ley fue aprobado en el Senado, el cual convierte en un delito el uso de la Internet para compartir archivos de material con derechos de autor sin la autorización de los titulares de dichos derechos.²⁹ En un artículo publicado por los profesores de la Fundación Getúlio Vargas (FGV) de la Facultad de Derecho de Río de Janeiro, los autores sugieren que la aprobación de la ley tiene consecuencias que van mucho más allá de la utilización de la Internet.³⁰ Dada la amplitud de la redacción del proyecto de ley, las actividades que impliquen el uso de teléfono celular y los reproductores de mp3 portátiles se verían afectados también.³¹ Los infractores serían sometidos a un plazo de uno a tres años de cárcel, así como a una multa.³² Los profesores de la FGV han propuesto que el proyecto de ley se modificó para incluir *dolo*, requiriendo que ya sea fraude o “ventaja ilegal” deban ser probados para que la actividad sea considerada un delito.³³

D. *Asuntos Constitucionales*

La Constitución más reciente de Brasil fue promulgada en 1998 y contiene puntos fuertes tanto como deficiencias con respecto a los derechos de autor.³⁴ Por ejemplo, la Constitución brasileña contiene un firme apoyo a los derechos de los autores declarando expresamente que esos derechos están en la clase de derechos fundamentales a disposición de todos los

27. *Id.*

28. Elvira Lobeno, *Baixar Arquivo na Internet Pode Viver Crime* [Bajar Archivos de Internet Puede Convertirse en un Crimen], Folha Online (Brasil), 3 de julio del 2008, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/folha/enformenica/ult124u418749.shtml> (última visita el 14 de marzo del 2010); ver también Posting of A2K [Poste de A2K], <http://www.a2kbrasil.org.br/ENG/Downloading-files-from-the> (3 de julio del 2008) (última visita el 14 de marzo del 2010).

29. *Id.*

30. *Id.*

31. *Id.*

32. *Id.*

33. A2K, *supra* nota 28.

34. C.F. (1998), disponible en <http://www.v-brazil.com/government/laws/titleII.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

ciudadanos de Brasil.³⁵ La Constitución brasileña establece también el *direito de arena*³⁶ y prevé “la protección de intereses individuales en obras colectivas y la reproducción de la imagen y la voz, incluso en actividades deportivas,”³⁷ lo cual da a los autores el derecho sobre las obras en su totalidad y no sólo su contribución individual a las obras.³⁸ Lo que falta en la Constitución de 1998 es una base de razonamiento para otorgar los derechos de autor.³⁹ A diferencia de la Constitución de los Estados Unidos, la cual afirma explícitamente la razón por la cual el derecho de autor existe,⁴⁰ no existe ninguna justificación a disposición de la profesión jurídica en cuanto al por qué en Brasil debe darse la protección a los autores en virtud de la legislación brasileña.⁴¹ El llenar este vacío proporcionaría un fundamento legal con el que el sistema jurídico pudiera justificar la ampliación del derecho de autor para hacer frente a las tecnologías emergentes.

E. Esfuerzos Recientes para Reformar el Derecho de Autor en Brasil

El Ministerio de Cultura de Brasil es una institución federal cuyo objetivo principal es desarrollar y aplicar políticas que garanticen el reconocimiento estratégico de la cultura brasileña, tanto a nivel nacional como internacional.⁴² El más reciente y renombrado Ministro brasileño de Cultura, quien también es uno de los músicos más populares, es Gilberto Gil.⁴³ Gil ha pedido un incremento en la regulación internacional de los

35. *Id.* art. 5.

36. Ley No. 9.615 24 de marzo del 1998, Col. Leis Rep. Fed. Brasil, art. 42; *ver también* Joseph Robert Terrell, *O Direito de Arena e o Contrato de Licença de Uso de Imagem [El Derecho de Arena y el Contrato de Licencia de Uso de Imagen]*, REVISTA JUS VIGILANTE (Brasil), 13 de septiembre del 2009, en 1, *disponible en* <http://jusvi.com/artigos/628> (última visita el 14 de marzo del 2010) (“El Derecho de Arena” le provee a los equipos deportivos control sobre la transmisión y retransmisión de eventos deportivos, con ciertas excepciones hechas para el uso periodístico y educativo).

37. C.F. art. 5(XXVIII)(a).

38. Terrell, *supra* nota 36, en 7; *ver también* Swisscam, *Doing Business in Brazil [Haciendo Negocios en Brasil]* 57 (2008), *disponible en* http://www.swisscam.com.br/assets/files/publicacoes/doing_business_pt.pdf (última visita el 14 de marzo del 2010).

39. Swisscam, *supra* nota 38, en 57.

40. U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

41. *Ver* Mizukami, *supra* nota 6, en 70.

42. *Ver* Gilberto Gil, Brazilian Minister of Culture, Speech at New York University [Gilberto Gil, Ministro de Cultura de Brasil, Discurso en la Universidad de Nueva York], *disponible en* http://www.nyu.edu/fas/NewsEvents/Events/Minister_Gil_speech.pdf (última visita el 14 de marzo del 2010).

43. *Ver* Martin LaMonica, Brazil’s Minister of Culture Calls for Free Digital Society [El

derechos de autor para proteger a los consumidores, así como la exploración de las disposiciones legales para el uso personal de material con derechos de autor.⁴⁴ Gil también ha sido un defensor acérrimo del régimen de licenciatuara *Creative Commons*⁴⁵ para la cultura digital que está emergiendo rápidamente como la plataforma de elección para los músicos y artistas.⁴⁶

En septiembre del 2007, Gil dio su versión de las reformas que se necesitan en Brasil en uno de los principales periódicos, *Folha de São Paulo*:

Han pasado diez años desde la última modificación de las leyes de derecho de autor en Brasil, y ahora es el momento para que la sociedad considere si hay necesidad de actualizarlas. Muchos son los (descontentos) con el modelo actual, comenzando con los autores, que no se sienten totalmente protegidos ni bien remunerados. Además, existe el desafío de los nuevos modelos de negocio digitales y también la profundización de la democracia y el deseo de los brasileños de acceder a la cultura, como parte de su formación humana integral.

Hoy la ley es demasiado anacrónica para atender, de forma equilibrada, tanto a autores como a consumidores y ciudadanos. La mera reproducción de un archivo de música en un reproductor de mp3 está en contra de nuestra legislación de autor, ya que ésta no hace ninguna diferencia entre una copia privada y una copia con fines de piratería. Ambos autores y consumidores están de

Ministro de Cultura de Brasil Pide por la Sociedad Gratuita Digital], CNET NEWS, 27 de septiembre del 2007, en 1, http://news.cnet.com/8301-10784_3-9786370-7.html (última visita el 14 de marzo del 2010).

