



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS
Y
DERECHOS DE AUTOR**

**"PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE AUTOR
DE LAS OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET"**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:**

ROMÁN SOTO TRUJANO



Director de Tesis: Lic. Adán Reséndiz Serrano

Ciudad Universitaria

Abril 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE PATENTES,
MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR

4 DE ABRIL DE 2006

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE
SERVICIOS ESCOLARES
P R E S E N T E.

El pasante de Derecho señor, **ROMÁN SOTO TRUJANO**, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del **LIC. ADÁN RESENDIZ SERRANO**, la tesis titulada:

“PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE AUTOR DE LAS OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET”.

En consecuencia y cubierto los requisitos esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicitan a usted tenga a bien autorizar los trámites para la realización de dicho examen.

A T E N T A M E N T E.
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”.


CÉSAR BENEDICTO CALLEJAS HERNÁNDEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora le concede para someter tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración de examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”.



CBCH*amr.

Agradecimientos:

A mis Padres, a quienes por su ayuda y ejemplo incondicional, esta victoria les pertenece. Les quiero y les admiro, gracias de todo corazón!!!

A mis hermanos, Fidel, Jesús, Lydia y Alicia.

A la Facultad de Derecho de la UNAM, de quien me siento orgulloso y a quien buscaré poner su nombre muy en alto.

Y principalmente Gracias a Dios!!!!

ÍNDICE

Introducción.	7
CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS DE AUTOR.	
1.- Concepto del Derecho de Autor.	9
2.- Elementos principales del concepto de Derecho de Autor.	11
3.- Obras que protege el Derecho de Autor.	16
4.- Sujetos del Derecho de Autor.	19
5.- Derechos Morales y Patrimoniales de Autor.	21
6.- Los derechos conexos.	28
7.- Limitaciones del Derecho de Autor.	31
8.- Modalidades del Derecho de Autor.	34
CAPÍTULO SEGUNDO. INTERCAMBIO, OBTENCIÓN O DESCARGA GRATUITA DE OBRAS MUSICALES A TRAVÉS DEL INTERNET.	
1.- Concepto de internet. Regulación legal y jurisdicción aplicable en caso de controversias.	40
2.- Tipos de información que puede intercambiarse, obtenerse o descargarse del internet.	49
3.- Obras musicales en el internet, así como sus diversos formatos.	51
4.- Formas de intercambio, obtención o descarga de obras musicales en el internet.	54
5.- Estudio y análisis del caso Napster.	56
6.- Estudio y análisis de otras redes “entre pares”, “P2P” o “Peer to Peer”.	60
CAPÍTULO TERCERO. OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET, SU REGULACIÓN LEGAL Y SITUACIÓN ACTUAL EN MÉXICO.	
1.- Concepto de obra musical.	62
2.- Derechos morales y patrimoniales de una obra musical.	63
3.- Obras musicales en el internet, su intercambio, obtención o descarga. ¿Constituye una infracción o violación a los derechos de autor de los titulares?. .67	

4.- Postura de Sociedades mexicanas de Gestión Colectiva así como de productores de fonogramas.	77
5.- Postura del Instituto Nacional del Derecho de Autor.	81
6.- Postura del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.	84

CAPÍTULO CUARTO. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR DE OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET.

1.- Revisión y análisis de Tratados y convenios internacionales.	86
a) Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.	87
b) Convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.	90
c) Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.	92
d) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.	94
e) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas.	100
2.- Postura de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).	105

CAPÍTULO QUINTO. MEDIOS DE DEFENSA CON QUE CUENTAN LOS TITULARES DE OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET Y PROPUESTA DE REGULACIÓN.

1.- Medios de defensa establecidos en la Legislación Mexicana.	112
2.- Medios de defensa internacional.	122
3.- Sanciones aplicables.	124
4.- Resoluciones o soluciones adoptadas por Autoridades Nacionales e Internacionales, ante una situación similar.	127
5.- Propuesta de regulación.	131
6.- Conclusiones finales.	133
Bibliografía.	136

ABREVIATURAS.

CD Disco compacto

DVD Disco Digital Versátil

LFDA Ley Federal del Derecho de Autor

LPI Ley de la Propiedad Industrial

MP3 (El acrónimo de MPEG1 AUDIO LAYER-3) es un formato para la compresión de información que permite la reducción de los archivos musicales a tamaños que en muchas ocasiones son una duodécima parte del original y, lo que es más importante, con pérdidas de calidad muy pequeñas.

INDA Instituto Nacional del Derecho de Autor

IMPI Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

RIAA Recording Industry Association of America

SMGVDF Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal

INTRODUCCIÓN.

En el transcurso de los últimos años, el internet ha transformado el mundo en el cual vivimos, eliminando las barreras del tiempo y la distancia, permitiendo a sus usuarios compartir información y trabajar en colaboración. El internet, permite intercambiar información entre computadoras en forma de textos, gráficos, sonidos y videos, los cuales en su mayoría son obras intelectuales protegidas a favor de sus titulares.

Con lo anterior, se han originado diversas formas de intercambio de información, sin embargo, una es la que capta toda nuestra atención para la realización del presente trabajo de tesis, y es la relativa al intercambio, obtención o descarga gratuita de obras musicales a través de internet, situación que en la actualidad resulta una actividad común y sencilla entre los millones de usuarios de internet en el mundo.

Ante tal panorama, y toda vez que en la actualidad resulta más accesible el contar con una computadora y una conexión a internet, e inclusive actualmente con una conexión de alta velocidad, el intercambio, obtención o descarga gratuita de obras musicales por internet ha alcanzado niveles de popularidad muy altos, causando, desde nuestro particular punto de vista, una afectación o detrimento considerable en los autores y compositores, intérpretes y ejecutantes, así como en las grandes firmas productoras y tiendas de discos, al disminuir la venta de discos y como consecuencia lógica una disminución considerable en el pago de las regalías, las cuales dan sustento y vida a la industria musical.

Inclusive actualmente y derivado del gran avance que hay en el tema que nos ocupa, algunos compositores, músicos e intérpretes mundialmente reconocidos como Prince, George Michael y Peter Gabriel, han perdido la fe y la confianza en la industria discográfica, por lo que ellos han manifestado que ya no grabarán más

discos compactos, ellos ahora creen que el futuro de la música, esta en la música digital a través de internet, por lo que cada uno de ellos se encuentra trabajando en la creación de su sitio de internet, en donde sus seguidores podrán descargar canciones contra el pago de una cantidad en dinero, e inclusive dichos músicos e intérpretes, consideran que tal situación los deja expresarse con mayor libertad en sus variadas formas y conceptos musicales, ya que el proceso será más sencillo, ellos podrán crear sus obras y ponerlas a disposición de los cibernautas al subirlas inmediatamente a la red, así de simple, evitando a los intermediarios, buscando poner un alto a la “industria” de la piratería.

Sin embargo, y mientras el futuro de la música digital va tomando forma, existen algunos sitios de internet o programas que se conectan a la red, que permiten o facilitan los medios para la descarga o intercambio de música protegida, sin el pago de regalías correspondiente, los cuales serán analizados detalladamente en el presente trabajo de tesis.

Es por eso, que con el presente trabajo, buscamos analizar principalmente desde el punto de vista jurídico, cual es la protección con la que cuentan los titulares de obras musicales que se descargan diariamente por internet; si con tal situación existe violación o no a los derechos de autor de los titulares de dichas obras y, de considerarse necesario, elaborar una propuesta para la creación de nuevas formas de protección intelectual o la adecuación de las ya existentes, con la finalidad de lograr una convivencia pacífica entre el ser humano y el internet.

Inclusive, al momento de presentar las conclusiones que resulten del presente trabajo, no podríamos descartar la posibilidad de considerar que los avances tecnológicos que han habido en la informática y en el internet en los últimos años y que se siguen presentando día con día, superan por mucho los diversos ordenamientos legales que intentan regular tal situación.

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

1.- Concepto del Derecho de Autor.

Iniciaremos el presente trabajo de tesis, analizando diversos conceptos del Derecho de Autor, con la finalidad de que al término de dicho análisis, se proceda a dar un concepto personal sobre el mismo:

El derecho de autor forma parte del cuerpo de derecho conocido como “propiedad intelectual, que protege los intereses de los creadores dándoles derechos de propiedad sobre sus creaciones. Las leyes de la mayoría de los países reconocen estos derechos de propiedad con el propósito de estimular la creatividad del intelecto humano, hacer que los frutos de esa creatividad estén a disposición del público y garantizar que el comercio internacional de productos y servicios protegidos por los derechos de propiedad intelectual pueda florecer sobre la base de un sistema de leyes nacionales armonizadas que funcione adecuadamente”.¹

Un punto importante en el concepto anterior, es el que hace refiere a la propiedad intelectual, la cual se denomina así, por que protege las creaciones de la mente humana, del intelecto humano. A su vez, la propiedad intelectual se divide en dos ramas, la propiedad “industrial”, que protege las creaciones industriales, los signos distintivos, la represión de la competencia desleal y los conocimientos técnicos o mejor conocidos como know-how, y por otro lado “los derechos de autor” que protegen a las obras literarias y artísticas

La enciclopedia Encarta de Microsoft, define a los Derechos de Autor, como un derecho de propiedad que se genera de forma automática por la creación de diversos tipos de obras y que protege los derechos e intereses de los creadores

¹ “**Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos**”, Documento preparado por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2003, p. 2.

de trabajos literarios, dramáticos, musicales y artísticos, grabaciones musicales, películas, emisiones radiadas o televisadas, programas por cable o satélite y las adaptaciones tipográficas de los libros, folletos, impresos, escritos y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.²

También podemos entender por derechos de autor, al derecho concedido por un gobierno al autor o creador de una obra literaria o artística; el derecho de autor protege la expresión tangible de una idea durante el tiempo específico estipulado en la ley de derechos de autor y concede al autor o creador el derecho de exclusividad para imprimir, publicar o vender la obra. Las obras que pueden estar protegidas por derecho de autor son prácticamente todas las formas de expresión artística o intelectual, incluyendo libros, música, obras de arte, grabaciones (de audio y vídeo), dibujos arquitectónicos, trabajos coreográficos, embalaje de productos y software informático.³

El Doctor David Rangel Medina, gran jurista mexicano, define que: *“Bajo el nombre de Derecho de Autor se designa al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el casete, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación.”*⁴

Así mismo, el concepto del Lic. Adolfo Loredó Hill, menciona que: *“El derecho autoral es un conjunto de normas de derecho social que tutelan los atributos morales y patrimoniales del autor y las facultades que de éstos se derivan, que rigen la actividad creadora de los autores y artistas, ampliando sus efectos en beneficio de los titulares de los derechos conexos.”*⁵

² Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation.

³ **“Diccionario de Informática e internet”**, Course Technology, Thomson Course Technology, 2004, p. 43.

⁴ Rangel Medina, David, **“Derecho Intelectual”**, México, UNAM-McGRAW HILL, 1998, p. 112.

⁵ Loredó Hill, Adolfo, **“Nuevo derecho autoral mexicano”**, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 88.

Para la Profesora Delia Lipszyc, derecho de autor *“es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.”*⁶

La Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 11, señala que el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esa misma Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

Derivado del análisis realizado a los conceptos anteriormente citados, procedemos a dar nuestro concepto de derecho de autor:

Derecho de Autor, es el conjunto de normas jurídicas de un Estado que reconoce y protege a los autores de obras artísticas y literarias, brindándoles prerrogativas de tipo moral y patrimonial de manera automática al momento de fijar sus creaciones originales en papel, tela, lienzo, audiocasete, videocasete, disco compacto, minidisk, internet, así como cualquier tipo de soporte material, electrónico, digital o informático, los cuales dan riqueza artística e identidad cultural al mismo.

2.- Elementos principales del concepto de Derecho de Autor.

Una vez que se ha analizado el concepto de derechos de autor, procederemos a desglosar brevemente los principales elementos que integran nuestro concepto, los cuales a continuación se listan:

⁶ Lipszyc, Delia, **“Derechos de autor y derechos conexos”**, ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Argentina, 1993, p.11.

Nuestro primer elemento es el conjunto de normas jurídicas de un Estado que reconoce y protege a los creadores de obras artísticas y literarias, el cual, en nuestro país se encuentra integrado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales en los que México sea parte, la Ley Federal del Derecho de Autor, el Código Penal Federal, y por ultimo el Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor. Así mismo, es importante mencionar que la LFDA establece en su artículo 10, como leyes supletorias, la legislación mercantil, el Código Civil Federal y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, las cuales se aplicarán en los casos no previstos por la misma.

Considero importante, el tener presente el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la jerarquía de los tratados firmados por México, sobre las leyes federales y locales, el cual se sustenta en la Tesis emitida por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal, bajo el número P. LXXVII/99, correspondiente a la Novena Época, y es visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, página 46, la cual a continuación se transcribe:

TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que

claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será la suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del Artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio Artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del Artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al

local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el Artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.” No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”; sin embargo ese Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario. Antonio Espinoza Rancel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.”

El segundo elemento es el autor, quien es definido por la LFDA como la persona física que ha creado una obra literaria y artística. Por lo tanto, y toda vez que el reconocimiento y protección que hace el Estado es a favor de todo creador de obras artísticas y literarias, podemos afirmar que el autor es el “único sujeto

originario del derecho de autor”.⁷ Así mismo, la palabra autor, posee, dentro de la legislación sobre propiedad intelectual un significado especial. Se le utiliza independientemente de la clase de obra de que se trate; escritores, pintores, escultores y compositores, son todos autores.⁸

La obra, para efecto de nuestro tema, la podemos definir como aquella creación literaria o artística, las cuales son protegidas por LFDA en el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, electrónico, digital, informático o cualquier otro medio que permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

También muy acertadamente es definida como la expresión o exteriorización material, concreta, autónoma, integral de una idea o pensamiento, en forma especial, original, que importe una creación visible o audible, cualquiera que sea el medio empleado para lograr el fin o cualquiera que sea la naturaleza o extensión.

Otro elemento es la fijación, debiendo entender como tal, a la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación, aclarando que el reconocimiento de los derechos de autor no requiere registro, ni documento de ninguna especie, ni el cumplimiento de formalidad alguna, salvo lo referente a la fijación.

Por último, las prerrogativas de tipo moral y patrimonial, reconocidos en la LFDA como derechos morales y patrimoniales, los cuales serán estudiados a fondo en el numeral 5 del presente capítulo.

⁷ Rangel Medina, David, op. cit., p. 121.

3.- Obras que protege el Derecho de Autor.

Es importante observar que el derecho de autor en nuestro país protege las obras, es decir, la expresión artística o literaria de los autores, siempre y cuando esta haya sido fijada, y no las ideas en si mismas.

Las obras que protege el Derecho de Autor Nacional, abarca las obras literarias y artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones y ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas y sus emisiones, tal y como se desprende del artículo 1° de la LFDA.

No obstante lo anterior, el artículo 13 del citado ordenamiento legal, establece que los derechos de autor a que dicha Ley se refiere se reconocen respecto de las obras de las ramas literaria; musical con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo; escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de computo; fotográfica; obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil; de compilación, integradas por las colecciones de obras, como las enciclopedias, las antologías, bases de datos, siempre y cuando que dichas colecciones constituyan una creación intelectual, así como las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas, debiendo incluirse en la rama que les sea más afín.

Como se puede apreciar en lo señalado en el párrafo anterior, el listado de obras aunque es amplio no es limitativo, ya que deja abierto a “las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas, debiendo incluirse en la rama que les sea más afín”, por lo anterior, esto da lugar a la protección de otras formas de creación diferentes a las enunciadas en la lista.