44. *Id.* en 2.

45. *Ver generalmente* Creative Commons, History [Creative Commons, Historia], <http://creativecommons.org/about/history> (última visita el 14 de marzo del 2010); LaMonica, *supra* nota 43; *From Political Prisoner to Cabinet Minister: Legendary Brazilian Musician Gilberto Gil on His Life, His Music and the Digital Divide* [De Prisionero Político a Consejo de Ministro: Músico Legendario de Brasil Gilberto Gil Sobre Su Vida, Su Música y el Repartimiento Digital], DEMOCRACY NOW! [DEMOCRACIA AHORA!], http://www.democracynow.org/2008/6/25/from_political_prisoner_to_cabinet_minister (última visita el 14 de marzo del 2010).

46. Larry Rohter, *Gilberto Gil and the Politics of Music* [Gilberto Gil y la Política de la Música], N.Y. TIMES, 12 de marzo del 2007, disponible en <http://www.nytimes.com/2007/03/12/arts/12iht-gil.4882061.html> (última visita el 5 de noviembre del 2009); LaMonica, *supra* nota 43, en 3; *ver también* Cameron Parkens, *Gilberto Gil on Democracy Now* [Gilberto Gil en Democracia Ahora], CREATIVE COMMONS, 25 de junio del 2008, en 1, <http://creativecommons.org/weblog/entry/8405> (última visita el 14 de marzo del 2010).

acuerdo en que es una manera de difundir la cultura y la remuneración de los artistas⁴⁷

Gil también se ha manifestado con firmeza sobre el papel del gobierno brasileño en el derecho de autor, como lo hizo en la apertura del seminario titulado “La Protección del Derecho de Autor: La Gestión Colectiva y el Papel del Estado,” celebrado en Porto Alegre en julio del 2008 [traducido del portugués]:

Después de tantos años de ignorar este escenario, el estado brasileño, a través del Ministerio de Cultura, ha estado dirigido cada vez más a reanudar un papel en el área [de los derechos de autor]. Distorsiones y deficiencias del sistema vigente en la actualidad son cada vez más visibles en gran parte de la sociedad, que pide al Ministerio de Cultura . . . actuar en busca de una mayor racionalidad y la legitimidad de este sistema, mediante la promoción de cambios en algunos puntos del Derecho de Autor

Los derechos de los autores están en forma positiva en la Constitución Brasileña como derechos fundamentales. Por otra parte, las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna forman parte del Anexo III del Acuerdo Sobre la Organización del Comercio Mundial, conocida por las siglas ADPIC. Por lo tanto, están obligados a nivel nacional e internacional. Están reflejados en las condiciones de su ejercicio efectivo por los autores y las instituciones encargadas de los autores en estos tiempos.⁴⁸

Un departamento dentro del Ministerio de Cultura, el Departamento de Política digital, está dirigido por Claudio Prado.⁴⁹ En una entrevista para un

47. Forum Nacional de la Democratização da Comunicação [Foro Nacional de la Democratización de la Comunicación] (Brasil), *A Importancia dos Direitos Autorais* [La Importancia de los Derechos Autorales], http://www.fndc.org.br/prent.php?p=conteudo&cont_key=183662 (última visita el 14 de marzo del 2010).

48. Gilberto Gil, Brazilian Ministro de Cultura, Pronunciamento do Ministro da Cultura, Gilberto Gil, por Ocasiao da Abertura do Seminario “A Defesa do Direito Autoral: Gestao Coletiva e o Papel do Estado” [Pronunciamento del Ministro de Cultura, Gilberto Gil, con Ocasión de la Apertura del Seminario “En Defensa del Derecho Autoral: Solución Colectiva y la Función del Estado”] (31 de julio del 2008), <http://www.cultura.gov.br/site/2008/07/31/discurso-do-menistro-da-cultura-gilberto-gil-por-ocasio-da-abertura-do-semenario-a-defesa-do-direito-autoral-gestao-coletiva-e-o-papel-do-estado/> (última visita el 14 de marzo del 2010).

49. Press Release, Ministry of Culture [Nota de Prensa, Ministerio de Cultura] (Brasil), *Democracia Tecnológica ou Tecnologia Demoractica?* [Democracia Tecnológica o Tecnología Democrática?] (11 de diciembre del 2007) (en archivo con el autor),

blog de política de medios digitales, Prado reitera el celo de pensamiento progresista de Gil con respecto a los medios digitales:

Creemos que la convergencia de los medios ha obligado al mundo a reconsiderar algunas reglas legales. La emisión digital de [las obras] es una oportunidad fantástica para difundir el acceso al conocimiento. En Brasil, el Ministerio de Cultura ha celebrado un foro nacional para discutir con la sociedad lo que debe ser cambiado en dichas reglas legales. Nuestros esfuerzos se concentran en la búsqueda de un equilibrio entre el derecho de los autores para proteger sus propias creaciones y el derecho universal de acceso a la información.⁵⁰

III. ESTADOS UNIDOS

A. *Una Breve Historia del Derecho de Autor en los Estados Unidos en Cuanto a los Medios Digitales se Refiere*

El software de usuario a usuario (P2P) para compartir archivos es un software que conecta a los usuarios a una red donde pueden descargar archivos directamente desde los ordenadores de otros usuarios de la red. En el 2005, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió el caso de *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*,⁵¹ sosteniendo que las empresas que distribuyen software P2P para compartir archivos podrían ser demandadas por infracción de derechos de autor aun si el propósito principal del software no es un uso infractor.⁵² La comprensión de las ramificaciones de *Grokster* en lo que se refiere a la piratería de música digital requiere familiaridad con la evolución de la protección de los medios de comunicación a lo largo de la historia del derecho de autor en los Estados Unidos.

<http://www.cultura.gov.br/site/2007/12/11/democracia-tecnologica-ou-tecnologia-democratica-2/> (última visita el 14 de marzo del 2010).

50. Entrevista con Claudio Prado, Jefe del Departamento de Política Digital, Ministerio de Cultura (Brasil) (31 de julio del 2008), disponible en <http://blog.ito.com/dmp/2008/07/digital-media-policy-en-brazil.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

51. 545 U.S. 913 (2005).

52. *Id.* En contraste al método tradicional de descargue en el cual los archivos se mantienen en un servidor central por el cual los usuarios se conectan y descargan archivos, sin ninguna conexión directa a los usuarios. Ver generalmente D. SCHODER ET AL., *Core Concepts in Peer-to-Peer Networking* [Conceptos Centrales en el Software de Usuario-a-Usuario], en P2P COMPUTING: THE EVOLUTION OF A DISRUPTIVE TECHNOLOGY [COMPUTACIÓN: LA EVOLUCIÓN DE UNA TECNOLOGÍA PERJUDICIAL] 2 (R. Subramanian y B. Goodman ed., 2005).

El derecho de autor en los Estados Unidos es una extensión del Artículo I, Sección VIII, Cláusula VIII de la Constitución, que establece que el Congreso tendrá el poder “[p]ara promover el Progreso de la Ciencia y las Artes útiles, garantizando por Tiempo limitado a los Autores y a los Inventores el Derecho exclusivo sobre sus respectivos Escritos y Descubrimientos.”⁵³ El Congreso de los Estados Unidos aprobó el primer derecho de autor en 1790, para la protección de los mapas, libros y cartas, dando a sus autores los derechos exclusivos para publicar sus obras.⁵⁴ En su competencia, la protección de derechos de autor fue ampliada en gran parte cuando el Derecho de Autor de 1976 fue promulgado. Esta amplió la protección para incluir obras en todos los medios y para todos los posibles usos derivados siempre y cuando sea parte de “cualquier medio tangible de expresión.”⁵⁵

El reconocimiento internacional de los derechos de autor en los Estados Unidos adquirió importancia con el fortalecimiento de la economía mundial. Como Brasil, los Estados Unidos también aprobó los principios establecidos en el Convenio de Berna en 1989, y posteriormente, en 1994 el Acuerdo ADPIC.⁵⁶ De este modo, la protección de los derechos de autor de estas obras se aplica internacionalmente y los titulares de derechos de autor en los Estados Unidos pudieran tener ahora sus derechos efectivamente protegidos en los países que también son signatarios de estos acuerdos.

La duración de los derechos de autor también ha evolucionado con el tiempo. La Ley de 1790 dio a los autores un plazo de catorce años de protección, con la opción de renovar el derecho de autor por un período adicional de catorce años.⁵⁷ Hoy en día, debido a la promulgación de la ley Sonny Bono para la Extensión de Plazo del Derecho de Autor de 1998, el titular de los derechos de autor goza de un plazo para soportar la vida del autor y, además, setenta años después de la muerte del autor y, para las obras de contratación, el plazo del derecho de autor es de noventa y cinco años a partir de la publicación o ciento veinte años a partir de la creación de ésta, cualquiera que sea menor.⁵⁸

53. U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

54. U.S. Copyright Act of 1790 [Derecho de Autor Estadounidense de 1790]; *ver también* WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHTS [PATRY EN DERECHOS DE AUTOR] §1:19, 1-216, 1-221 (2007).

55. 17 U.S.C. § 102 (1999).

56. Convenio de Berna, *supra* nota 12; ADPIC, *supra* nota 14.

57. U.S. Copyright Act of 1790; *ver también* United States Copyright Office [Oficina del Derecho de Autor Estadounidense], *Information Circular* [Circular Informativo], *disponible en* <http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

58. *Ver generalmente* Sonny Bono Copyright Term Extension [Extensión de Término del Derecho de Autor Sonny Bono], 17 U.S.C. § 304; *ver también* United States Copyright Office [Oficina

B. *El Estado Legal Actual de las Redes P2P en los Estados Unidos*

A pesar de la decisión *Grokster*, las redes P2P siguen existiendo hoy en día en forma limitada⁵⁹ y con cierta incertidumbre en cuanto a su futuro dentro de los Estados Unidos.⁶⁰ Aunque los defensores de derechos de autor y los miembros de la industria de grabación de música suelen estar de acuerdo en que la decisión *Grokster* aclaró que las empresas de software que intenten desarrollar programas para inducir a la infracción del derecho de autor podrían ser responsables por las infracciones,⁶¹ hay pocos casos de apelación publicados que citen a la misma, prestando crédito a la idea de que la mayoría de las empresas de software P2P simplemente no tienen los recursos financieros necesarios para enfrentarse a la *Recording Industry Association of América* (Asociación de Industria de Grabación de América) (RIAA) y las compañías discográficas.⁶² Críticas de la decisión *Grokster* son que la norma creada por el tribunal para decidir la inducción de la responsabilidad de infracción es ambigua y ha tenido un efecto negativo sobre la innovación tecnológica en el ámbito de la distribución de música digital.⁶³

del Derecho de Autor en los Estados Unidos], *Copyright Basics [Básicas del Derecho de Autor]*, disponible en <http://www.copyright.gov/circs/circ1.html#hlc> (última visita el 14 de marzo del 2010).

59. The Pirate Bay [La Bahía del Pirata] (<http://www.thepirenebay.org>) y Internet Chat Relay [La Trasmisión de Internet Chat] (<http://www.irc.org>) son dos ejemplos de las redes P2P que existen hoy en día, la primera de un sitio de web en Suecia en cual los usuarios pueden cargar y descargar archivos de cualquier tipo, y la segunda es de una red de sistemas de sitios web en el cual los usuarios pueden compartir archivos en una sala de conversación.

60. John O. Hayward, *Grokster Unplugged: It's Time to Legalize P2P File Sharing [Grokster Desenchufado: Es Tiempo de Legalizar el Compartimiento de Archivos P2P]*, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=john_hayward; ver también Wired's 2005 prediction en *The Real Lesson of Grokster [La predicción de Wired del 2005 en La Verdadera Lección de Grokster]*, 29 de junio del 2005, disponible en <http://www.wired.com/science/discoveries/news/2005/06/68033> (última visita el 14 de marzo del 2010).

61. Center for Democracy & Technology [Centro para la Democracia y la Tecnología], *Interpreting Grokster: Limits on the Scope of Second Liability for Copyright Infringement [Interpretando a Grokster: Límites en el Ámbito de la Responsabilidad Secundaria por la Violación del Derecho de Autor]*, 2006 STAN. TECH. L. REV. 3, 3 (2006).

62. Es evidente por razón de que todas las redes de P2P quebraron antes que *Grokster*. Ver MTV's 2001 article, *Record Industry Sues Morpheus and Other Decentralized Sharing Services [Artículo de MTV del 2001, Industria Disquera Demanda a Morpheus y a Otros Servicios de Compartimiento Descentralizados]*, disponible en <http://www.mtv.com/news/articles/1449535/20011003/story.jhtml> (última visita el 14 de marzo del 2010).

63. Alvin Chan, *The Chronicles of Grokster: Who is the Biggest Threat in the P2P Battle? [Las Crónicas de Grokster: ¿Quién es la Peor Amenazante en la Batalla P2P?]*, 15 UCLA ENT. L. REV. 291, 294 (2008).