⁸ Strong S. William, “**El libro de los derechos de autor**”, Editorial Heliasta, Argentina, 1995, p. 39

Por otro lado, de acuerdo a lo que establece la LFDA, para que las obras alcancen la protección que otorga dicha ley, deben de cumplir el requisito de que hayan sido fijadas en un soporte material, debiendo entenderse por fijación a la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación, aclarando que el reconocimiento de los derechos de autor no requiere registro, ni documento de ninguna especie, ni el cumplimiento de formalidad alguna, salvo lo referente a la fijación.

Derivado de lo comentado en relación con la fijación, llegamos a un punto de análisis de vital importancia para nuestro tema de tesis, el referente a la fijación de obras musicales en soportes o medios de almacenamiento digitales, los cuales incluyen discos duros, medios ópticos tales como discos compactos (CD, compact disk) y discos digitales versátiles (DVD, digital versatile disks), tarjetas de memoria, así como unidades portátiles con memoria en disco duro reproductoras de obras musicales (Network Walkman NW-HD3 de Sony y iPod de Apple), así como la existencia de software que permite que dichas obras musicales sean copiadas o fijadas en este tipo de soportes, situación que no obstante que implique un avance tecnológico ha permitido que la circulación de copias ilegales de obras musicales por medio de internet se haya incrementado considerablemente causando un gran daño a la industria musical, pudiendo decirse que con tal situación “asistimos a un segundo momento crítico en la historia de la propiedad intelectual. El primero se produjo con la aparición de la imprenta en el siglo XV.”⁹

⁹ Ribera Blanes, Begoña, “**El derecho de reproducción en la propiedad intelectual**”, editorial Dykinson, España, 2002.

Conforme ha aumentado la capacidad de almacenar información en forma digital, ésta ha ido sustituyendo al almacenamiento mecánico, como por ejemplo, bibliotecas físicas de CD de audio o las colecciones personales de fotos. Las computadoras personales, que son muy flexibles para manejar información, proporcionan muchas oportunidades para crear compilaciones individualizadas en sus discos duros o mediante sus lectores de CD-ROM grabables. Si bien no existe problema en la medida en que dichas compilaciones sólo contienen información personal o creaciones del titular, cuando la tecnología se utiliza para almacenar grandes cantidades de información infringiendo los derechos de propiedad intelectual, se convierte en un auténtico problema para los titulares de los derechos. La situación se hace aún más problemática cuando la computadora personal está conectada a Internet, debido a que las compilaciones del titular pueden quedar disponibles para cualquiera mediante una red de uso compartido o intercambio de ficheros.

Por lo anterior y con la finalidad de analizar más a detalle lo referente a las obras musicales, tema que ocupa nuestro tema de tesis, podemos concluir que en nuestro país el derecho de autor protege a las obras artísticas, en donde quedan comprendida la rama de obra musical con o sin letra, así como la interpretación y ejecución, edición, fonogramas y emisiones de la misma, con el único requisito de que hayan sido fijadas en un soporte material, electrónico o cualquier otro que permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación, sin la necesidad de que sea registrado o se someta al cumplimiento de formalidad alguna.

Derivado de lo anterior, las obras musicales con o sin letra, que se encuentran en discos duros, discos compactos, discos digitales versátiles, tarjetas de memoria, así como unidades reproductoras portátiles con memoria en disco duro, son obras protegidas por el derecho de autor.

4.- Sujetos del Derecho de Autor.

Toda vez que de acuerdo con el artículo 1° de la LFDA, dicha Ley, tiene por objeto, además de la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación, la protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, productores de fonogramas y videogramas y de los organismos de radiodifusión, es por lo anterior, que consideramos que los sujetos protegidos por la LFDA, son los sujetos del derecho de autor, situación que inclusive se confirma con el criterio seguido por el Maestro David Rangel Medina, en su libro “Derecho Intelectual”¹⁰ en donde los sujetos del derecho de autor se dividen en los siguientes:

- Sujeto o titular originario. Se refiere a la persona física, que con base a su esfuerzo, talento, así como por su capacidad para crear, sentir, apreciar o investigar, crea una obra literaria o artística. Es decir, nos referimos al autor, quien es definido por la LFDA, como la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

- Sujeto o titular derivado. Se considera como sujeto derivado a quien en lugar de crear una obra original o inicial, se vale de una obra ya realizada, la cual modifica agregando una creación novedosa, dando como resultado una obra derivada, también se debe considerar como sujeto derivado a quien por razón de una incapacidad no puede crear una obra, tal es el caso de las personas morales, ya sean privadas u órganos de gobierno. Es importante mencionar que la LFDA protegen las obras derivadas en lo que tengan de originales, pero estas sólo podrán ser explotadas cuando se cuente con la autorización del titular de los derechos patrimoniales sobre la obra primigenia.

¹⁰ Rangel Medina, David, op. cit., p. 121-128.

- Los editores de libros. Que de acuerdo con la LFDA, son las personas físicas o morales que seleccionan o conciben una edición y realizan por sí o a través de terceros su elaboración. Estos tienen el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus libros, así como la explotación de los mismos; la importación de copias de sus libros hechas sin su autorización, y la primera distribución pública del original y de cada ejemplar de sus libros mediante venta u otra manera, así mismo, gozarán del derecho de exclusividad sobre las características tipográficas y de diagramación para cada libro, en lo que contengan de originales. Los derechos antes mencionados tienen una vigencia de cincuenta años contados a partir de la primera edición del libro.

- Artistas intérpretes o ejecutantes. Al respecto, y ya que dicho concepto se tratará con más amplitud en el punto número 6 del presente capítulo, el cual se refiere a derechos conexos, nos limitamos a decir que intérprete es la persona física que valiéndose de su propia voz, de su cuerpo, expresa o transmite al público una obra literaria o artística, y ejecutante es aquella persona física que maneja un instrumento y transmite o interpreta una obra musical.

- Productores de fonogramas. Ocurre lo mismo que en el punto anterior, este tema se tratará mas a fondo en el punto 6 del presente capítulo, por ser de especial interés en nuestro trabajo de tesis, por lo cual nos limitamos a decir que de acuerdo con la LFDA, productor de fonogramas es la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas.

- Productores de videogramas. Nuestra LFDA, los define como a la persona física o moral que fija por primera vez imágenes asociadas, con o sin

sonido incorporado, que den sensación de movimiento, o de una representación digital de tales imágenes, constituyan o no una obra audiovisual. Dichos sujetos gozan respecto de sus videogramas de los derechos de autorizar o prohibir su reproducción, distribución y comunicación pública, por un periodo de cincuenta años a partir de la primera fijación de las imágenes en el videograma.

- Organismos de radiodifusión. Es la entidad concesionada o permitida capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores. Los derechos de estos organismos respecto de sus emisiones, consisten en autorizar o prohibir, su retransmisión, la transmisión directa, su distribución simultánea o diferida, por cable o cualquier otro sistema, la fijación sobre una base material, la reproducción de sus fijaciones y la comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro. Dichos derechos tienen una vigencia de cincuenta años a partir de la primera emisión o transmisión original del programa.

5.- Derechos Morales y Patrimoniales de Autor.

Tal y como quedo asentado anteriormente, en el concepto de derecho de autor, el Estado reconoce y protege a los autores de obras artísticas y literarias, brindándoles prerrogativas de tipo moral y patrimonial respecto de sus obras, las primeras de carácter personal, las cuales permiten la tutela de la personalidad del autor, y las segundas de carácter pecuniario, las cuales permiten que se realice la explotación económica de sus obras.

Existen dos teorías respecto a la clasificación de los derechos morales y patrimoniales, la primera es la tesis monista, en la cual sus partidarios consideran que tanto las prerrogativas de carácter personal como patrimonial constituyen partes de un derecho unitario, el cual en su conjunto garantiza los intereses

personales y económicos del autor. En cambio la teoría dualista divide el conjunto de las facultades que posee el autor en dos tipos de derechos, uno de tipo espiritual o personal y otro de tipo patrimonial, pero no solo se limita a dividirlos, sino que sostiene que dichos derechos son independientes entre sí, e inclusive pueden ser objeto de regulaciones legales diferentes.

Nuestra legislación autoral vigente adopta la teoría dualista, y regula en sus capítulos II y III, los derechos morales y a los patrimoniales respectivamente, los cuales procedemos a estudiar.

Derechos morales.

Entre los derechos morales se incluye el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra; el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (hacer que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la utilización de la obra); el derecho a impedir la mención del nombre del autor si el autor de la obra desea permanecer anónimo; el derecho a elegir un seudónimo en relación con la utilización de la obra; el derecho a oponerse a toda modificación no autorizada de la obra, a la mutilación de ésta y a cualquier atentado a ella; el derecho a la retirada de la obra de la circulación pública previo abono de compensación por los daños ocasionados a toda persona que haya recibido anteriormente una autorización válida para utilizar la obra. En la mayoría de las legislaciones de derecho de autor se reconocen los derechos morales como parte inalienable del derecho de autor, distinta de los llamados derechos patrimoniales.¹¹

Por lo que respecta a los derechos morales, el autor, es el único, primigenio y perpetuo titular de los mismos, sobre las obras de su creación, así mismo, estos se encuentran unidos al autor, siendo inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables. Corresponde al autor ejercerlos, en su ausencia a sus

¹¹ “**Glosario de derechos de autor y derechos conexos**”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, p.161.

herederos, y en ausencia de estos últimos, al Estado, quien ejercerá dichos derechos, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural de la nación.

Por lo anterior, puntualizamos que los derechos morales siempre estarán vigentes y serán defendidos por las personas señaladas en el párrafo anterior y en el orden señalado.

La maestra Delia Lipszyc establece que las facultades que integran los derechos morales tienen un contenido diferente, por lo cual hace una división en dos categorías, en positivas y en negativas, las primeras se clasifican así porque implican una toma de decisión o una acción por parte del titular, como por ejemplo divulgar la obra, modificarla, destruirla o retirarla del comercio, y las negativas se clasifican así porque equivalen a un derecho de impedir o un derecho al respeto al nombre del autor y a la obra.¹²

De acuerdo con lo que dispone el artículo 21 de la LFDA, los derechos morales serán ejercidos por sus titulares, quienes podrán en todo tiempo: (i) determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita, este derecho se conoce como derecho de edición o publicación; (ii) exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima, derechos que son conocidos como derecho al nombre, derecho al seudónimo y derecho al anonimato; (iii) exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor; (iv) modificar su obra, este derecho, junto con el anterior, son reconocidos como el derecho a la integridad, conservación y respeto de la obra; (v) retirar su obra del comercio, conocido como derecho de arrepentimiento o de rectificación, y

¹² Delia Lipszyc, op. cit., p.155.

(vi) oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer esta facultad.

Un punto a considerarse especial en los derechos morales en la LFDA, es que se dedica en el Título VII a hablar “De los derechos de autor sobre los símbolos patrios y de la expresiones de las culturas populares”, en donde nos podemos percatar que las obras a que se refiere dicho título alcanzan la protección de la Ley mencionada, independientemente de que no se pueda determinar una autoría individual de ellas o que el plazo de protección otorgado a sus autores se haya agotado, estableciendo por una parte que el Estado Mexicano es el titular de los derechos morales sobre los símbolos patrios y por la otra las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal desarrolladas o perpetuadas por comunidades o etnias, o regiones de la República Mexicana, estarán protegidas contra su deformación, hecha con la finalidad de causar un demérito a la obra o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen, así mismo, para el caso de que dichas obras sean fijadas, representadas, publicadas, comunicadas o utilizadas, se deberá mencionar la comunidad o etnia, o región de la República Mexicana de la que es propia.

Del catalogo de derechos morales estudiado en el presente apartado, la LFDA solamente considera como infracciones en materia de derechos de autor: (i) el publicar una obra, estando autorizado para ello, sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, traductor, compilador, adaptador o arreglista; (ii) el publicar una obra, estando autorizado para ello, con menoscabo de la reputación del autor como tal y, en su caso del traductor, compilador, adaptador o arreglista; (iii) el emplear dolosamente en una obra un título que induzca a confusión con otra publicada con anterioridad, (iv) fijar, representar, publicar, efectuar alguna comunicación o utilizar en cualquier forma una obra literaria y artística, sin mencionar la comunidad o etnia, o la región de la República Mexicana de la que

es propia y (iv) las demás que se deriven de la interpretación de la presente Ley y sus reglamentos.

El grupo de infracciones mencionado en el párrafo anterior, serán sancionadas por el INDA, con multa de cinco mil hasta quince mil días del SMGVDF en la fecha de la comisión de la infracción.

Así mismo, la LFDA establece como infracciones en materia de comercio, respecto de los derechos morales: (i) comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor y (ii) ofrecer en venta, almacenar, transportar o poner en circulación obras protegidas por la LFDA que hayan sido deformadas, modificadas o mutiladas sin autorización del titular del derecho de autor, aclarando que en ambos supuestos debe de existir fines de lucro directo o indirecto. Estas infracciones, a contrario de las de derechos de autor, serán sancionadas por el IMPI con multa de cinco mil hasta diez mil días del SMGVDF en la fecha de la comisión de la infracción.

Por su parte el Código Penal Federal, establece que a quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor, se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa,¹³ así mismo, se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa, a quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos. Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos

¹³ Fracción III del Artículo 424 del Código Penal Federal.

destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros.¹⁴ Por último, se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, a quien publique a sabiendas una obra substituyendo el nombre del autor por otro nombre.¹⁵

Derechos patrimoniales.

En virtud de estos, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que marca la LFDA y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales sobre las mismas.

Tal y como se desprende del párrafo anterior, el titular de los derechos patrimoniales es el autor de la obra, quien se considera como titular originario, o en su ausencia sus herederos, o en su caso el adquirente por cualquier título de dichos derechos, quienes son considerados como titulares derivados.

Por virtud de estos derechos, el autor y sus causahabientes tienen el derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio, en cuyo caso el derecho del autor es irrenunciable.

De acuerdo con el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, debemos entender generalmente por regalía, a todos los tipos de remuneración o compensación pagada a los autores por la utilización de sus obras protegidas con las limitaciones del derecho de autor. El derecho a condicionar la utilización de la obra al pago de unas tasas correspondientes es el aspecto más importante de los derechos patrimoniales del autor.¹⁶

¹⁴ Fracción I del Artículo 424 bis del Código Penal Federal.

¹⁵ Artículo 427 del Código Penal Federal.

¹⁶ Op. cit., p. 94

Nuestra LDFA, faculta a los titulares de los derechos patrimoniales a autorizar o prohibir:

(i) La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar. Este punto tiene una relevancia significativa en nuestro tema de tesis, el cual en el capítulo tercero trataremos con mayor amplitud;

(ii) La comunicación pública de su obra, en donde destaca para el presente trabajo, el acceso público por medio de la telecomunicación. Que de acuerdo con el Diccionario usual Larousse, debe entenderse por telecomunicación, a la *“emisión, transmisión o recepción de toda clase de signos, señales, imágenes, sonidos o información por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, etcétera.”*¹⁷

(iii) La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cable; fibra óptica; microondas; vía satélite, o lo deja abierto al mencionar por cualquier otro medio conocido o por conocerse.

En nuestra legislación, los derechos patrimoniales estarán vigentes durante la vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más o cien años después de divulgadas.

Toda vez que los derechos patrimoniales son transmisibles, y la LFDA lo permite, esto debe darse siempre de una forma onerosa, temporal y por escrito, tal situación busca proteger de una manera económica a los autores a los titulares de los derechos, situación con la cual estamos a favor, ya que esto permitirá que los autores de obras puedan seguir generando nuevas obras y así enriqueciendo el acervo cultural de nuestra nación.

¹⁷ García-Pelayo y Gross, Ramón, *“Diccionario usual”*, Larousse, México, 2003. p. 637.

6.- Los derechos conexos.

Los derechos conexos no son derecho de autor, pero están relacionados con él, puesto que dimanar de una obra protegida por el derecho de autor. Los derechos conexos no abarcan las obras propiamente dichas, sino que abarcan la protección que se busca dar a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, que son los que ponen las obras a disposición del público.

El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual establece que por derechos conexos “se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes. . .”.¹⁸

Es importante destacar que nuestra legislación no establece una definición de los derechos conexos, así que tradicionalmente se adopta el concepto que se maneje dentro del marco internacional y de la doctrina especializada.

“En este sentido, podemos entender lo conexo como aquello que se aplica a lo que está entrelazado o relacionado con otro. Y en derivación, las conexidades son los derechos y cosas anexas a otra principal. Bajo este orden de ideas, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, se consideran conexos a los derechos de autor, haciendo la salvedad que dentro de ese término (conexo) se han aglutinado dos distintos tipos derechos: unos de carácter intelectual (los de los artistas intérpretes

¹⁸ Op. cit., p. 168.

o ejecutantes) y los otros de carácter empresarial o industrial (los de los productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión)”¹⁹.

Debemos mencionar que aunque en los conceptos anteriormente citados y en la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, no se menciona nada respecto a los editores de libros y a los productores de videogramas, la LFDA los regula dentro del capítulo III y V respectivamente, del título V, el cual se refiere a los Derechos Conexos.

Por tal razón, debemos tener presente que los derechos conexos en México se reconocen a favor no solo de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y a los organismos de radiodifusión, sino que también a favor de los editores de libros y de los productores de videogramas.

Consideramos que para el caso concreto que nos ocupa en el presente trabajo de tesis, y con la finalidad de no desviar nuestra atención solo analizaremos lo que dispone la legislación nacional respecto de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por lo que iniciaremos a analizar los términos artistas, intérpretes o ejecutantes, que de acuerdo a la LFDA designa al actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya un texto previo que norme su desarrollo.

De acuerdo a la legislación autoral nacional, los artistas, intérpretes o ejecutantes, gozan de un conjunto de derechos de carácter personal, tales como el derecho al

¹⁹ “Información proporcionada por México relativa al cuestionario para expertos nacionales contenido en el apéndice del estudio sobre la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores de fijaciones audiovisuales”, preparada por el Dr. Juan Ramón Obón León, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reunión oficiosa ad hoc sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, Ginebra, 2003.

reconocimiento de su nombre respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, y también el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier atentado sobre su interpretación o ejecución que lesione su prestigio o reputación, por otro lado, también gozan de un derecho de tipo patrimonial, el cual se traduce en el derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición.

Adicional a lo anterior, también se establece el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes de oponerse, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, a que se comuniquen públicamente, a que se fijen sobre una base material y a que se reproduzcan las fijaciones que contengan las mismas.

La duración de la protección concedida a los artistas, intérpretes o ejecutantes en la LFDA es de setenta y cinco años, contados a partir de: (i) la primera fijación; (ii) la primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, o (iii) la primera transmisión en radio televisión o cualquier medio.

Ahora bien, por lo que respecta a los productores de fonogramas, la LFDA define al productor de fonogramas como la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas.

A diferencia de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas en nuestro país, solo gozan de derechos patrimoniales, es decir, tienen el derecho de percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.

Así mismo, los productores de fonogramas de acuerdo a lo que dispone la LFDA, tendrán el derecho de autorizar o prohibir: (i) la reproducción directa o indirecta,

total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos; (ii) la importación de copias del fonograma hechas sin la autorización del productor; (iii) la distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones; (iv) la adaptación o transformación del fonograma, y (v) el arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.

El derecho de los productores de fonogramas a oponerse a la comunicación directa al público de un fonograma, termina cuando este haya sido introducido legalmente a cualquier circuito comercial, siempre y cuando quien lo utilice con fines de lucro efectúen el pago que corresponda.

La duración de la protección otorgada en el capítulo IV del título V de la LFDA a los productores de fonogramas será de setenta y cinco años, a partir de la primera fijación de los sonidos en el fonograma.

Una vez analizados los derechos con los que cuentan tanto los artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los productores de fonogramas, podemos observar que ambos tendrían facultades legales para oponerse a las acciones o actos que tienen una relación directa con nuestro tema de tesis, lo cual estudiaremos más adelante.

7.- Limitaciones del Derecho de Autor.

Las limitaciones a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra, las cuales han sido motivadas en algunas ocasiones por razones de política social y en otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión a fin de satisfacer el interés público general.

Es importante mencionar que dichas limitaciones no afecta el derecho moral del autor, y si restringen sus derechos patrimoniales, en específico, sus facultades exclusivas de explotación, por lo que dichas limitaciones solo se podrán aplicar después de la primera publicación o divulgación de la obra, obviamente realizada con la autorización del autor, debiendo mencionar el nombre del autor y la fuente.

La LFDA dedica su Título VI a las limitaciones del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, dividiendo dicho título en tres capítulos, los cuales se denominan “De la limitación por causa de Utilidad Pública”, “De la limitación a los Derechos Patrimoniales” y “Del Dominio Público”, los cuales procederemos brevemente a analizar.

Una de la primeras restricciones es la referente a que por causa de utilidad pública, la traducción o publicación de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, de la cultura y de la educación nacional y cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, podrá autorizar la publicación o traducción.²⁰

La limitación analizada, consideramos que es una forma de expropiación, ya que esta puede ser definida como una operación del poder público por la cual este impone a un particular la cesión de su propiedad mediante ciertos requisitos de los cuales el principal es una indemnización, por razones de utilidad pública, para realizar obras de interés general o de beneficio social.

Otra de las limitaciones la encontramos en el artículo 148 del ordenamiento legal citado, el cual establece que las obras literarias y artísticas que hayan sido divulgadas pueden utilizarse sin autorización del titular del derecho patrimonial y

²⁰ Tal situación se encuentra prevista en el artículo 147 de la LFDA.

sin remuneración, en diferentes supuestos, tales como cita de textos; reproducción de artículos, fotografías y comentarios sobre acontecimientos de actualidad divulgados por la prensa, la radio y la televisión, si esto no fue expresamente prohibido por el titular del derecho; reproducción de partes de la obra para la crítica y la investigación; reproducción por una sola vez de una obra para uso personal y privado, sin fines de lucro; la reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación de una obra, que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer; la reproducción para un procedimiento judicial o administrativo, y la reproducción de las obras que sean visibles desde los lugares públicos.

Al respecto del punto anterior, debemos destacar que los nuevos medios de reproducción privada obligaron a un replanteamiento del alcance de la limitación del derecho de reproducción para la realización de copias privadas. La multiplicidad de nuevas formas de utilización y reproducción de obras a que dio lugar el desarrollo tecnológico condujo a la delimitación del concepto de uso personal al advertirse que no era exactamente lo mismo que uso privado. El uso privado es más amplio que el uso personal por que este último comprende solo el material producido exclusivamente con destino al uso individual de una persona, mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas.²¹

También establece el artículo 149 de la LFDA que se podrán realizar sin remuneración la utilización de obras en establecimientos abiertos al público, que comercialicen ejemplares de dichas obras, con el propósito único de promover su venta, y la grabación y transmisión efímeras de la imagen y el sonido realizadas en las condiciones que fija la ley, salvo que los autores o los artistas tengan celebrado convenio oneroso que autorice las emisiones posteriores.

²¹ Delia Lipszyc, op. cit., p.224.

Asimismo se establece que no se causarán regalías por ejecución pública cuando dicha ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión; que no se cobre por ver u oír la transmisión ni forme parte de un conjunto de servicios; que el receptor sea un causante menor o una microindustria.

Por último, se establece que no constituyen violación a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones, cuando **no se persiga un beneficio económico directo**; cuando se trate de breves fragmentos utilizados en información sobre sucesos de actualidad; cuando sea con fines de enseñanza o investigación científica, o cuando se trate de los casos que analizamos anteriormente.

Como se puede apreciar, la utilización de actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos radiodifusión, **sin que se persiga un beneficio económico directo**, no constituyen violación a los derechos de autor de estos, situación que nos servirá mas adelante en nuestro tema de tesis, para poder estar en posibilidad de determinar si existe o no, violación a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, respecto de las obras musicales que se intercambian o descargan diariamente de internet.

8.- Modalidades del Derecho de Autor.

El punto a tratar en el presente numeral, lo encontramos extensamente analizado por el gran Jurista Mexicano, el Doctor David Rangel Medina, en su libro Derecho Intelectual²², en establece como tales al *Droit de suite*, al *Droit de prêt* o derecho de préstamo, al derecho de arena, a la reprografía lícita, la licencia legal y al dominio público pagante, los cuales desarrollaremos brevemente.

²² Rangel Medina, David, op. cit., p. 146 – 154.

Droit de suite.

Iniciaremos con el *Droit de suite*, que puede ser definido como la prerrogativa establecida en beneficio de los autores, consistente en recibir un porcentaje del importe de las ventas sucesivas de sus obras. Algunos traducen *Droit de suite* como “derecho de continuación”; “derecho de participar en la plusvalía o valoración ulterior de la obra”; derecho de secuencia de las obras intelectuales”; “derecho de mayor valor”; “derecho de participación del autor de las ventas de su obra”; “derecho de persecución”; “derecho de recobrar” y otras similares.

Así mismo, la OMPI define al “Droit de Suite” en su glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos, como el derecho inalienable que algunas legislaciones de derecho de autor conceden al autor y a sus herederos o, después de la muerte de aquél, a otras instituciones legalmente autorizadas, en virtud del cual pueden reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de ejemplares originales de la obras de las bellas artes, dentro del término de protección. Este derecho puede hacerse extensivo también a las nuevas ventas públicas de manuscritos originales.²³

El maestro Rangel Medina, manifiesta que para evitar discusiones semánticas y para evitar el uso de nombre equívocos, resulta aconsejable conservar y utilizar *Droit de suite* como un galicismo necesario.²⁴

Droit de prêt o derecho de préstamo.

Este derecho consiste en una remuneración equitativa que debe ser hecha al autor cuando las reproducciones de su obra son prestadas o alquiladas por establecimientos al público.

Tal derecho encuentra su justificación porque el alquiler o préstamo ocasiona que la compra de libros y discos, provoque una disminución en la venta de dichas

²³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, op. cit. p.163.

obras, con la consecuencia lógica de la reducción del importe de las regalías que percibe el autor.

Debemos aclarar que cuando se adquiere una obra protegida, como un libro, un disco, un casete o un videocasete entre amigos o familiares, no se estaría en el supuesto para que el titular de dichas obras pudiera exigir el pago de una remuneración, sin embargo si el alquiler o préstamo se realiza fuera de ese círculo, entonces si existe el derecho a la remuneración.

En conclusión, conforme el *Droit de prêt* o derecho de préstamo se tiene que procurar al autor de la obra una remuneración, siempre que el alquiler o préstamo se lleven a cabo con fines lucrativos por quien alquila o presta; los ejemplares de la reproducción los alquile o preste una institución accesible al público, tales como una biblioteca o un videoclub; y que el cobro sea hecho por una sociedad autoral.

Este derecho, no se encuentra regulado en la legislación mexicana, aunque su adopción no deberá ser cosa de mucho tiempo, ya que en últimas fechas existe un serio movimiento para implantarlo, principalmente en el campo de los fonogramas y videogramas.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, en la LFDA en la fracción IV del artículo 131 se establece que los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales; asimismo, el artículo 131 bis establece que los productores de fonogramas tienen el derecho a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.

²⁴ Rangel Medina, David, op. cit., p. 146

Por lo que aunque nuestra legislación no establece propiamente un derecho de préstamo público, los productores de fonogramas cuentan con un derecho que quizás no en título, pero si en cuanto a contenido, es similar al derecho de préstamo público.

Derecho de Arena

Otra modalidad del derecho de autor, de acuerdo con la clasificación del Maestro Rangel Medina, es el Derecho de Arena, el cual en sus orígenes se conocía como la prerrogativa que correspondía al deportista de impedir que terceros, sin su autorización, divulguen su imagen mediante transmisiones televisivas o por cinematógrafo, al participar en competencias o juegos en los que el acceso al público no es gratuito.²⁵

Actualmente debemos entender por derecho de arena a la facultad de los atletas de percibir una cuota por la transmisión de su imagen en un espectáculo deportivo público con entrada pagada.

Tal situación la encuadramos en el artículo 87 de la LFDA, el cual reconoce que el retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con su consentimiento expreso.

Podemos citar las características del derecho de arena, las cuales consisten en que la televisión deberá pagar derecho de arena a los jugadores siempre que la transmisión o retransmisión sea vendida, quedando la obligación de hacer dicho pago a cargo del empresario que compra la transmisión del espectáculo deportivo; el derecho de arena se entenderá extensivo a todos los sucesos deportivos que sean con entrada pagada; el derecho de arena deberá aplicarse en forma

²⁵ Rangel Medina, David, op. cit., p. 149

extensiva a los artistas intérpretes y ejecutantes aun cuando su actuación no sea un espectáculo deportivo.²⁶

Reprografía Lícita.

Esta modalidad de los derechos de autor, permite la reproducción por fotocopiado de una obra, cuando se trate de una obra agotada, no existente en el mercado; que su utilización sea con fines de consulta, investigación o estudio de actividades docentes, didácticas o universitarias, que el número de copias se limite a los componentes del grupo escolar de que se trate; que la reproducción del trabajo no sea fuente de lucro para quien la realiza, debiendo hacerse dicha distribución de copias al precio de costo de las mismas.

Licencia Legal.

Por virtud de esta se permite la reproducción, sin autorización del autor y bajo determinadas condiciones, de las obras que no han caído en el dominio público, teniendo en cuenta el interés general de que las obras intelectuales sean difundidas, pero otorgando al autor una retribución.

Dominio público pagante.

Debemos entender que las obras del dominio público son aquellas que transcurrido el plazo de protección que les otorga la LFDA, respecto de sus derechos pecuniarios, pasan a formar parte del patrimonio de la colectividad.

Las obras del dominio público pueden ser libremente explotadas, sin embargo la modalidad del dominio público pagante, consiste en que deberá existir como contraprestación el pago de un porcentaje de la explotación de quien comercializa las obras, y dicho pago deberá realizarse a un organismo designado por el sistema legal que corresponda.

²⁶ Rangel Medina, David, op. cit., p. 151

Sin embargo en nuestro país, tal figura no se encuentra regulada por nuestra legislación, limitándose la LFDA en su artículo 152 a establecer que, las obras del dominio público pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona, con la sola restricción de respetar los derechos morales de los respectivos autores.

CAPÍTULO SEGUNDO. INTERCAMBIO, OBTENCIÓN O DESCARGA GRATUITA DE OBRAS MUSICALES A TRAVÉS DEL INTERNET.

1.- Concepto de internet. Regulación legal y jurisdicción aplicable en caso de controversias.