A medida que las compañías de software comienzan a hacer su camino en el laberinto jurídico creado por la decisión *Grokster*, la demanda para la adquisición de licencias de titulares de derechos de autor, indudablemente, incrementará.⁶⁴ La obtención de estas licencias es fundamental para que estas empresas eviten la responsabilidad millonaria por infracciones potenciales de derechos de autor a través de la utilización de sus sistemas de distribución de música en línea. Lo que no se sabe es cómo y si acaso estas empresas abordarán la cuestión de obtener las licencias de los cientos de miles de propietarios de derechos de autor que existen, una tarea que indudablemente demostrará ser astronómicamente cara, si no imposible. Con iTunes, el nuevo Napster, y otras grandes empresas de software que se han establecido firmemente en el mercado de música en línea, las redes P2P estilo *Grokster* ya no tienen un modelo de negocio viable y, en este punto, deben adoptar una actitud de “esperar y ver” la forma en que la importancia doctrinal de *Grokster* se desempeñará en los tribunales.⁶⁵

C. *La Búsqueda de Infractores de Derechos de Autor*

Recientemente, la RIAA ha intensificado sus esfuerzos para ampliar el alcance de la infracción del derecho de autor.⁶⁶ Es de notar el último éxito del caso iniciado por la RIAA contra Jammie Thomas.⁶⁷ El 4 de octubre del 2007, un jurado anunció su veredicto contra Thomas, una madre independizada con dos hijos en Minneapolis, Minnesota, en la cantidad de doscientos veintidós mil dólares por veinticuatro cargos de infracción de derechos de autor.⁶⁸ La RIAA presentó esta esperada demanda alegando que Thomas utilizó programas informáticos para compartir 24 archivos de música digitales con otros usuarios del software, permitiendo a estos usuarios la descarga ilegal de archivos de música desde su disco duro al disco duro de estos usuarios sin la compra de obras musicales.⁶⁹ La RIAA afirma que Thomas utilizó un servicio de música libre de P2P para

64. *Id.* en 305.

65. *Id.* en 300.

66. Electronic Frontier Foundation [Fundación de la Frontera Electrónica], *RIAA v. The People: Five Years Later* [RIAA v. La Gente: Cinco Años Después], <http://www.eff.org/wp/riaa-v-people-years-later> (última visita el 14 de marzo del 2010).

67. *Capitol Records, Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210, 1210 (D. Minn. 2008).

68. *Id.* en 1212; *ver también* Greg Sandoval, RIAA wins key victory: accused file sharer must pay \$220,000 [RIAA gana la victoria clave: el acusado compartidor de archivos debe pagar 220,000 dólares], CNET NEWS, 4 de octubre del 2007, http://news.cnet.com/8301-10784_3-9791383-7.html?part=dtx (última visita el 14 de marzo del 2010).

69. 579 F. Supp. 2d en 1212–13; *ver también* Sandoval, *supra* nota 68 (con relación al número de archivos de música que violan los derechos de autor).

compartir 1,702 archivos de música en su computadora con otros usuarios del servicio, lo que puso la música en su ordenador a la disposición de otros usuarios para su descarga.⁷⁰ La RIAA sostuvo que esta “disposición” de material con derechos de autor constituye una infracción, aunque no había prueba de la distribución de la música a otros usuarios.⁷¹ Por causa de un error de instrucciones al jurado y el apoyo de la jurisprudencia en contra de la “disposición” de material con derechos de autor como prueba de la distribución del material, el veredicto contra Thomas fue anulado y se espera un nuevo juicio.⁷²

Un tribunal federal del distrito en Connecticut rechazó recientemente el argumento de la “disposición,” disminuyendo el caso de la RIAA.⁷³ El resultado final de éstos y otros casos denunciados por la RIAA y las discográficas es de mucho interés para la comunidad de propiedad intelectual ya que la RIAA no ha logrado ganar un solo caso de infracción de derechos de autor contra un usuario de P2P.⁷⁴ Una victoria para la RIAA en cualquiera de los casos basados en el argumento de la “disposición” tendría efectos de gran alcance en la legislación de derecho de autor.⁷⁵

D. *Uso Permissible y La Descarga de Música*

La noción de “uso permissible” fue codificada en el Derecho de Autor de 1976.⁷⁶ El uso permissible de material con derechos de autor no constituye infracción.⁷⁷ Ejemplos de usos permisibles incluyen el comentar, criticar o crear una parodia de una obra protegida.⁷⁸ Hablando prácticamente, el uso permissible sirve de defensa a una infracción del

70. Aunque, técnicamente, la RIAA pudiese haber hecho la demanda por la violación del derecho de autor por causa de todos los archivos en su computadora, la acción judicial fue únicamente basada en 24 archivos. *RIAA v. The People*, *supra* nota 66, en 7.

71. *Thomas*, 579 F.Supp. 2d en 1215.

72. *Id.* en 1221, 1226

73. *Atlantic Recording Corp. v. Brennan*, 534 F.Supp.2d 278, 281–82 (D. Conn. 2008).

74. *RIAA v. The People*, *supra* nota 66, en 7; *ver también* David Kravets, *Judge Declares Mistrial in RIAA-Jammie Thomas Trial* [Juez Declara Anulación de Juicio en Juicio de RIAA-Jammie Thomas], <http://blog.wired.com/27bstroke6/2008/09/not-for-publica.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

75. *Ver Thomas*, *supra* nota 67, en 1221, 1228 (con relación a la concesión de daños desproporcionados).

76. Copyright Act [Derecho de Autor], 17 U.S.C. § 107 (1992).

77. *Id.*

78. *Id.*

derecho de autor, si uno de los usos referidos se pone en duda, como se ha visto en muchos casos ante un tribunal federal.⁷⁹

Descargar música de servicios P2P con la intención de “probar antes de comprar” no se puede considerar como uso permisible. En *BMG Music v. González*, González alegó que descargó archivos de música utilizando el software P2P para “probar” la música antes de adquirir los archivos en otros lugares.⁸⁰ Cuando se presentó la demanda, ella alegó que no había infringido los derechos del autor, sino que sus acciones eran “uso permisible” del material.⁸¹ Se estableció, sin embargo, que ella no borró las treinta canciones de su computadora incluso después de determinar que no iba a comprarlas.⁸² El Tribunal del Séptimo Circuito de Apelaciones no estuvo de acuerdo con González, y constató que la descarga de música no era “uso permisible” de material con derechos de autor según el principio establecido en *Grokster* que el uso principal de los servicios gratuitos de descarga de música P2P es para infringir derechos de autor sobre el material.⁸³

La descarga de música, incluso si quien la descarga es su propio dueño, no califica como uso permisible. En *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.*, el sitio web MP3.com trató de establecer un servicio donde los suscriptores pueden escuchar la música que ya poseen usando archivos de música que MP3.com copiaba y almacenaba en sus servidores web.⁸⁴ La empresa UMG presentó una demanda de infracción de los derechos de autor y el sitio web utilizó como defensa el uso permisible ya que la música que el sitio web compartía con los usuarios ya les pertenecía.⁸⁵ Aunque MP3.com implementó medidas para verificar si el suscriptor era de hecho el propietario de la música a ser descargada, el tribunal sostuvo que el acto inicial de copiar la música a los servidores web constituía una infracción y que el uso permisible no se aplicaba en este caso.⁸⁶

79. 17 U.S.C. § 107; ver, por ejemplo, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 572 (1994).