El internet nace con fines militares en la década de los años sesentas, con el proyecto del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, denominado ARPANET, cuyas siglas vienen de Advanced Research Project Agency, que en español quiere decir Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada, el cual tenía el objetivo de crear redes capaces de funcionar para el caso de una destrucción causada por un bombardeo nuclear, las cuales les permitiría compartir información con múltiples organismos a través de protocolos de comunicación. Algunas de las ventajas importantes tanto de las redes creadas, así como de los protocolos antes mencionados, era que se podía adicionar más computadoras dependiendo de su potencia y el software con el que contaran, así mismo, el funcionamiento de la red no dependía de una supervisión o control central.²⁷

Por lo anterior, podemos decir que internet, es la interconexión de redes informáticas que permite a los ordenadores o computadoras conectadas comunicarse directamente, es decir, cada ordenador de la red puede conectarse a cualquier otro ordenador conectado a la red. El término suele referirse a una interconexión en particular, el cual se encuentra abierto al público, que conecta redes informáticas de organismos oficiales, educativos y empresariales. Las interconexiones se efectúan a través de diversas vías de comunicación, entre las que figuran líneas telefónicas, fibras ópticas y enlaces por radio.

²⁷ Becerra Ramírez, Manuel, “**La propiedad intelectual en transformación**”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 165

Los distintos tipos de servicio proporcionados por Internet utilizan diferentes formatos de dirección. Uno de los formatos se conoce como decimal con puntos, por ejemplo 123.45.67.89. Otro formato describe el nombre del ordenador de destino y otras informaciones para el enrutamiento, por ejemplo "mayor.dia.fi.upm.es".

Las redes situadas fuera de Estados Unidos utilizan sufijos que indican el país, por ejemplo (.mx) para México, (.es) para España o (.ar) para Argentina. En la mayoría de los países, el sufijo anterior especifica el tipo de organización a que pertenece la red informática en cuestión, que por ejemplo puede ser una institución educativa (.edu), una oficina del Gobierno (.gov) o una organización sin ánimo de lucro (.org), por ejemplo www.presidencia.gob.mx., dirección que nos indica que pertenece a la red del gobierno de México.

Una vez direccionada, la información sale de su red de origen a través de la puerta. De allí es encaminada de puerta en puerta hasta que llega a la red local que contiene la máquina de destino. Internet no tiene un control central, es decir, no existe ningún ordenador individual que dirija el flujo de información. Esto diferencia a Internet y a los sistemas de redes semejantes de otros tipos de servicios informáticos de red como CompuServe, America Online, Microsoft Network o Prodigy, por mencionar algunos.

De la forma en que el internet funciona y de sus características, podemos sacar algunos principios, tales como (i) la descentralización, tal y como desde sus orígenes con el ARPANET, el objetivo era que el funcionamiento de la red no debería de depender de la supervisión de ningún control central, así mismo, cada usuario o computadora era responsable de establecer su conexión, absorbiendo el costo de los mismos, situaciones que permitirían a la red su rápido crecimiento, tal principio subsiste al día de hoy con el internet; otro principio es el de (ii) autofinanciamiento, refiriéndose a que el internet no es gratuito, sino que su costo

es distribuido entre los usuarios de la red; uno de los principios que considero más importantes es el de (iii) globalidad, el cual significa que actualmente cualquier persona en cualquier parte del mundo, contando con una computadora y una conexión a la red puede tener acceso a internet, y sobre todo la información generada en diversas partes del mundo, y por último, uno de los principios que no obstante la globalidad del internet, subsisten, es (iv) el manejo local, efectivamente, las redes de una localidad se encadenan con una red regional, a su vez esta con una red nacional y hasta llegar con una red internacional, con los principios antes señalados podremos conocer un poco más a cerca del funcionamiento del internet.²⁸

Un aspecto importante que debemos considerar previo a entrar a analizar la regulación legal del internet, es que este se caracteriza por su extraterritorialidad, como por ejemplo, la información que se origina en el territorio de Brasil, esta disponible en el territorio de México y en cualquier país donde sus habitantes tengan acceso a internet, por lo que el internet atraviesa las fronteras en cuestión de segundos, de jurisdicciones que son territoriales, podríamos pensar que el derecho internacional a través de sus tratados podría intentar regular al internet, pero todavía no existen tratados internacionales que establezcan o regulen los parámetros de funcionamiento de internet, podríamos citar los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas, los cuales analizaremos a detalle en el capítulo cuarto, sin embargo, estos buscan la protección de los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos en el internet, sin embargo no es ni siquiera competencia de la OMPI el intentar establecer los parámetros del funcionamiento del internet, en donde queda la cuestión relativa a la resolución de un conflicto que haya surgido entre dos países, si ni siquiera existen los tratados internacionales tal y como lo mencionamos, o por que no decir, la existencia de un

²⁸ Becerra Ramírez, Manuel, op. cit., p.167.

organismo internacional con facultades de vigilancia y control de la red a nivel mundial.

Tal y como se puede deducir de lo comentado, podemos decir que el intentar detener o controlar al internet desde una perspectiva internacional, nos conducirá a problemas de tipo técnico, en virtud de la descentralización del internet, situación que ya hemos explicado en el presente trabajo de tesis, de tipo jurídico, en lo referente a la libertad de expresión, y de tipo comercial, ya que la mercadotecnia de las grandes empresas no encuentra limitantes en internet, y ya que son vistos por un sin numero de potenciales consumidores, buscan oponerse a que se regule o controle internet.

Ahora bien, el hecho de que se encuentren obstáculos en la regulación internacional de internet, no implica que de manera local algunos países vayan adecuando su legislación para intentar controlar dicho fenómeno y sus diferentes variantes, por lo cual procederemos a revisar la regulación legal del internet en nuestro país.

Por lo que respecta a la regulación legal del internet, debemos iniciar mencionando que la LFDA no da el concepto de internet, ni tampoco utiliza dicha palabra, sin embargo, en el artículo 27, se concede al titular del derecho patrimonial, la facultad de autorizar o prohibir la reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio, ya sea fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, incluido el electrónico u otro medio de la telecomunicación y la transmisión o retransmisión de obras a través de cable, fibra óptica, microondas, vía satélite y cualquier otro medio conocido o por conocerse.

Uno de los artículos que considero importante de la LFDA es el 6, el cual da el concepto de fijación, que a la letra dice:

“Artículo 6. Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación”

Un punto que quizás no hemos tocado, es aquel que una vez establecida la red o el internet, su función primordial es la de compartir información a través de la misma, y por lo tanto podemos establecer que el internet es un medio electrónico que permite la fijación o reproducción de obras protegidas por el derecho de autor, ya que este medio permite la percepción y reproducción de dicha obra, sin embargo, y aunque no obstante ya ha habido un incremento en los autores, compositores e intérpretes que crean y fijan sus obras en el internet, ejerciendo sus derechos y obligaciones que las leyes les otorgan, algunos tan simples, como el decir esta obra es mía, yo la cree en tal año, yo soy el titular de los derechos patrimoniales, y sobre todo, de una manera firme, advertir que si algún tercero en el internet hace mal uso de su obra esta cometiendo una violación o un delito que puede ser sancionado, o inclusive colocar candados mediante recursos técnicos que solo permitan disfrutar de la obra a cambio de que el titular que va a acceder a ella se identifique plenamente mediante medios validos en la red, como por ejemplo correo electrónico, firma electrónica, o en el mejor de los casos para los titulares de los derechos de autor, el que se les pague una cuota o un derecho de admisión para poder ver o disfrutar la obra, claro esta con las limitaciones que el titular decida.

Para seguir con el análisis de la regulación de internet en LFDA, procederemos a analizar la fracción VI del artículo 16, el cual menciona que la obra podrá hacerse del conocimiento público mediante diversos actos, entre ellos la reproducción, la cual es definida como la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa, tal situación, aunque no se hable específicamente de internet, este queda comprendido en los medios electrónicos.

También podemos comentar brevemente que en abril de 2000 se aprobaron reformas al entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, hoy Código Civil Federal; al Código Federal de Procedimientos Civiles; el Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, dichas reformas se refieren principalmente al reconocimiento de medios electrónicos para la realización de actos de comercio, regulando por ejemplo la voluntad de las partes, ejecución y regulación de actos mercantiles y la validez de los datos transmitidos y de los medios utilizados para tal efecto.

En general podemos concluir, que tanto la Legislación Nacional como la Internacional, intentan regular el internet, y por lo que respecta a nuestro tema, lo relativo a los titulares de los derechos de autor, sin embargo, debemos decir que las obras que se encuentran en el internet, son altamente vulnerables a violaciones, en virtud de las características del internet, claro ejemplo es el caso de Napster, que más adelante analizaremos a detalle.

Hasta el momento, la atención se ha concentrado sobre la ya famosa cuestión de la localización del acto que infringe el derecho de autor en las redes digitales, enfocándose el debate en la elección entre la ley del país de emisión y las leyes de los diferentes países de recepción.

El gran mérito del internet, posterior a lo aportado por los satélites, es que ha obligado al redescubrimiento de los aspectos internacionales del derecho de autor, por mucho tiempo ocultos, rebasando al territorialismo escalofriante heredado de la tradición de la época de los privilegios. No se debe de perder de vista el hecho de que las interrogantes sobre las redes digitales son esencialmente antiguas cuestiones sin resolver o resueltas parcialmente, de manera que no hay que ceder demasiado rápido a la tentación de creer que es necesario replantear totalmente el sistema.²⁹

El internet renueva la controversia sobre la ley del país de origen, que se vuelve más difícil de determinar y cuyo papel es menos fácil justificar, planteando un problema crucial para la efectividad de la protección, el de la localización de la infracción al derecho de autor.

Tendríamos que localizar el lugar de divulgación de una obra o su lanzamiento en la red, situación que se presta a toda clase de manipulaciones por lo que no ofrece suficiente seguridad. Resultaría mas tentador, designar el lugar de establecimiento del operador responsable del sitio, pero el internet no es una red estructurada, por lo que es más difícil la localización de los operadores, quienes pueden ser de pequeño tamaño, o en su caso nos quedaría el domicilio o residencia del autor. Dichas incertidumbres no son un argumento a favor de la ley del país de origen y el dar con el usuario o con el infractor potencial no será tarea fácil.

²⁹ UNESCO, e-Boletín de derecho de autor, **Ley aplicable a la violación del derecho de autor en el entorno digital**, octubre – diciembre de 2005, p.10.

El principio de recurrir a la ley del país de origen puede ser igualmente puesto a discusión para lo que concierne al entorno digital. La tentación de recurrir a él se funda en el postulado según el cual la elección del lugar de publicación revela la voluntad del autor de naturalizar su obra. Pero el razonamiento pierde substancia en el internet. Publicar una obra por primera vez en un país determinado puede ser interpretado como una voluntad de crear un vínculo con ese país. En cambio, en la red, en la que se va al encuentro de un público no diferenciado esta interpretación no puede tener el mismo significado.

En el tema de la infracción de los derechos de autor en el internet, lo que está en juego ya no es la flecha de un arquero que atraviesa una frontera, ni un satélite que cubre de golpe varios países del mundo capaz de encuadrarse en los supuestos previstos por legislaciones muy diversas.

El postulado según el cual la desmaterialización que implican las tecnologías digitales hace obsoleto todo vínculo territorial no resiste al análisis. Por limitarnos a un ejemplo, la puesta a disposición de obras en la red digital supone, en el estado actual de la técnica, una fijación previa que constituye indiscutiblemente una reproducción, susceptible de ser localizada al mismo título que una fabricación de ejemplares cualquiera.

La controversia se origina entre dos grupos, aquellos que consideran apropiado recurrir a la ley del país de emisión y los que militan por la aplicación de las leyes del país de recepción, quedando sobreentendido que el plural se impone, puesto que lo propio de las redes digitales es la difusión en el mundo entero. Las dos tesis se fundan en argumentos serios.

Por lo que respecta a el país de emisión, este se determina conforme a la definición de la comunicación al público o, para los sistemas jurídicos que hacen de ésta una prerrogativa distinta, de la puesta a disposición del público, tal y como

se desprende de los tratados de la OMPI de 1996, los cuales serán estudiados más a fondo en el capítulo cuarto del presente trabajo de tesis. El razonamiento es simple, ya que el derecho exclusivo se ejercita desde esta puesta a disposición, el acto de violación debe ser considerado ejecutado en el lugar donde ésta se realice. Los partidarios de la ley del país de emisión así entendido sostienen que sólo esta ley debe regir las cuestiones que corresponden a la ley del país de protección.

Los partidarios de la aplicación de las diferentes leyes de los países de recepción argumentan que todo acto de explotación, en derecho de autor, está orientado al público, y que por tanto resulta normal localizar una determinada explotación a partir de este punto. Alegan que este análisis encuentra una mayor justificación en el caso de difusión a través de las redes digitales en las que estamos en presencia de un “consumidor” activo que toma la iniciativa para cada utilización, lo que no es el caso, por ejemplo de la radiodifusión por satélite. Y sobre todo, hacen valer que la aplicación exclusiva de la ley del país de emisión a partir de una localización técnica permita todas las manipulaciones. Concretamente, lo que está en discusión es el riesgo de desubicación hacia los países de emisión que tengan un nivel de protección menos elevado, riesgo muy real habida cuenta de las notables diferencias que existen entre las legislaciones nacionales, particularmente en lo referente a las excepciones al derecho exclusivo, y de la gran facilidad que hay en las redes digitales para manipular el lugar de lanzamiento a la red.

Esta objeción es lo suficientemente seria como para haber conducido a la mayoría de los partidarios de la ley de emisión a variar su posición y a considerar no el lugar de lanzamiento a la red del material, sino el lugar del establecimiento del responsable de la difusión, que se presta menos a tales manipulaciones y que además ofrece la ventaja de ser más fácilmente determinable.

Debemos recordar que la circulación de las obras en las redes digitales no es en la mayoría de los casos, y lo será sin duda cada vez menos, el resultado de una explotación profesional, lo que pone en duda la pertinencia de este enfoque y en todo caso complica la puesta en práctica de la regla.

Los partidarios de la ley del país de emisión anteponen la seguridad jurídica del difusor, haciendo valer que éste no pudiera ser obligado a respetar casi todas las leyes del planeta, como sería en caso de aplicar las diferentes leyes del país de recepción.

Desde nuestro particular punto de vista la jurisdicción aplicable para el caso de controversia, hasta el momento, tendrá que ser la del país en donde surge la controversia, o se verifica la violación, y sobre todo con base en las disposiciones legales con que dicho país cuente, las cuales evidentemente serán insuficientes, derivado del gran avance que día a día sufre el internet y los recursos con que cuentan. En fin la respuesta es buscar intentar regular de manera global al internet, sin embargo en la carrera con el tiempo y los avances tecnológicos, nosotros vamos perdiendo.

Podemos concluir que el contenido y regulación de internet se encuentra en su mayoría en manos de los propios usuarios de la red, características que han venido a plantear nuevos retos a quienes ostentan derechos sobre algunos tipos de información que se difunde a través de Internet, en particular, aquel material protegido por el sistema de protección de los derechos de autor y conexos.

2.- Tipos de información que puede intercambiarse, obtenerse o descargarse del internet.

A través de Internet se permite intercambiar información entre computadoras, y ya se han creado numerosos servicios que aprovechan esta función, entre ellos figuran los siguientes: conectarse a un ordenador desde otro lugar (telnet);

transferir ficheros entre una computadora local y una computadora remota (protocolo de transferencia de ficheros, o FTP), y uno de los servicios de Internet más recientes e importantes es el protocolo de transferencia de hipertexto (http), mediante el cual se puede leer e interpretar ficheros de una máquina remota: no sólo texto sino imágenes, sonidos o secuencias de vídeo. El http es el protocolo de transferencia de información que forma la base de la colección de información distribuida denominada World Wide Web. Internet permite también intercambiar mensajes de correo electrónico (e-mail); acceso a grupos de noticias y foros de debate, y conversaciones en tiempo real (chat); archivos de texto, gráficos, audio y vídeo entre otros servicios.