80. 430 F.3d 888, 889–90 (7th Cir. 2005).

81. *Id.* en 889.

82. *Id.* en 890.

83. *Id.* en 890; ver *MGM Studios, Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913, 948 (2005).

84. 92 F. Supp. 2d 349, 350 (S.D.N.Y. 2000).

85. *Id.*

86. *Id.*

E. *La Reforma del Derecho de Autor en los Estados Unidos*

La legislación reciente ha tenido como objetivo corregir las deficiencias del derecho de autor en los Estados Unidos con respecto a la tecnología moderna. En 1998, la Ley del Milenio de Derechos Digitales del Autor (DMCA) fue aprobada como ley por el Presidente Bill Clinton y fue un paso importante para garantizar la protección legal de los derechos de autor.⁸⁷ La ley creó un marco a través de sanciones penales que pueden imponerse a las personas que intencionalmente eviten poner en marcha sistemas de protección contra la violación de los derechos de autor, tales como la *Digital Rights Management* (Gestión de Derechos Digitales) (DRM).⁸⁸ Estas medidas de seguridad son la primera línea de defensa contra la piratería digital, ya que evitan que las computadoras sean capaces de leer los archivos de música.⁸⁹ Entendiendo que la política pública dicta que hay ciertos casos en que estas medidas de seguridad pueden y deben ser evitadas, el Congreso creó una lista de excepciones a esta política de lucha contra la elusión de las instituciones, tal como la Biblioteca del Congreso y la distribución de obras literarias como los e-books (libros electrónicos).⁹⁰ Estas excepciones se volverán a examinar cada tres años para garantizar que cada una de las excepciones no “[afecten] . . . negativamente el cumplimiento de las leyes autorales debido a la prohibición de la elusión. . .”⁹¹

Además, la Ley del Entretenimiento de la Familia y el Derecho de Autor de 2005 (FECA)⁹² fue un intento del Congreso para bloquear la piratería de música copiada ilegalmente antes de que las obras sean

87. Digital Millennium Copyright Act [Ley del Milenio Digital del Derecho de Autor] (DMCA), Pub. L. No. 105–304, § 404, 112 Stat. 2860 (1998).

88. *Id.* § 1204.

89. *Ver generalmente* Rita Lewis, *What is DRM and Why Should I Care?* [*¿Que es DRM y Porque me Deberia Importar?*], FIREFOX NEWS, 1 de enero del 2008, <http://firefox.org/news/articles/1045/1/What-is-DRM-and-why-should-i-care/Page1.html> (última visita el 14 de marzo del 2010).

90. Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. No. 105–304 en § 404; *ver también* U.S. Copyright Office: Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Technological Measures that Control Access to Copyrighted Works [Oficina del Derecho de Autor de los Estados Unidos de América: La Reglamentación de Excepciones de la Circumvención de Medidas Tecnológicas que el Acceso de Control a las Obras Protegidas por el Derecho de Autor], <http://www.copyright.gov/1201/> (última visita el 14 de marzo del 2010) [en lo sucesivo *Reglamentación de Excepciones*].

91. *Reglamentación de Exenciones, supra* nota 90.

92. Family Entertainment and Copyright Act [Ley del Entretenimiento de la Familia y el Derecho de Autor], Pub. L. No. 109–9, 119 Stat. 218 (2005).

realmente distribuidas. Por ejemplo, FECA autoriza el enjuiciamiento penal de las personas que graban películas ilegalmente en salas de cine.⁹³

A pesar de los esfuerzos del Congreso para disminuir la infracción del derecho digital del autor y proteger los derechos de las empresas privadas de obtener ganancias, algunos podrían argumentar que se debe prestar atención a las necesidades del público. Mark Lemley, Profesor de Derecho en la Universidad de Stanford y Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología, ha pronunciado lo siguiente sobre esta cuestión:

Si bien la reducción de infracción de derechos de autor es un objetivo importante, no puede y no debe ser el único objetivo de la política pública. El Congreso debería también preocuparse en que la aplicación sobreferviente de los derechos de autor para crear un ambiente hostil para la innovación tecnológica y los modelos de negocio empresarial. Se debe tratar de equilibrar estos intereses importantes, de manera efectiva para la protección del derecho de autor, y también para preservar un ambiente en el que la innovación pueda prosperar.

El Congreso tampoco puede simplemente confiar en las garantías de la industria del derecho de autor de que fomentara por sí misma la innovación, o controlar sólo las innovaciones “malas” y no las “buenas.” La industria de contenidos ha demostrado poca visión de futuro, una y otra vez tratando de sofocar las tecnologías que en última instancia, no sólo han resultado beneficiosas para la sociedad, sino también para los titulares de los derechos de autor. Intentaron—y afortunadamente fallaron—en apagar jukeboxes, la radio, la televisión por cable, VCR, y el reproductor de mp3. Tal vez no debería sorprendernos que las empresas negociadas en mercados bursátiles deben tener un enfoque a corto plazo, buscando en este trimestre un resultado final y no lo que beneficiará a la sociedad en el largo plazo.⁹⁴

Otros expertos preferirían que el Congreso abordara la miríada de problemas dentro del marco actual de licencias de derechos de autor. La Honorable Mary Beth Peters, Registradora de Derechos de Autor de los Estados Unidos, sostiene que la lucha contra la piratería musical debe involucrar de manera efectiva una drástica revisión de las disposiciones

93. *Id.*

94. Mark Lemley, *Testimony Before the Senate Committee on the Judiciary* [Testimonio Ante el Comité Judicial del Senado] (2005), disponible en http://judiciary.sen.gov/heaengs/testimony.cfm?id=1624&wit_id=4687 (última visita el 14 de marzo del 2010) [en lo sucesivo *Testimonio Lemley*].