Actualmente, y toda vez que existe una gran cantidad de información disponible en la red, han aparecido diversos buscadores, es decir, páginas que se especializan en hacer índices de los contenidos que facilitan localizaciones específicas. Algunos de los buscadores más populares son Yahoo (www.yahoo.com.mx), Google (www.google.com.mx), Altavista (www.altavista.com) o Lycos (www.Lycos.com).

Por lo anterior, y con la finalidad de concluir el presente punto, podemos mencionar que derivado de la creación de diversos servicios en el internet, así como la existencia de diversos buscadores especializados, e inclusive la incorporación masiva al internet de los gobiernos de diferentes países, instituciones no gubernamentales, instituciones educativas y culturales, así como de las grandes y pequeñas empresas, por medio de la colocación de sus paginas en el internet, nos da elementos para concluir que la información, contenida en sus diferentes formatos es bastante amplia, sin olvidar que ahora los particulares están adaptando nuevas formas de compartir información con otros particulares, sin tener que involucrar a un tercero, situación que es uno de los puntos medulares de nuestro trabajo de tesis y el cual analizaremos con amplitud más adelante.

3.- Obras musicales en el internet, así como sus diversos formatos.

Uno de los grandes avances que ha habido en la tecnología de las computadoras, se ha aplicado al entretenimiento, y en especial a la música, encontrándose nuevos modos de distribución de archivos de audio mediante técnicas de compresión que disminuyen su tamaño, a continuación procederemos a analizar de manera breve la parte tecnológica de nuestro tema:

La tecnología de conversión del formato de codificación (“ripping”) consiste en el proceso de extracción del contenido digital (audio o video) de un CD o de un DVD que se traspara al medio de almacenamiento del propietario, como por ejemplo su disco duro.

El desarrollo de esta técnica está asociado a la proliferación del uso de MP3, un formato de audio comprimido (capa 3 normalizada de MPEG-1), que permite a los usuarios almacenar música de alta calidad comprimida en un disco duro o en cualquier otro medio digital.

Originalmente, los usuarios realizaban la conversión del formato de audio de CD para crear compilaciones personales de música en sus computadoras. Sin embargo, y derivado del desarrollo de aplicaciones basadas en el internet, como por ejemplo, Napster, Kazaa, Morpheus y StreamCast, que permiten a los usuarios compartir sus compilaciones, ha hecho que el fenómeno de la conversión del formato de codificación (“ripping”) se desarrolle enormemente, exponiendo a los titulares de derechos de autor a una situación cada vez más peligrosa.

La conversión de formato no se limita actualmente al audio, sino que hoy día resulta fácil copiar una película en DVD a un disco duro o a otro DVD mediante alguno de los recientemente aparecidos grabadores de DVD. Si el DVD original dispone de una protección contra copias o un control de acceso sencillo, existen herramientas que permiten a los usuarios eliminar la protección y copiar el

contenido del DVD en otros medios. Un contenido de vídeo puede comprimirse mediante un programa de compresión especializado, como el DivX, (tecnología de compresión basada en MPEG-4) que reduce drásticamente el tamaño de la película sin perder demasiada calidad.

Cualquier individuo con una computadora personal, puede grabar en el disco duro de dicha computadora, canciones contenidas en un disco compacto, situación que puede realizarse mediante diversos programas, como por ejemplo uno de los más comunes es el Windows Media Player. Dichas grabaciones se pueden realizar en diversos formatos de audio comprimido, con la finalidad de disminuir su tamaño en gran medida y permitir un ahorro de espacio de almacenamiento y una mayor velocidad de transmisión a través de sistemas de red, como lo es el internet.

El formato con más auge es el ya mencionado MP3 (de MPEG Audio Layer 3) el cual fue desarrollado por la Motion Picture Experts Group. Otros formatos también muy utilizados son el WMA (Windows Media Audio) de Microsoft y el RealAudio de RealNetworks, este último especialmente indicado para emisión de voz y música en tiempo real a través de Internet. No obstante que existen más tipos de archivos, nos enfocaremos al MP3, ya que es por el momento, de los más populares.

El MP3 se ha convertido desde hace unos años en el verdadero estándar de sonido a nivel mundial, gracias a la difusión masiva que ha tenido el intercambio de este tipo de archivos a través de internet, siendo su principal ventaja, la de ser un tipo de compresión de audio que reduce el tamaño del archivo en una relación de 10:1, lo que significa por ejemplo que una canción de cuatro minutos en formato WAV ocupa 40 Mb, mientras que la misma canción en formato MP3 sólo ocupará 4 Mb.

Es importante aclarar que, en el proceso de compresión se evita almacenar sonidos indistinguibles para el oído humano, por lo que tal compresión no merma

la calidad de la música, lo cual resulta atractivo para los cibernautas, ya que les permite intercambiar o descargar archivos MP3 fácilmente y con una buena calidad.

Hace algunos años los archivos MP3, no eran soportados por los equipos informáticos existentes hasta el momento, pero actualmente todas las computadoras son capaces de procesarlo, e inclusive últimamente la gama de aparatos de sonido convencionales, ahora han incorporado reproductores de MP3, en autoestereos, modulares, reproductores de DVD y reproductores portátiles de MP3 (iPod, Sony).³⁰

Una situación que considero importante en este punto, consiste en que cualquier individuo, al momento de que graba la música o las obras musicales contenidas en el disco compacto directamente en el disco duro de su computadora (“ripping”), no encuentra ninguna restricción técnica que le prohíba realizar dicha grabación, como por ejemplo, como en el caso de los programas de computo, que al momento de intentar ejecutarlo en la computadora, te solicita el código del producto, el cual es proporcionado a la persona que paga el precio del programa,

³⁰ Un ejemplo de tal situación la podemos encontrar en el catalogo de la marca Sony de sistemas de audio 2004.10, en cuyas páginas 5 y 6 encontramos la siguiente información: ¿Qué es un MP3? Proviene de la abreviatura de MPEG 1 layer 3. Es un formato de compresión de audio, que se encarga de eliminar determinados rangos de frecuencia casi imperceptibles para el oído humano, permitiendo que el archivo sea drásticamente reducido a un tamaño hasta 14 veces menor que un archivo de audio de un CD convencional; ¿Cómo bajar un MP3 a un CD? (1) Introduce el disco de tu elección en la unidad lectora de CDS que contiene tu PC y copia al disco duro la cantidad de melodías que tu gusto e ingenio te permitan. (2) Cuando ya se encuentren las melodías en el disco duro, la computadora interpretará las canciones como un archivo de audio en formato WAV (Waveform audio files, formato de audio en el que se graban los Vds.). (3) Necesitas un programa de compresión de audio para poder convertir estos archivos a MP3, y que el espacio que ocupan en el disco duro sea drásticamente reducido, evitando una pérdida de calidad sonora y finalmente poder escuchar tus melodías o transferirlas a un CD. (4) Si tienes tus archivos de MP3 organizados en carpetas puedes manejarlos con nuestros reproductores de MP3 que te permiten escoger tus selecciones musicales de un modo rápido y sencillo. Modelos Sony compatibles con MP3: Auto estéreos: CDX-R3300S, CDX-F5500X, CDX-F7700, CDX-M8800, CDX-M9905; DVD: DVP-NS575P, DVP-NC675P, DVP-NS975V; Audio personal: CDF-S20CP, D-NE301, ZS-YN7, CFD-G550CP, CFD-F15CP, D-NF401, D-NE900, MZ-NE420D, MZ-N520, MZ-NH700, MZ-N520CK; Audio para casa: MHC-RG221, MHC-RG441, MHC-RG5515, MHC-GN660, MHC-GN770, MHC-GN880, MHC-GN100D, DHC-NXM4D, CMT-NE5, CMT-HPX7, DAV-LF1, DAV-SR4W, DAV-BC150 y HT-1660DP. ¿Qué es un MP3 booster? Al ser MP3 un formato de compresión, la calidad de sonido es más limitada que la de un CD original. Para poder compensar esta “pérdida de calidad”, es importante que el sistema de sonido ofrezca la más alta fidelidad posible, por esta razón, los ingenieros de Sony diseñaron el MP3 booster. Esta función permite compensar las frecuencias bajas y altas que generalmente se pierden en las canciones de MP3, ofreciendo como resultado la más alta fidelidad posible en este formato.

al respecto lo que sucede por lo menos en el programa Windows Media Player, es que solamente muestra una leyenda en que el único responsable por el mal uso que se haga de las obras que son grabadas en los discos duros de las computadoras, es el usuario, el cual se hará acreedor, según corresponda a las sanciones correspondientes, lo anterior, me parece no adecuado, ya que las empresas creadoras de software, las cuales crearon dichos programas deben de compartir también la responsabilidad con el usuario, ya que ellos son los que proporcionan el medio para violentar los derechos de autor de las obras que son grabadas mediante dichos programas, aunque a lo mejor tal situación es ir en contra de los avances tecnológicos.

4.- Formas de intercambio, obtención o descarga de obras musicales en el internet.

Respecto de este punto en concreto, debemos estar concientes de que existen dos momentos, un momento en el que el intercambio o descarga de obras musicales en el internet era algo novedoso y todavía en desarrollo, y por lo tanto no regulado legalmente, y otro momento, en donde después de la gran explosión o auge que tuvo tal situación se empieza a salir de control y los titulares de los derechos de autor intentan ejercitar sus derechos.

Tal como se ha señalado anteriormente, la combinación de computadoras personales cada vez más potentes, medios de almacenamiento digital, aplicaciones de red como el internet y tecnología de conversión de formato ("ripping"), proporcionaron la oportunidad de transferir contenidos desde el medio original a medios controlados por el usuario. Una vez hecho esto, el contenido transferido queda a libre disposición del nuevo usuario, a pesar de estar jurídicamente protegido por el derecho de autor, y sin olvidar que en ninguna parte de dicho proceso existió el pago de regalías a favor de los titulares de los derechos de autor de las obras que fueron materia de tal operación.

La primera red de uso compartido o intercambio de ficheros que fue utilizada por un elevado número de usuarios de Internet fue el caso de Napster, que inició sus operaciones en mayo de 1999. La compañía proporcionaba un servicio por el cual los usuarios descargaban un programa que les permitía intercambiar ficheros de música sin cargo entre ellos. Constituía un primer servicio entre particulares de los que se conocen como “*peer-to-peer*”³¹, en el que los ficheros de música estaban en los servidores de Napster, permitiendo que los usuarios pudieran ir hacia la fuente de los ficheros de su interés. Napster se consideró el pionero de dicho tipo de servicio para particulares. Tal situación llegó a su fin cuando los titulares de los derechos de autor intentaron a toda costa poner fin a las violaciones de sus derechos en internet, tal y como lo analizaremos en el siguiente punto.

Considero relevante mencionar que actualmente, Napster se encuentra prestando el servicio de descarga de música en línea, pero de una manera legal, y no obstante la experiencia vivida con Napster, actualmente existen otros medios “peer-to-peer”, que continúan permitiendo la violación de los derechos de autor, tal es el caso de Kazaa, Ares, y Lime Wire, por mencionar a algunos, que también analizaremos más adelante, sin embargo, también ha habido avances en el comercio de las obras musicales en el internet, ya que actualmente existen algunos conceptos para obtener dichas obras legalmente en internet, tal es el caso de iPod de Apple e inclusive como lo comentamos de Napster.

Considero necesario analizar más a fondo el tema de “Peer-to-Peer”, el cual podríamos definir como el sistema de red en el que los archivos se reparten en diferentes computadoras, los usuarios accedan a éste de uno a otro en vez de un servidor central. Cada computadora tiene su propia capacidad y responsabilidad, a diferencia de un servidor en los que en muchas ocasiones hay computadoras que dependen de él. En una analogía, es como si en una red de la oficina, todos pudieran ver los archivos que tienen en cada máquina y descargarlos y usarlos al

³¹ Dicha tecnología también se conoce como de “punto a punto”, “de computadora a computadora” o “P2P”.

gusto. El peer-to-peer es lo mismo pero a nivel mundial con millones de computadoras.³²

5.- Estudio y análisis del caso NAPSTER.

Por lo que respecta al caso de NAPSTER, este fue concebido en 1999 por Shawn Fanning, un estudiante de 20 años de la Universidad de Boston, Massachussets, tomando como base la tecnología "Peer-to-Peer utilizó un sistema o software para compartir música por internet, llamado Napster's MusicShare Software, dicho sistema o programa de cómputo podía ser descargado o bajado gratuitamente de la pagina web de Napster (www.napster.com) siempre y cuando se proporcionaran algunos datos personales del potencial usuario de dicho programa, tales como nombre de usuario, password, país de origen, dirección de correo electrónico, etc. Posteriormente cada usuario grababa las canciones de su preferencia en el disco duro de su computadora, por lo regular en formato MP3, y al momento de estar conectado al internet, e iniciar el programa proporcionado por Napster, le permitía interconectarse con otros usuarios de Napster igual que el, lo cual le permitía tener acceso a la lista de canciones de cada usuario, elegir la canción de su preferencia y descargarla al disco duro de su computadora.³³

El proceso no terminaba al momento de descargar la canción, sino que el nuevo usuario que había obtenido dicha canción ahora podía reproducirla ilimitadamente, crear la cantidad de discos compactos que quisiera con dicha canción y algo importante, ahora era dueño ilegal de una copia de una obra musical protegida, con lo cual podía, reproducirla, grabarla, intercambiarla, regalarla y hasta inclusive lucrar con ella.

Derivado de lo anterior, Napster alcanzó altos niveles de popularidad entre los usuarios. Sin embargo, desde su inicio se enfrentó a cuestiones jurídicas al ser

³² Leños Ban, Jorge "El pirata que llevamos dentro", Revista SPUTNIK ACTUALIZA TU VIDA, Agosto 2005, México, p.62.

³³ De la Parra Trujillo, Eduardo "NAPSTER y el futuro de los derechos de autor", p.1.

evidente que sus usuarios utilizaban o comerciaban con obras protegidas por derechos de autor sin el permiso de los titulares de dichos derechos. Nunca antes la industria de la música se había enfrentado a un fenómeno como éste, es decir, una gran comunidad de usuarios intercambiando obras musicales en una red de intercambio de ficheros.

En diciembre de 1999, la Asociación Estadounidense de la Industria Discográfica demandó a Napster ante un tribunal de San Francisco, California por la violación de derechos de autor, ya que el software proporcionado por ellos permitía el libre intercambio de obras musicales por internet.

Al iniciarse los problemas jurídicos para Napster, los usuarios de este sistema, que eran aproximadamente unos setenta millones, lo defendían argumentando que al descargar una canción con Napster, no se estaba causando mal a nadie ni realizando una cuestión ilegal, y que simplemente se intercambiaba música, como se había realizado siempre, pero ahora se utilizaba como medio a el internet.

Otro punto que los defensores de Napster utilizaban a su favor era el referente a que no existía lucro de por medio, es decir que la operación de Napster y la actuación de sus usuarios no se realizaba con fines de especulación comercial, sino que era por el simple placer de intercambiar música.

Un punto, también utilizado a favor de Napster por sus defensores, era el de que descargar música de Napster equivalía a grabar en un cassette una canción transmitida por la radio, argumentando inclusive que a la fecha nadie había sido castigado por grabar una canción de la radio, ni mucho menos que las compañías disqueras alegaran que los organismos de radiodifusión violaban derechos de autor.