anticuadas de la sección 115 del Derecho de Autor.⁹⁵ Esta sección de la ley prevé la concesión obligatoria de licencias para la gestión de la reproducción y la distribución de derechos de obras musicales no dramáticas por medio de entregas de fonogramas físicos y digitales.⁹⁶ Peters sostiene que esta sección raramente funciona para obligar a la licenciatura, sino que simplemente establece el límite máximo de la tasa de regalías en licencias, negociadas privadamente y a la vez pone límites artificiales en el mercado.⁹⁷ La estructura de “uno-a-la-vez” de esta sección hace que sea difícil, si no imposible, que los servicios de música en línea puedan adquirir la cantidad de licencias necesarias para la gran biblioteca de música que pondrán a disposición de los clientes.⁹⁸ Peters considera que mientras que *Grokster* ha nivelado el campo de juego en favor de los servicios legítimos de música en línea que entran en el mercado, la decisión del Tribunal Supremo no servirá para nada si el Congreso no reforma los métodos mediante los cuales se pagan regalías y, más importante aún, moderniza los regímenes de concesión de licencias a fin de que pueda permitir la rápida y eficaz obtención de los derechos exclusivos necesarios para un gran número de obras.⁹⁹

Otros prefieren que el derecho de autor de los Estados Unidos sea reescrito por completo. Pamela Samuelson, codirectora del Centro de Derecho y Tecnología de Berkeley, indica que las cuestiones se plantean con demasiada rapidez con respecto a las nuevas tecnologías e innovaciones para que el derecho vigente de autor pueda responder eficazmente.¹⁰⁰ Samuelson escribe que las leyes de derecho de autor deben incluir sólo los elementos básicos necesarios para la protección del derecho de autor y que cualquier otra disposición que se incluya debe ir acompañada por una justificación, indicando la razón por la cual la disposición fue adoptada.¹⁰¹ Las leyes deben articular los objetivos que pretenden lograr y ofrecer orientación en cuanto a la forma en que estos efectos deberán ser

95. 17 U.S.C. § 115 (2008); Mary Beth Peters, *Testimony Before the Senate Committee on the Judiciary [Testimonio Ante el Comité Judicial del Senado]* (2005), disponible en http://judiciary.sen.gov/hearengs/testimony.cfm?id=1624&wit_id=4682 (última visita el 14 de marzo del 2010) [en lo sucesivo *Testimonio Peters*].

96. 17 U.S.C. § 115.

97. *Id.*

98. *Id.*

99. *Id.*

100. *Ver generalmente* Pamela Samuelson, Preliminary Thoughts on Copyright Reform [Pensamientos Preliminares en la Reforma del Derecho de Autor], 2007 UTAH L. REV. 551 (2007).

101. *Id.* en 569.

equilibrados en caso de conflicto.¹⁰² Quizás más importante, las leyes de los Estados Unidos deberían estar escritas en “Inglés sencillo” para que la gente corriente pueda entender las leyes y las razones por las cuales cada una de las disposiciones forman parte del marco legal fundamental.¹⁰³

Dados los tantos desafíos que enfrenta el Congreso de los Estados Unidos en la próxima década, incluyendo la guerra de Irak, el calentamiento global, y la economía, es probable que estas reformas queden en el olvido. Mientras que el mercado en línea continúe creciendo rápidamente y las polémicas se manifiesten, el Congreso y los tribunales no tendrán más remedio que abordar la reforma del derecho de autor.¹⁰⁴

IV. UNA COMPARACIÓN DE LOS ENFOQUES DE BRASIL Y LOS ESTADOS UNIDOS EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA DE MÚSICA

A. *Legislación*

Dada la limitación de obras legales brasileñas sobre los derechos de autor, hay determinados aspectos de la ley que son los indicados para comparar con los Estados Unidos. La opinión predominante en la profesión legal brasileña es que una protección fuerte del derecho de autor es fundamental para la innovación musical y cultural y que las limitaciones y excepciones contenidas en las leyes deben interpretarse en forma estricta por el poder judicial.¹⁰⁵ La legislación del derecho de autor se limita a la Ley No. 9.610,¹⁰⁶ de vez en cuando a la Ley No. 9,609 (derecho de autor de programas informáticos), al Código Penal y a los tratados internacionales. En Brasil se estudia el derecho de autor como un subsistema de la legislación brasileña, en lugar de un brazo del cuerpo más grande de la ley.¹⁰⁷

Los Estados Unidos, por otra parte, está repleto de legislación en el ámbito del derecho de autor. La incapacidad de Brasil de articular la lógica detrás del sistema de limitaciones y excepciones y la continua protección de derechos de autor bajo el marco del derecho penal está muy lejos del sistema estadounidense.¹⁰⁸ Históricamente, la jurisprudencia en los Estados Unidos tiende a mostrar que hay que conseguir un equilibrio entre los

102. *Id.* en 560.

103. *Id.* en 559–60.

104. *Ver generalmente* Samuelson, *supra* nota 100.

105. Mizukami, *supra* nota 6, en 109.

106. *Id.* en 110; *ver también* Decreto No. 2.848, *supra* nota 22; ADPIC, *supra* nota 14.

107. Mizukami, *supra* nota 6, en 110–11.

108. *Id.* en 110.

intereses públicos y privados, por medio de darles derechos exclusivos de propiedad a los autores y fomentando un mercado competitivo mediante el suministro de acceso fácil al público de obras de autores y las ideas que estas abarcan.¹⁰⁹

B. Implementación Penal

La implementación penal a través de la aplicación del Artículo 184 sigue siendo el método principal para hacer frente a la infracción de derechos digitales en Brasil. Ya que en Brasil el derecho de autor nace fuera del Código Penal, y el modelo actual de limitaciones y excepciones proporciona poca flexibilidad de interpretación, las autoridades cuentan con poco para trabajar aparte del código penal.¹¹⁰

Los Estados Unidos se basa menos en la implementación penal que Brasil, aunque esto tal vez cambie. Una promulgación reciente de los Estados Unidos parece indicar que el Congreso está tratando de fortalecer la relación entre los aspectos civiles y penales de los derechos de autor.¹¹¹ En octubre del 2008, el Presidente Bush firmó la ley S.3325, la Ley de Implementación de Propiedad Intelectual del 2008, que autoriza la creación de un “Zar” de Propiedad Intelectual que se encargará de ejecutar un plan nacional para combatir la piratería e “informar directamente al Presidente y al Congreso nacional con respecto a programas de observancia para la propiedad intelectual.”¹¹² Originalmente, la Ley también incluía disposiciones que hubiesen dado al Departamento de Justicia de los Estados Unidos la autorización para investigar y hacer cumplir los derechos de autor de manera civil, así como penal; sin embargo, el Departamento de Justicia cabildeo en contra de estas disposiciones con éxito, argumentando que el enjuiciamiento civil por infracción de derechos de autor le restaría recursos al sistema de ejecución penal y añadiría otra capa de burocracia para la aplicación del derecho de autor.¹¹³ Como resultado de una “Mesa Redonda

109. Frank Pasquale, *Beyond Napster: Using Antitrust Law to Advance and Enhance Online Music Distribution* [Más Allá de Napster: Usando Leyes de Antimonopolios para Avanzar y Mejorar la Distribución de Música En Línea], 8 B.U.J. SCI. & TECH. L. 451, 488 (2002).