Napster fue denunciada en los tribunales de Estados Unidos de Norte América por las grandes compañías productoras y discográficas, tales como EMI, BMG, Universal, Warner y Sony, por conducto de la Asociación de la Industria Discográfica de América (Recording Industry Association of America www.riaa.com) argumentando violación a los derechos de autor de las canciones que se intercambiaban por medio de Napster. El juez paralizó las actividades de Napster y dicha sentencia fue posteriormente confirmada por la corte de apelación. Napster entró en bancarrota y sus activos fueron vendidos a Roxio, una compañía de software.

Los usuarios de Napster obtenían gratuitamente algo que ordinariamente obtendrían al momento de comprar el disco compacto que contiene las obras musicales.

Dirigiendo este factor, el tribunal concluyó que Napster daña el mercado "de al menos" dos modos: esto reduce ventas de CD de audio entre estudiantes de colegio y esto " levanta barreras a la entrada de los demandantes en el mercado para la descarga digital de la música. "

Napster afirma que sus usuarios descargan archivos MP3 para "probar" la música, ya que si la obra musical descargada es de su agrado, entonces esa prueba influirá para decidir si hay que comprar la grabación.

Sin embargo, y en relación con lo argumento anterior, se demostró que la descarga de muestras de música estaba ampliamente regulada por las compañías discográficas y que inclusive recogen regalías por muestras de canción disponibles en sitios de internet, estas muestras de música por lo regular consisten en muestras de treinta a sesenta segundos de las canciones, sin embargo, los usuarios de Napster descargaban una copia completa, gratuita y definitiva de una obra musical.

Napster también mantenía que el cambio espacial es un empleo justo. El cambio espacial ocurre cuando un usuario Napster descarga archivos de música MP3 para escuchar la música que él ya posee en el CD de audio. Sin embargo, es obvio que una vez que un usuario de Napster cataloga una copia de la música que él ya posee en el sistema Napster para tener acceso a la música de otros, la canción se hace disponible a los otros millones de usuarios, y no solamente a el propietario de CD original, por lo cual no sería un uso justo³⁴.

Una muestra de esto es que Napster llegó a un acuerdo con la Asociación de la Industria Discográfica de América por la cantidad de USD\$26,000,000.00 por las copias hechas de sus canciones en el sitio de Napster. Pero incluso, Napster firmó un convenio con una compañía disquera, con el objeto de que Napster siga funcionando en la red pero como un sistema de pago, que permita, por una parte, que sus usuarios sigan bajando y disfrutando de sus canciones favoritas, y por el otro lado, que los autores sean remunerados por su creatividad y las empresas por su inversión.

No obstante el ejemplo del caso Napster, actualmente existe una gran cantidad de compañías P2P, entre los más buscados por la ley se encuentran Grokster, Kazaa, Streamcast, Limewire y Morpheus, que han sido hábiles en hacer software sencillo descentralizado, no como Napster en 2001 que usaba un servidor central para hacer todas las transacciones y deliberadamente sabía que los usuarios comerciaban con archivos ilegales.

³⁴ El uso justo es uno de los derechos otorgados al titular del derecho de autor para reproducir o autorizar a otros a que reproduzcan su obra en copias o grabaciones sonoras. Existen cuatro factores ha ser considerados para determinar en particular si el uso es justo: 1. El propósito y carácter de el uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro; 2. La clase del derecho de autor de la obra; 3. La cantidad y consistencia de la porción utilizada en relación con el derecho de autor de la obra en su totalidad; y 4. El efecto de su uso sobre el mercado potencial o valor del derecho del autor de la obra. Obtenido del artículo "**El uso justo (en respuesta a su pregunta)**", Library Of Congress Copyright Office, FL-102 Español, Octubre, Estados Unidos de Norteamérica, 2003.

Por último, la Corte Suprema de Estados Unidos ha fallado en contra de las compañías P2P después de tres años de batallas, pero aclaramos que los fallos han estado divididos en el sentido de tres jueces en contra, tres a favor y tres neutrales.

Napster, es actualmente un de las marcas más grandes en la mercado legal de la música digital, prestando el servicio de una suscripción que permite a admiradores libremente probar la colección en línea más grande a través de internet y más diversa del mundo de la música y experimentar el número más grande de géneros de música. Los usuarios de Napster tienen el acceso a canciones de todas las etiquetas principales y cientos de independientes y tienen más modos de descubrir, compartir y adquirir la nueva música y viejos favoritos con rasgos de comunidad como la capacidad de enviar por correo electrónico pistas a amigos y hojear las colecciones de otros miembros. Napster también ofrece una versión más ligera del servicio de Napster para los que solamente quieren comprar canciones y álbumes a la carta. Napster está actualmente disponible en los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido y cuenta con sedes en Los Ángeles con oficinas en Londres, Nueva York y San Diego.

6.- Estudio y análisis de otras redes “entre pares”, “P2P” o “Peer to Peer”.

Lo primero que se debe señalar desde una perspectiva práctica es que constantemente aparecen nuevos modelos comerciales y que los servicios en línea lícitos han crecido en el mundo entero. Pese a ello, las empresas discográficas deberán ir probando diferentes modelos hasta encontrar la mejor solución. En pocas palabras, la distribución en línea autorizada y legal tendría que ser bastante atractiva para que el consumidor renunciara a las redes P2P ilegales y comprara archivos de música o de otro tipo que estuvieran autorizados. Por cierto, no está claro aun cómo será el modelo comercial de venta de archivos musicales que prospere y, en particular, si el servicio deberá funcionar mediante pagos unitarios por cada utilización o por suscripción.

En la actualidad, Apple parece ser el distribuidor de música en línea autorizado que propone la mejor solución, al menos en los Estados Unidos, donde ha conseguido captar el 70% del mercado legal. Sus tiendas de "iTunes" presentan varias ventajas: una calidad que supera a la de las redes de intercambio de archivos ilegales, la ausencia de virus y de programas espía, la posibilidad de escuchar la música descargada tantas veces como se desee, grabarla en CD o en lectores portátiles de MP3 y transferirla a como máximo cinco computadoras de la propia red, la opción de descargar canciones sueltas y no sólo compilaciones o CD completos y, por último, el bajo costo por canción (0,99 € en Europa). En cambio, se le critica que el catálogo ofrecido sea todavía limitado (debido, en particular, a que la obtención de la autorización para usar la obra puede llevar bastante tiempo) y que el dispositivo de grabación iPod sólo funcione con iTunes y no con los contenidos de otras tiendas de música en línea.

CAPÍTULO TERCERO. OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET, SU REGULACIÓN LEGAL Y SITUACIÓN ACTUAL EN MÉXICO.

1.- Concepto de obra musical.

La música desempeña un papel importante en todas las sociedades y existe en una gran cantidad de estilos, característicos de diferentes regiones geográficas o épocas históricas, por tal diversidad, resulta claro que no es fácil de definir un concepto de música.

No obstante lo anterior, podemos conceptualizar a la música, como un movimiento organizado de sonidos a través de un espacio de tiempo,³⁵ o también la podemos definir como el arte de combinar los sonidos conforme a las normas de la melodía, armonía y ritmo.³⁶

Por su parte el ya citado Glosario de derechos de autor y derechos conexos de la OMPI, establece que por obra musical se entiende generalmente que es una obra artística protegida por el derecho de autor. Estas obras abarcan toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos musicales y/o la voz humana. Si la obra tiene además finalidades de representación escénica, recibe el nombre de obra dramático musical. Generalmente la música forma también parte de las obras cinematográficas. El autor de una obra musical recibe generalmente el nombre de compositor. Las más frecuentes utilizaciones de las obras musicales para las que se otorga protección en virtud de legislaciones de derecho de autor son la reproducción (como música escrita o como grabación), la representación o ejecución, la radiodifusión, las demás formas de transmisión al público, arreglos musicales y utilización como música ambiental. Las legislaciones de derechos de autor que condicionan la protección a la fijación en una forma material protegen únicamente la música escrita en notación musical o adecuadamente grabada.

³⁵ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation.

Otras legislaciones de derechos de autor también conceden protección a las improvisaciones u obras musicales transmitidas de una manera práctica, contra toda fijación o transmisión al público no autorizado.³⁷

2.- Derechos morales y patrimoniales de una obra musical.

Para el desarrollo del presente punto, debemos tomar en cuenta, que en una obra musical, contamos con un autor o compositor, quien es el que crea la obra musical, posteriormente contamos con un artista intérprete o ejecutante, el cual como su nombre lo dice interpreta o ejecuta la obra musical creada por el compositor, y por último tenemos al productor de fonogramas, que es la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas; en vista de lo anterior, es que analizaremos en la legislación nacional, cada una de estas figuras que se encuentran relacionadas en una obra musical.

Comenzaremos con el autor o compositor, quien tal y como se mencionó anteriormente, es el creador de la obra musical como tal y este es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre la obra musical de su creación.

La LFDA establece que en virtud de dichos derechos, el autor o compositor, podrá en todo tiempo, determinar si su obra musical ha de ser divulgada y en que forma, o mantenerla inédita; a exigir el reconocimiento de su calidad de autor o compositor respecto de esa obra creada, así como la de disponer que la divulgación de la misma se efectúe como obra anónima o seudónima; exigir respeto a su obra musical, pudiendo oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor; modificar su obra musical; retirar su obra musical del

³⁶ García-Pelayo y Gross, Ramón, Op. cit., p. 431

comercio; oponerse a que se le atribuya a otro autor, la creación de su obra musical.

El derecho moral de los autores o compositores se considera unido a este, es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

Por lo que respecta a los derechos patrimoniales de los autores o compositores, estos les da el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites de la LFDA y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales; así mismo, podrán autorizar o prohibir entre otras cosas la reproducción, publicación, edición o fijación material de la obra musical, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar; la comunicación pública de su obra a través de la representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas; la exhibición pública por cualquier medio o procedimiento; el acceso público por medio de la telecomunicación; la transmisión pública o radiodifusión de la obra musical, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cable, fibra óptica, microondas, vía satélite o cualquier otro medio conocido o por conocerse; la distribución de la obra musical, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación; la importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización; la divulgación de obras musicales derivadas; y cualquier utilización pública de la obra.

Los derechos patrimoniales del autor o compositor estarán vigentes la vida del mismo y, a partir de su muerte, cien años más, para el caso de las obras divulgadas, y para las que no, cien años después de divulgadas.

³⁷ Op. cit., p. 163.

Ahora bien, por lo que respecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, debemos de suponer que estos podrán interpretar o ejecutar la obra musical, siempre y cuando cuenten con la autorización correspondiente del autor o compositor de dicha obra musical, aunque no podríamos descartar que la misma persona que sea el autor o compositor pueda ser el artista intérprete o ejecutante.

Nuestra segunda figura a analizar es el artista intérprete o ejecutante, los cuales tienen derechos morales, con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación; asimismo, tienen el derecho de oponerse a la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones; a la fijación de las mismas sobre una base material, y a la reproducción de la fijación de dichas interpretaciones o ejecuciones.

Estos derechos se consideraran agotados una vez que el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la incorporación de su interpretación en una fijación visual, sonora o audiovisual, siempre y cuando los usuarios que utilicen con fines de lucro dichos soportes materiales, efectúen el pago correspondiente.

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Dichos derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas

Dentro de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición; asimismo por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, estos gozarán del derecho de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones, la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

La duración de la protección concedida a los artistas será de setenta y cinco años contados a partir de:

- I. La primera fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma;
- II. La primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, o
- III. La transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier medio.

Por último, analizaremos la parte que corresponde a los productores de fonogramas, los cuales para proceder a fijar, editar, reproducir y publicar la interpretación o ejecución de la obra musical, necesita contar con la autorización de los dos sujetos que se analizaron anteriormente, posterior a tal autorización, entonces los productores de fonogramas cuentan con ciertas prerrogativas de carácter patrimonial, tales como el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos; la importación de copias del fonograma hechas

sin la autorización del productor; la distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones; la adaptación o transformación del fonograma, y el arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.

Los productores de fonogramas tienen el derecho de percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, sea por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.

Los fonogramas deberán ostentar el símbolo (P) acompañado de la indicación del año en que se haya realizado la primera publicación.

Una vez que un fonograma haya sido introducido legalmente al comercio, ni los artistas intérpretes o ejecutantes, ni los productores de fonogramas podrán oponerse a su comunicación directa al público, siempre y cuando los usuarios que lo utilicen con fines de lucro realicen el pago que corresponda a estos.

Por último, la protección a los productores de fonogramas será de setenta y cinco años, a partir de la primera fijación de los sonidos en el fonograma.

3.- Obras musicales en el internet, su intercambio, obtención o descarga. ¿Constituye una infracción o violación a los derechos de autor de los titulares?

Partiendo de la base, de que actualmente las obras musicales se fijan comúnmente en un disco compacto, independientemente de las nuevas tecnologías que en algún momento eliminarán al CD, es que debemos de partir de

los derechos que adquiere un consumidor al comprar o adquirir un CD que contenga obras musicales.

La adquisición de un disco compacto que contiene una copia de un fonograma de una obra musical usualmente responde, en primera instancia a un simple contrato de compraventa mercantil, no obstante lo anterior, el consumidor, en realidad esta adquiriendo dos bienes, el primero, es el disco compacto físicamente en si, y por otro lado la obra artística musical.

En principio, el consumidor que compró dicho CD puede disponer de él libremente, de cualquier manera, como consecuencia del contrato traslativo de dominio que realizó, por lo que el disco compacto y su contenido entran a formar parte de su patrimonio y constituyen dos bienes más sobre los cuales la persona ejerce su derecho de propiedad.

Al respecto, en consideración de la naturaleza inmaterial de la obra musical, o más preciso aún, del fonograma, el consumidor está adquiriendo, en realidad, dos bienes: el disco compacto y el fonograma, uno de naturaleza corporal y el otro la fijación de una obra de naturaleza intelectual o artística.

En efecto, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 38 de la LFDA, el derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Lo que no tiene autorizado quien compra el disco compacto es, en relación con la obra musical y la interpretación o ejecución, es a utilizarla con fines económicos, reproducirla, adaptarla e incluirla en otro fonograma u obra audiovisual, realizar la comunicación al público, poner la obra a disposición del público, su distribución, su

transmisión pública, la introducción de modificaciones posteriores y el retiro de circulación de la obra, con el objeto de respetar los derechos del autor de la obra contenida en el fonograma; así como la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión por radio o televisión de las interpretaciones o ejecuciones, los cuales ostentan exclusivamente los artistas; con relación al fonograma, el consumidor tiene prohibido su reproducción, la primera distribución pública del original y de cada copia del fonograma, el arrendamiento comercial al público, la importación de copias no autorizadas del fonograma, su transmisión por radio o televisión, su ejecución pública, la puesta a disposición al público.

Dentro de las facultades que tiene permitidas el comprador de un disco compacto que contiene obras musicales protegidas por la Legislación Autoral nacional, se encuentra principalmente la de escuchar la obra musical a través de sus equipos de sonido y en el momento que este así lo desee.

No obstante lo anterior, la facultad legal que tiene el comprador de un fonograma de poder escucharlo, a través de un lector de discos compactos, se encuentra limitada por LFDA, por lo cual no podría cambiarlo de formato, como por ejemplo que el comprador lo grabe en un cassette, o que lo convierta en un archivo MP3, sin importar los fines o motivos por los cuales manifiesta hacer dicho cambio, pudiendo ser tales como para la conservación del material, para ampliar los medios o instrumentos a través de los cuales podría utilizar dicho fonograma y no limitarlo solamente al lector de discos compactos. Tal limitación se fundamenta en que la realización de dichos cambios de formato, implica forzosamente, la reproducción del fonograma, lo cual es un derecho exclusivo tanto de los artistas intérpretes o ejecutantes y del productor del fonograma.³⁸

³⁸ Fracción III del artículo 118 y fracción I del artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, respectivamente.

Otra limitante, hasta cierto punto, es aquella resultante del artículo 133 de la LFDA, la cual establece que una vez que un fonograma haya sido introducido legalmente a cualquier circuito comercial, ni los artistas intérpretes o ejecutantes, ni los productores de fonogramas podrán oponerse a su comunicación directa al público, siempre y cuando los usuarios que lo utilicen con fines de lucro efectúen el pago correspondiente a aquellos; por lo anterior, y como podemos apreciar, la comunicación directa al público de un fonograma puede ser realizada por el comprador del fonograma, sin embargo, si esta comunicación al público implica un acto con fines de lucro, deberán efectuar el pago de las regalías correspondientes.

Confirma lo anterior, lo que dispone la fracción II del artículo 151 de la LFDA, el cual a la letra dice:

Artículo 151. No constituyen violaciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones cuando:

I.- No se persiga un beneficio económico directo;

Es por lo anteriormente analizado, que el comprador de un fonograma o un disco compacto, tiene ciertos derechos y limitaciones respecto del fonograma y de las obras musicales contenidas en el mismo.

Desde un punto de vista jurídico han de distinguirse tres actos diferentes, incluso si se producen en un mismo contexto económico: primero, el hecho de cargar una copia de una obra musical en una computadora, segundo, el de ponerla a disposición de los demás usuarios que intercambian archivos y, tercero, el que un usuario del sistema de acceso compartido la descargue.

En primer lugar, un requisito previo para que los sistemas de acceso compartido a archivos funcionen es que los archivos estén disponibles en por lo menos algunas de las computadoras participantes; o, dicho en otras palabras, el archivo que contenga el objeto protegido debe estar copiado en la computadora, lo cual habitualmente se hace en su disco duro. Este acto es, indudablemente, una reproducción, amparada principalmente por el derecho exclusivo de reproducción que ostentan los autores y los titulares de los derechos conexos, según el derecho Internacional vigente y las leyes nacionales que lo incorporan. En particular, la definición de derecho de reproducción que figura en el párrafo 1 del Artículo 9 del Convenio de Berna (“la reproducción ... por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”) tiene bastante amplitud para abarcar también las formas de reproducción electrónica, como se ha aclarado en la Declaración concertada respecto del Artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, según la cual el derecho de reproducción es totalmente aplicable en el entorno digital, y en particular queda entendido que el almacenamiento en forma digital constituye una reproducción; igual disposición figura en la Declaración concertada respecto de los Artículos 7 y 11 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, respecto de la interpretación o ejecución y los fonogramas. Incluso dejando de lado estas aclaraciones, no hay duda en la actualidad de que el almacenamiento electrónico en un disco duro constituye una reproducción en el sentido de las normas del derecho de autor y los derechos conexos.³⁹

Tal y como sabemos actualmente en el mercado de la música, aunque ha habido avances importantes, aún la música se continúa comerciando por medio de discos compactos, y la música en formatos comprimidos, en especial en formato MP3, no es una realidad palpable en las tiendas de discos, ya que estas todavía no comercian la música en dichos formatos, así que podemos establecer que toda la música que se encuentra en formato MP3 y disponible en internet, ha sido

³⁹ Von Lewinski Silke, “**Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos**”, e-Boletín de derecho de autor, UNESCO, Enero – Marzo de 2005, p. 6

cambiada de formato, situación que constituye una limitante al o a los dueños de discos compactos, ya que implica la reproducción del fonograma, lo cual es un derecho exclusivo tanto de los artistas intérpretes o ejecutantes y del productor del fonograma.

Con base en lo anterior, podemos establecer que en primera instancia si existe una violación a los derechos de autor y derechos conexos en concreto a lo establecido en la fracción I del artículo 27, fracción III del artículo 118 y fracción I del artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, ya que forzosamente existió una reproducción de las obras musicales para cambiarlas de formato a MP3, ya que los artistas intérpretes o ejecutantes tiene el derecho de oponerse a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, así mismo los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos.

En un segundo momento, el usuario de internet que utilizando tecnología “peer-to-peer” o par a par, es decir instalando en su computadora personal un software de los que proporcionan las compañías P2P, el cual le permitirá conectarse con otros usuarios individuales que se conectan entre sí directamente, sin la necesidad de un punto central de administración, por ejemplo, sujeto “X” descarga un software P2P y lo instala en su computadora. Sujeto “Y” también tiene instalado el software P2P en su computadora. Sujeto “X” utiliza el software P2P para buscar un archivo que necesita. El software P2P lo encuentra en la computadora del sujeto “Y”. Sujeto “X” puede ahora descargar el archivo directamente del sujeto “Y”.

El éxito de la tecnología P2P radica en el compartir archivos, las empresas P2P, establecen que debe de ser de una manera activa y responsable, para que todos se puedan beneficiar de la colaboración, los usuarios deben compartir archivos

adecuados según el acuerdo de licencia que se haya establecido para el uso del software P2P.

Para compartir archivos, se debe seleccionar, por parte del usuario del software P2P y que obviamente a la vez utilizará el internet, los archivos que le gustaría compartir, dichos archivos deberán ser colocados en una carpeta especial que generalmente se denomina 'Mi carpeta compartida'. Es importante aclarar que no solo los archivos que contienen música son intercambiados, sino que las posibilidades son muy amplias, ya que se puede intercambiar videos, películas, fotos, software, etc.

Al concretarse lo anterior, consideramos que nos encontramos frente a un segundo momento en donde se verifica desde nuestro muy particular punto de vista, que existe una violación a los derechos de autor y derechos conexos de los titulares de las obras musicales, ya que en el momento en que estos son puestos a disposición de cualquier usuario de un software P2P que se encuentre conectado a internet, se viola lo dispuesto por la fracción II, III, IV y VII del artículo 27, fracción I y II del artículo 118 y la fracción III del artículo 131 de la Ley Federal del Derecho de Autor, todos ellos regulan el derecho que tienen los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos de autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra, interpretaciones y ejecuciones a través de cualquier forma de telecomunicación o forma de transmisión pública o radiodifusión de obras por medio de cable, fibra óptica, microondas, vía satélite o cualquier otro medio conocido o por conocerse.

Otro momento en el que consideramos también existe violación a los derechos de autor y derechos conexos, existe cuando se descarga un archivo por medio de software P2P. Una vez que la descarga es completada entonces el archivo está listo para usarse. Estos archivos pueden sin ninguna restricción reproducirse, fijarse en una base material como por ejemplo un disco compacto o en la memoria

de un aparato reproductor portátil de MP3, o dejarla en la carpeta compartida del software P2P para dejarla a disposición de los demás usuarios de dicho software.

Respecto del punto anterior, consideramos que también existe violación a la Legislación Nacional en materia de derechos de autor, ya que de acuerdo con el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor el autor y su causahabiente gozan del derecho irrenunciable a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio, el pago de la regalía mencionada deberá ser pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras directamente al autor o a la sociedad de gestión colectiva que los represente.

La LFDA establece que debemos entender como comunicación pública al acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares.

Ahora bien, tanto el artículo 117 bis como el 131 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, regula el derecho irrenunciable de los artistas intérpretes o ejecutantes y el de los productores de fonogramas respectivamente a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones y de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.

Sin embargo, aquí nos encontramos con la limitante del lucro para que se configure la violación sería necesario que la acción se realice con fines de lucro, situación que tendría que ser acreditada en el momento que se intente una acción en contra de dicha violación.

Al respecto el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en su artículo 15 que los artistas intérpretes o ejecutantes

y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales, debiendo se entender que los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

Tal situación beneficia a los artistas intérpretes y ejecutantes y a los productores de fonogramas, ya que aclara la cuestión de los fines comerciales, situación que se adecua perfectamente al caso concreto de nuestro tema de tesis, ya que la gente que utiliza software P2P para poner a disposición y descargar obras musicales del internet, no siempre lo hace con fines comerciales o de lucro, sino para un uso personal y privado, sin embargo, dicho artículo abre una posibilidad para los titulares para defenderse en contra de dichos actos.

Con base en lo anterior, podemos establecer que las acciones antes mencionadas, desde nuestro particular punto de vista, constituyen infracciones en materia de Derechos de Autor, con fundamento en la fracción XIV del artículo 229 de la LFDA, que establece que serán infracciones en materia de derecho de autor las demás que se deriven de la interpretación de la presente Ley y sus reglamentos, infracción que se sanciona con multa de cinco mil hasta quince mil días de SMGVDF en la fecha de la comisión de la infracción, así como multa adicional de hasta quinientos días de salario mínimo por día a quien persista en la infracción.

Por otro lado, dichas acciones también constituyen infracciones en materia de comercio con fundamento en las fracciones I, III y IV en relación con el artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y fonogramas,

infracciones que son sancionadas con multa de cinco mil hasta diez mil días de SMGVDF al momento de la infracción y con multa adicional de hasta quinientos días de salario mínimo a quien persista en la infracción.

Cuando los titulares de los derechos no hayan dado autorización para los actos de reproducción y puesta a disposición y no se aplique ninguna limitación o excepción, el usuario que haga la copia y la ponga a disposición de los participantes en la red y el usuario que descargue el archivo será un infractor primario pasible de las sanciones generales previstas en la ley nacional.

Habida cuenta de los problemas que representa perseguir a los usuarios particulares de las redes de intercambio de archivos, la cuestión de la responsabilidad de los demás actores en este contexto cobra pertinencia. En particular, los proveedores del programa informático para el sistema de intercambio de archivos podrían ser responsables de una infracción secundaria de los derechos de los autores y los derechos conexos. Las reglas en materia de responsabilidad están sujetas a la ley.

Comúnmente se ha considerado que existía responsabilidad indirecta en materia de derecho de autor cuando el demandado tenía el derecho y la capacidad de supervisar la actividad que constituía una infracción primaria y tenía un interés financiero en la misma. En el contexto de las redes P2P, se plantean nuevas preguntas; por ejemplo, tratándose de la responsabilidad subsidiaria, si el conocimiento debe referirse a infracciones específicas y existir antes de que tengan lugar y si el proveedor de servicios puede voluntariamente obstinarse en no tener ese conocimiento; en cuanto a la responsabilidad indirecta, las preguntas se refieren al grado de supervisión que ejerce el proveedor de servicios y sobre la fuente directa del beneficio financiero. Las disposiciones sobre la exención de la responsabilidad de los proveedores de servicios en relación con el derecho de autor son demasiado detalladas como para analizarse o incluso presentarse en

este contexto. Hasta la fecha, su aplicación a los casos de redes P2P ha tenido por resultado la derrota de las redes de primera generación Napster y Aimster y una victoria de la red de tercera generación Grokster. Una de las principales diferencias objetivas entre las dos primeras redes y la tercera, que tiene repercusiones en el plano jurídico, es que las dos primeras funcionaban con un servidor central en el que constaba la información pertinente para los usuarios en cuanto a los contenidos disponibles y, en consecuencia, podían controlar el sistema, mientras que en la red Grokster no existe un servidor central que permita ejercer ese control.

Lo preocupante de esta situación, estriba en el hecho de que nosotros solo estamos analizando de manera simple como funciona el sistema P2P, pero ya en la realidad, este proceso se repite millones de veces, como consecuencia de que el contar con internet ahora es más común, así como del gran número de usuarios de software P2P, de la velocidad de banda ancha del internet que actualmente te permite descargar una archivo que contenga una obra musical en tan solo unos minutos.

4.- Postura de Sociedades Mexicanas de Gestión Colectiva así como de productores de fonogramas.

De inicio, el término de “sociedades de autores” se abandona para adoptar el de “sociedades de gestión colectiva”, las cuales se definen en la Ley como aquella persona moral que sin ánimo de lucro se constituye bajo el amparo legal con el objeto de proteger a autores y titulares de derechos conexos tanto nacionales como extranjeros, así como recaudar y entregar a los mismos las cantidades que por concepto de derechos de autor o derechos conexos se generen a su favor.

Aquí ya se plantea esa primera diferencia, pues este tipo de entidades no sólo será privativo para los autores o los artistas intérpretes o ejecutantes sino también

para otros titulares de derechos conexos, en el sentido que lo entiende la legislación actual.

De relevancia en este nuevo sistema normativo, es el artículo 195 de la LFDA, que en gran medida nos da respuesta a la cuestión que se plantea. Esta disposición legal establece que las personas que puedan formar parte de una sociedad de gestión colectiva, podrán optar libremente entre afiliarse a ella o no; asimismo podrán elegir entre ejercer sus derechos patrimoniales en forma individual, por conducto de apoderado o a través de la sociedad, en otras palabras, la Ley consagra la libertad de afiliación para los autores o titulares de derechos conexos, estableciendo que tales sociedades no podrán intervenir en el cobro de regalías cuando los socios elijan ejercer sus derechos en forma individual respecto de cualquier utilización de la obra o bien hayan pactado mecanismos directos para su cobro.

Ahora bien, cuando los socios hayan otorgado mandato a la sociedad de gestión colectiva, no podrán efectuar el cobro de regalías por sí mismos, a menos que lo revoquen.

El precepto concluye manifestando que las sociedades de gestión colectiva no podrán imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación, ni la totalidad de la obra o de producción futura.

En congruencia con estos últimos párrafos, la propia LFDA en su artículo 197 dispone que los miembros de una sociedad de gestión colectiva cuando opten por que la sociedad sea la que realice los cobros a su nombre, deberán otorgar a ésta un poder general para pleitos y cobranzas.

Por último se establece en el artículo 198 de la LFDA que no prescriben a favor de las sociedades de gestión colectiva y en contra de los socios los derechos o las

percepciones cobradas por ellas, y en el caso de percepciones o derechos para autores del extranjero se estará al principio de reciprocidad.

Atentos a todo lo anterior, se puede concluir los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de las obras audiovisuales no están sujetos a un contrato obligatorio con una sociedad de gestión colectiva.

Por cuanto a cómo funcionan las sociedades de gestión colectiva en México y, en específico aquellas que agrupan a artistas intérpretes o ejecutantes, se señala que existen tres entidades actualmente: La Asociación Nacional de Intérpretes (ANDI) que agrupa fundamentalmente a los actores de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales; modelos y actores que participan en anuncios comerciales; la Sociedad Mexicana de Ejecutantes de Música (SOMEM), de antiguo registro que prácticamente hoy en día está en suspenso en sus actividades, y finalmente la Sociedad de Autores y Compositores de Música (SACM).

El funcionamiento de las mismas debe estar ajustado a las disposiciones del Título IX de la LFDA (Artículos 192 a 207) y del capítulo II del Título XI del Reglamento (Artículos 115 a 136).

Al intentar buscar la postura de algunas de las sociedades de gestión colectiva mencionadas anteriormente, nos encontramos que realmente no existe un papel realmente activo por parte de dichas sociedades en iniciar o en coadyuvar con diferentes organismos nacionales o internacionales en busca de instrumentos efectivos para la defensa de los derechos que deben defender en el internet.