110. *Id.* en 72–73.

111. S. 3325, 110th Cong. (aprobada por el Senado, 24 de julio del 2008), disponible en <http://www.techlawjournal.com/cong110/bills/senene/eipr/20080724is.pdf> (última visita el 14 de marzo del 2010).

112. *Id.* tit. IV, § 401(b)(1)(D).

113. Para una explicación de algunas disposiciones problemáticas en la ley, ver Grant Gross, US DOJ: Copyright Protection is Flawed [Departamento de Justicia de los Estados Unidos: La Protección del Derecho de Autor es Defectiva], 24 de septiembre del 2008, http://www.pcworld.com/article/151493/.html?tk=rss_news (última visita el 14 de marzo del 2010).

Sobre los Derechos de Autor,”¹¹⁴ estas disposiciones fueron retiradas antes de la promulgación de la Ley;¹¹⁵ sin embargo, la intención original del Congreso puede ser una señal de lo que vendrá.

C. *Implementación Civil*

Es difícil determinar el estatus de la implementación civil de los derechos de autor en Brasil, pues nadie se ha presentado alegando haber sido objeto de demandas judiciales.¹¹⁶ Brasil ha visto un incremento en las acciones civiles provocadas por la IFPI y la Asociación Brasileña de Registro de Productores de Discos (ABPD), sin embargo, las demandas se centran exclusivamente en los usuarios que cargan bibliotecas digitales con más de 3,000 archivos de música.¹¹⁷ Los usuarios que descargan música no han sido el objetivo de estas demandas.¹¹⁸ Luego de una reciente sentencia que prohíbe a proveedores de servicios de Internet divulgar la identidad de sus usuarios, la probabilidad de que el litigio sea a gran escala parece baja.¹¹⁹

La implementación civil en los Estados Unidos, por otra parte, se mantiene alerta. Los litigantes tienen una plétora de instrumentos jurídicos para ayudarles en sus acciones civiles. La RIAA ha llevado más de 30,000 demandas contra individuos por infracciones de derechos de autor entre el 2003 y el 2008.¹²⁰ Las demandas se han centrado en todas las partes interesadas, así como el descargador, aquellos que cargan los archivos, las empresas de software y los proveedores de servicios de Internet. Indemnización legal por cada infracción puede llegar a 150,000 dólares,¹²¹ proporcionando gran incentivo económico para los abogados al tomar estos

114. Sherwin Siy, *Roundtable on Copyright Damages: "What are we doing here?"* [Mesa Redonda Sobre los Daños del Derecho de Autor: "¿Qué estamos haciendo aquí?"], <http://www.publicknowledge.org/node/1369> (última visita el 14 de marzo del 2010).

115. Richard Esguerra, *Bush Signs Intellectual Property Enforcement Bill* [Bush Firma la Ley de Aplicación de Propiedad Intelectual], disponible en <http://www.eff.org/deeplinks/2008/10/bush-signs-intellectual-property-enforcement-bill> (última visita el 14 de marzo del 2010); Press Release of Senator Ron Wyden [Nota de Prensa del Senador Ron Wyden], Senate Drops Civil Enforcement Provisions from Intellectual Property Act [El Senado Deja Caer de la Ley la Aplicación Civil de las Provisiones de la Propiedad Intelectual] (30 de septiembre del 2008), disponible en <http://wyden.senate.gov/newsroom/record.cfm?id=303564> (última visita el 14 de marzo del 2010).

116. Mizukami, *supra* nota 6, en 99.

117. *Id.*

118. *Id.*

119. *Id.* en 100.

120. RIAA v. The People, *supra* nota 66, en 1.

121. 17 U.S.C. § 504 (2004).

casos. Como resultado, la tendencia litigiosa en los Estados Unidos está directamente opuesta a la tendencia en Brasil.

D. Políticas Públicas

Los Estados Unidos siempre ha basado sus políticas públicas en materia de protección de la propiedad intelectual en la filosofía de que los derechos de autor se dispensarán como un incentivo y una recompensa a la innovación.¹²² El titular de los derechos de autor tiene el derecho exclusivo a beneficiarse por su labor y la sociedad en su conjunto se beneficia por tener acceso a un trabajo que, de otro modo, se mantuviera en secreto.¹²³ La filosofía estadounidense constituye un fuerte contraste a la opinión de Brasil sobre los derechos de propiedad intelectual, donde las excepciones y limitaciones son vistas como una concesión a la opinión pública, así como una expresión de la generosidad del autor y no como una cuestión necesaria para promover la innovación.¹²⁴ La filosofía actual de Brasil sirve para promover la protección de la industria por medio de la representación del autor centrándose exclusivamente en el autor, a pesar de la idea de que los autores poseen derechos morales irrenunciables sobre sus obras y al mismo tiempo tienen derecho a sustituirse a sí mismos como autores con cualquier agente de la empresa.¹²⁵

V. RECOMENDACIONES PARA LOS ESTADOS UNIDOS Y BRASIL

A. Brasil

Actualmente, en Brasil, si el consumidor compra un disco compacto de música para uso personal y copia la música a su ordenador u otro dispositivo de almacenamiento, está en violación de la ley brasileña de propiedad intelectual. Las personas que graban programas de televisión para verlas en otro momento y los que hacen parodia de materiales con derechos de autor, también estarían en peligro de violar la ley. El resultado es que posiblemente, millones de ciudadanos estén actuando en violación

122. Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property* [Justificaciones Supuestas Versus Justificaciones Hechas por la Propiedad Intelectual], http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=494424 (última visita el 14 de marzo del 2010).

123. *Id.* en 2.

124. Paula Martini, *Brazilian Limitations and Exceptions to Copyright: Impacts on A2K* [Limitaciones y Exenciones Brasileñas al Derecho de Autor: Impactos al A2K], <http://commons.org/articles/brazilian-limitations-and-exceptions-to-copyright-impacts-on-a2k> (última visita el 14 de marzo del 2010) [en lo sucesivo Limitaciones].

125. *Ver id.*

directa de la ley en forma regular, lo que sería cómico si no fuese realidad. La culpa de esta situación ilógica se encuentra aparentemente en el rigor con el que las excepciones y limitaciones se aplican en Brasil. Los jueces en el sistema de derecho civil de Brasil no están autorizados a ampliar innecesariamente el alcance limitado del derecho de autor, a pesar de la arremetida de la tecnología disponible hoy en día. En pocas palabras, la legislación brasileña no ha adoptado el concepto de uso permisible, a diferencia de los Estados Unidos.¹²⁶ En caso que Brasil adoptara una política similar al uso permisible, las infracciones al derecho de autor que cometen muchos brasileños cada día se convertirían en una cosa del pasado.

Por otra parte, las limitaciones y excepciones de la ley deben ser revisadas para ser flexibles y orgánicas a fin de que puedan permanecer fuertes frente a la evolución de los mercados y las tecnologías mundiales.¹²⁷ Por ejemplo, debería existir un derecho a la copia privada para uso personal de obras musicales digitales que han sido adquiridas legalmente, y también se deberían hacer excepciones para las bibliotecas tal como otros usos educativos.¹²⁸

B. *Estados Unidos*

En este mundo posterior a *Grokster*, hay tres acciones que el Congreso puede tomar para aliviar la carga actual de los titulares de derechos de autor y los innovadores. En primer lugar, el Congreso puede aprobar leyes para facilitar a los titulares de derechos de autor para localizar a aquellos que violan sus derechos.¹²⁹ Parte de la razón por la cual los servicios de software P2P se encuentran envueltos en juicios de derecho de autor es que es difícil que los titulares de derechos de autor tomen acción legal contra los infractores directamente.¹³⁰ Al quitarle presión a las empresas de software P2P, los titulares de los derechos tendrían menos tendencia de ir en contra de los intermediarios, tales como las empresas de software, de una manera que ponga en peligro la innovación tecnológica.¹³¹

En segundo lugar, con la llegada de los servicios de música que requieren miles de obras musicales con el fin de dar al cliente el contenido en línea que deseen, un sistema debe ser puesto en marcha para hacer que

126. *Id.*

127. *Ver generalmente* Limitaciones, *supra* nota 124.

128. *Ver id.*

129. Testimonio Lemley, *supra* nota 94.

130. *Id.*

131. *Id.*

los derechos de propiedad intelectual se obtengan más fácilmente.¹³² La simplificación de la complejidad de las normas involucradas en el proceso vigente de obtener los derechos contribuiría a impulsar la innovación vigente y haría que la aplicación de derechos de autor sea más eficaz.¹³³

Por último, la tecnología y las empresas de software deben tener un mejor aislamiento contra la responsabilidad.¹³⁴ El sistema vigente está diseñado para castigar a los infractores directos con sanciones civiles y penales. Implementados de esta manera, los recursos para los titulares de derechos de autor son la restitución para el propietario del derecho y la disuasión de la infracción.¹³⁵ De la manera que las leyes vigentes se aplican hoy en día, sin embargo, los titulares de derechos de autor están ganando terreno porque son los intermediarios de las empresas de tecnología quienes acaban en pleitos simplemente porque están ofreciendo un producto que algunos de sus clientes están utilizando incorrectamente.¹³⁶

VI. CONCLUSIÓN

Es hora de que los órganos legislativos de ambos países comprendan que los derechos de autor no son adecuados en faz del panorama tecnológico del mundo vigente. El derecho vigente del autor en Brasil hace que cualquier usuario de Internet sea un potencial delincuente y un infractor de derechos de autor. El derecho de autor vigente en los Estados Unidos es laberíntico y tortuoso, y sólo sirve para engordar las billeteras de las megacorporaciones y grupos de presión con suficiente dinero y munición jurídica para hacer su camino a través del sistema de concesión de licencias. Mientras ambos países se inclinan cada vez más en sus sistemas penales para remediar infracciones de propiedad intelectual, los usuarios de Internet medios no sólo deben recibir protección contra demandas de los titulares de derechos de autor, sino también deben considerar que sus actividades en línea, aparentemente inocentes, pueden desembarcarlos en la cárcel. Los consumidores están confundidos, frustrados y enojados, y continuarán expresando sus preocupaciones en voz alta hasta que sus inquietudes sean escuchadas.

Existen algunos motivos para ser optimista. Brasil y los Estados Unidos son dos potencias mundiales de propiedad intelectual digital, cuya filosofía y leyes parecen ser de polinización cruzada. A medida que más

132. *Id.*

133. *Id.*

134. Testimonio Lemley, *supra* nota 94.

135. *Id.*

136. *Id.*

países comiencen a trabajar juntos para hacer frente a los problemas de la Internet que el mundo se enfrenta, con suerte habrá participación más amplia de ambos países en futuros tratados internacionales de derechos de autor a fin de que la implementación de recursos se pueda llevar a cabo de manera equitativa a los ciudadanos de todo el mundo.¹³⁷ De hecho, actualmente hay esfuerzos para modificar los derechos de autor de cada uno de los países basándose en el Convenio de Berna y el Acuerdo ADPIC¹³⁸ a fin de que los derechos de autor del futuro puedan llegar a un nivel de entendimiento y lograr que se de más apoyo al desarrollo social del Tercer Mundo,¹³⁹ promover y proteger la innovación, y salvaguardar el interés del público en materia del derecho de autor.

Tanto los Estados Unidos como Brasil tienen mucho que ganar con el fortalecimiento de su solidaridad con respecto al derecho de autor. Mientras que el acceso a la Internet se hace más generalizado en todo Brasil, las industrias de derechos de autor de los Estados Unidos se darán cuenta que Brasil es un mercado cada vez más importante—si es que las leyes pueden seguir el ritmo.

137. *Ver generalmente* Michael A. Ugoleni, *The Protection of Intellectual Property in Brazil* [La Protección de la Propiedad Intelectual en Brasil], 5 *NAFTA: L. & BUS. REV. AM.* 430, 431 (1999).

138. *Ver generalmente* Graeme W. Austin, *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace* [Elecciones de Política Social y la Elección de Derecho para la Violación del Derecho de Autor en el Ciberespacio], 79 *OR. L. REV.* 575 (2000).

139. *Ver generalmente* Peter Yu, *P2P and the Future of Private Copyright* [P2P y el Futuro del Derecho de Autor Privado], 76 *U. COLO. L. REV.* 653 (2005).