Por lo que respecta a la Sociedad de Autores y Compositores de México, el licenciado Gabriel Larrea, Coordinador General Internacional de dicha sociedad manifiesta que los autores y compositores mexicanos, se ven obligados a compartir las posibles regalías que podrían obtener, sin embargo se encuentran

en desventaja, ya que no pueden reclamar la violación a sus derechos morales cuando alguien baja de Internet una obra, la modifica y la distribuye como propia, así mismo, comenta que Internet es un medio nuevo que permite la comunicación digital instantánea de obras en todo el mundo, lo que implica el problema de controlar las regalías por el uso de las obras que circulan en la red y para la armonización de las legislaciones nacionales.

En el mundo la mayoría de los países productores de obras están adheridos al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el cual fue creado en 1886 por la Asociación Literaria Artística Internacional, que pugna porque se reconozca el derecho del autor como la propiedad más sagrada al ser proveniente del hombre.

En 1996 se aprobaron dos nuevos instrumentos internacionales: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. A pesar de que nuestra ley es de diciembre de 1996, en ella ya se comienza a hablar de aquel problema y se empieza a modernizar".⁴⁰

Por lo que respecta a la Sociedad Mexicana de Ejecutantes de Música (SOMEM) no encontramos una postura respecto del problema que se plantea en el presente trabajo de tesis, situación que debe de preocupar, ya que esta sociedad representa los derechos de varios ejecutantes de música, que ven reducidas las entradas de regalías por concepto de la música que se descarga y obtiene de internet.

⁴⁰ **Revista Mexicana del Derecho de Autor** (Nueva época), INDA, año 1, número especial, Noviembre, 2000, p. 22

No obstante todo lo anterior, podemos concluir que las Sociedades de Gestión Colectiva a la fecha no han iniciado ningún tipo de procedimiento administrativo o judicial, que intente buscar protección a favor de sus miembros por las violaciones que se realizan en contra de las obras musicales en el internet, no obstante que están legitimadas por sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Lo anterior, no implica que por ejemplo la SACM no esté consiente de que se están violentando los derechos de sus miembros, si no que quizás consideran que los medios de defensa con que actualmente cuentan no son muy confiables o mejor dicho que no se adecuan a la realidad de la extraterritorialidad de internet, sin embargo, no debemos de restarle valor a que dichas sociedades se encuentran pugnando y participando en organismos nacionales e internacionales a efecto de que se encuentren soluciones y se establezcan procedimientos realmente efectivos que permitan una defensa digna de sus derechos, aunque no de la manera en que se ha desarrollado el problema de la música digital.

Por lo que respecta a las productoras de fonogramas en nuestro país, tampoco encontramos postura al respecto, al parecer éstas en su mayoría al ser empresas filiales de otras que se encuentran en el extranjero, no han realizado o tomado acciones con el fin de poner un alto a la obtención de música digital en internet, donde si existe una gran participación por parte de estas empresas de iniciar acciones judiciales en contra de los violadores de sus derechos es en Estados Unidos de Norteamérica, en donde inclusive ya se cuenta con el antecedente de Napster.

5.- Postura del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, creado en virtud de la LFDA, y regulado en la

misma en su Título X, capítulo único, artículos 208 al 212, así como por el Título X, capítulo único, artículos 103 al 107 del reglamento de la LFDA.

Podemos citar sus principales funciones, las cuales consisten en:

- I.- Proteger y fomentar el derecho de autor;
- II.- Promover la creación de obras literarias y artísticas;
- III.- Llevar el Registro Público del Derecho de Autor;
- IV.- Mantener actualizado su acervo histórico, y
- V.- Promover la cooperación internacional y el intercambio con instituciones encargadas del registro y protección del derecho de autor y derechos conexos.

Por lo que se puede apreciar del párrafo anterior, una de las principales funciones del INDA, es el referente a la protección del derecho de autor, punto que esta íntimamente relacionado con nuestro tema de tesis, y que de primera instancia podemos decir que el INDA debe proteger los derechos de autor, no solo en el país, sino que deberá buscar promover la cooperación en materia de protección de los derechos de autor y derechos conexos en el ámbito internacional.

Así mismo, y de acuerdo con los ordenamientos legales anteriormente citados, el INDA tiene facultades para:

- I.- Realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas;
- II.- Solicitar a las autoridades competentes la práctica de visitas de inspección;
- III.- Ordenar y ejecutar los actos provisionales para prevenir o terminar con la violación al derecho de autor y derechos conexos;
- IV.- Imponer las sanciones administrativas que sean procedentes.
- V.- Proteger el derecho de autor y los derechos conexos en los términos de la legislación nacional y de los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

VI.- Intervenir en los conflictos que se susciten sobre derechos protegidos por la Ley, de conformidad con los procedimientos de avenencia y arbitraje que la misma establece.

Sin embargo, al seguir revisando el ejercicio de las facultades que anteriormente se mencionaron, pudimos observar que en base a lo que establece el artículo 230 de la LFDA, el INDA solamente podrá sancionar en materia de infracciones en materia de derechos de autor, las cuales se especifican en catorce fracciones del artículo 229 de la LFDA, y de las cuales la mayoría de ellas va encaminada a la protección de los derechos morales de los titulares de las obras protegidas, lo cual desde nuestro punto de vista muy personal y para el caso concreto de nuestro tema de tesis, consideramos que limita el campo de acción del INDA, respecto de las funciones y facultades que la Ley le otorga, y lo anterior, no por restar importancia a la protección de los derechos morales.

Una de las prioridades de la OMPI es ayudar a los países en desarrollo a modernizar sus sistemas de propiedad intelectual de la forma más económica y oportuna posible. Para responder a este desafío se cuenta con los Planes de Acción de Orientación Nacional:

- Desarrollo institucional
- Sistematización y digitalización
- Formación y capacitación de recursos humanos

Al mismo tiempo, el INDA busca el apoyo de la OMPI para estandarizar estadísticas, indicadores, bases de datos y bibliotecas, con la finalidad de estrechar la comunicación y la coordinación entre las oficinas de derechos de autor de los países miembros de la OMPI.

De igual forma, el INDA buscará asesoría de la OMPI en materia de tratamiento de tecnologías digitales, especialmente lo que guarda relación con su impacto en el campo de la protección de la propiedad intelectual.

Para que el Instituto Nacional del Derecho de Autor siga protegiendo con eficacia los derechos autorales, es imprescindible que cuente con un marco jurídico más acorde con la realidad y los tiempos que vivimos, mediante un proceso de revisión y actualización permanente de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1997.

6.- Postura del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Es un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objeto, como autoridad administrativa, la aplicación de la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley Federal del Derecho de Autor, y demás disposiciones aplicables⁴¹.

Ahora bien, para nuestro tema de tesis, lo importante es lo referente a la aplicación de la Ley Federal del Derecho de Autor, y esta función en específico corresponde a la Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Industrial, a la cual le compete el realizar las investigaciones de infracciones administrativas en materia de comercio previstas en la Ley Federal del Derecho de Autor; emplazar a los presuntos infractores; substanciar los procedimientos respectivos; formular las resoluciones y emitir las declaraciones administrativas correspondientes, conforme a lo dispuesto en la Ley Federal del Derecho de Autor, e imponer las sanciones administrativas que procedan conforme a dichas leyes; ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos; decretar medidas provisionales y de aseguramiento de bienes; requerir fianza a los solicitantes de dichas medidas, así como realizar cualquier diligencia con el propósito de aplicar las disposiciones legales y administrativas en la materia de derechos de autor; emitir las resoluciones de suspensión de la libre circulación de mercancías y bienes

vinculados con las infracciones en materia de comercio de conformidad con la LFDA; realizar las investigaciones que resulten pertinentes para allegarse de todos aquellos medios de prueba que sean necesarios

Respecto de este Instituto, no pudo encontrarse información respecto de su postura, ya que al ser una cuestión de derechos de autor, materia de la que propiamente no es especialista, no encontramos pronunciamiento o información alguna respecto de la materia que ocupa nuestro tema de tesis, así mismo recalcar que información referente a los procedimientos de infracciones en materia de comercio que actualmente se encuentran en trámite ante dicho Instituto no puede ser revelada por tener el carácter de confidencial para las partes en el mismo procedimiento.

No obstante lo anterior, podemos concluir que en un futuro no muy lejano, en donde los autores, artistas interpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, así como las sociedades de gestión colectiva, se de cuenta que pueden intentar acciones ante este Instituto para intentar de frenar la descarga u obtención de obras musicales de internet, en ese entonces consideramos que el Instituto deberá de una manera más abierta difundir públicamente campañas que apoyen tal situación.

⁴¹ Artículo 1º del Estatuto Orgánico del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1999).

CAPÍTULO CUARTO. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR DE OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET.

1.- Revisión y análisis de Tratados y convenios internacionales.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Adicional a lo anterior, y tal y como se mencionó en el numeral 2 del capítulo 1 del presente trabajo de tesis, no debemos dejar de tener presente el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la jerarquía de los tratados firmados por México, sobre las leyes federales y locales, el cual se sustenta en la Tesis emitida por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal, y establece que dicha interpretación del artículo 133 de la Constitución deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del Artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar

al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del Artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el Artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”

En vista de lo anterior, no podemos restarle importancia a los Tratados internacionales celebrados por México en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que este capítulo se dedica en especial al estudio de los Tratados y convenios internacionales, pero abarcando principalmente a aquellos que tienen un impacto directo en nuestro tema de tesis.

a) Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Que el día veinticuatro del mes de julio del año de mil novecientos setenta y uno, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad-referéndum, el Acta de París del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, hecha en París, Francia, el día veinticuatro del mes de julio del año mil novecientos setenta y uno.

Que la anterior Acta fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día veintiocho del mes de diciembre del año mil novecientos setenta y tres, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día cuatro del mes de junio del año de mil novecientos setenta y cuatro.

Que fue ratificada por el Presidente de la República el día cuatro del mes de julio del año mil novecientos setenta y cuatro habiéndose efectuado el depósito del Instrumento de Ratificación respectivo en poder del Director General de la

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el día once del mes de septiembre del año mil novecientos setenta y cuatro.

Por lo anterior, el titular del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en cumplimiento de lo dispuesto por la fracción primera del artículo ochenta y nueve de la Constitución Política, promulgó el Decreto por el que se Promulga el Acta de París del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, hecha en París el 24 de julio de 1971.

Los países a los cuales se aplica el presente convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas.

Dentro de las obras literarias y artísticas quedan comprendidas todas las producciones en el campo artístico, cualquiera que sea su modo o forma de expresión tales como obras dramático-musicales; las composiciones musicales con o sin letra; así mismo se establece que estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.

Un punto medular en este convenio, es el referente a que los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del mencionado Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por dicho Convenio.

El goce y ejercicio de los derechos mencionados en el párrafo anterior, no estarán subordinados a ninguna formalidad y son independientes de la existencia de

protección en el país de origen de la obra, sin embargo lo referente a la extensión de la protección así como los medios procesales para la defensa de los derechos del autor se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

Cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el Convenio que se estudia, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

Un punto importante para nuestro trabajo de tesis, es el contenido en el artículo 9 del Convenio de Berna, el cual establece que los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma; no obstante lo anterior, se reserva a las legislaciones de los países miembros, la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; asimismo considera que toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del Convenio que se estudia.

Efectivamente, en ese sentido, la LFDA establece y dedica el Título VI denominado “De las Limitaciones del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos”, tal y como se estudio en el numeral 7 del capítulo primero del presente trabajo de tesis.

El Convenio que se estudia en el presente punto, establece en su artículo 11, que los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública de sus obras comprendidas la representación y ejecución pública por todos los medios o

procedimientos, así como la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte; para los efectos del plazo de protección posterior a la muerte, comenzarán a correr desde la muerte, pero la duración de tal plazo se calculará a partir del primero de enero del año que siga a la muerte.

Como podemos observar, en el Convenio de Berna, no existe una amplia gama de disposiciones que se refieran a la protección de las obras musicales, salvo las que se refieren al derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, así como el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública de sus obras por todos los medios o procedimientos, así como la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

b) Convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

La primera reacción internacional organizada a la necesidad de protección jurídica de las tres categorías de beneficiarios de derechos conexos fue la concertación, en 1961, de la Convención de Roma, o más específicamente, de la “Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”. A diferencia de la mayoría de los convenios internacionales, que se adoptan después de la legislación nacional y cuyo objetivo es sintetizar las leyes existentes, con la Convención de Roma lo que se pretendía era establecer un reglamento internacional en un nuevo ámbito en el que, en aquel momento, existían muy

pocas leyes nacionales. Eso significaba que la mayoría de los Estados tenían que redactar y promulgar leyes antes de adherirse a la Convención.

La protección que otorga dicha Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, por lo que cualquier disposición de la Convención que se estudia podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

En dicha Convención se deberá entender por: (a) Artista, intérprete o ejecutante, a todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística; por Fonograma, toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos; por Productor de Fonogramas, la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución; y por Reproducción la realización de uno o más ejemplares de fijación.

Asimismo, dicha convención en su artículo 7.1. establece que la protección a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, comprende la facultad de impedir la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento; la fijación sobre una base material sin su consentimiento, de su ejecución no fijada; la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución, si la fijación original se hizo sin su consentimiento, o si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado o si se trata de una fijación original que se hubiera reproducido para fines distintos a una utilización para uso privado, o cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad, o cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, o cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.

Igual de importante resulta lo dispuesto por el artículo 10 la Convención materia del presente punto, el cual dispone que los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

La duración de la protección concedida en la Convención que se estudia, no podrá ser inferior a veinte años, contados a partir del final del año de la fijación, en lo que se refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos.

En general, podemos concluir que la Convención de Roma, establece a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes la facultad de impedir la reproducción sin su consentimiento, lo cual para nuestro tema de tesis resulta

c) Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

Que el día veintinueve del mes de octubre de mil novecientos setenta y uno, el representante de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado al efecto, firmó ad-referéndum, el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, hecho en Ginebra.

Que el convenio anteriormente señalado, fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día veintinueve del mes de diciembre de mil novecientos setenta y dos, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día dos de abril de mil novecientos setenta y tres.

El instrumento de ratificación, firmado por el Titular del Ejecutivo Federal el once de mayo de mil novecientos setenta y tres, fue depositado ante el Secretario

General de la Organización de las Naciones Unidas el día once de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el titular del Poder Ejecutivo, promulgó el Decreto por el que se promulga el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas, hecho en Ginebra, Suiza, el veintinueve de octubre de mil novecientos setenta y uno, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el trece de noviembre de mil novecientos setenta y tres, publicándose el mismo en el Diario Oficial de la Federación el ocho de febrero de 1974.

Dentro de los puntos más interesantes de este Convenio, son las definiciones, tales como fonogramas, que es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos; productor de fonogramas, es la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos; copia, es el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte substancial de los sonidos fijados en dicho fonograma; y distribución al público, a cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o a una parte del mismo.

La parte medular de dicha Convenio, es la contenida en el artículo 2, el cual establece que todo Estado contratante se compromete a proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros Estados contratantes contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, así como contra la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se hagan con miras a una distribución al público, e igualmente contra la distribución de esas copias al público.

d) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.

El dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en el Marco de la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, celebrada en la ciudad de Ginebra, Suiza, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, cuyo texto en español consta en la copia certificada adjunta.

El Tratado mencionado fue aprobado por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del primero de marzo de dos mil.

El instrumento de ratificación, firmado por el Titular del Ejecutivo Federal el diecisiete de marzo de dos mil, fue depositado ante el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el dieciocho de mayo del propio año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el titular del Poder Ejecutivo, promulgó el Decreto Promulgatorio del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en el Marco de la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, celebrada en la ciudad de Ginebra, Suiza, el veinte de diciembre de mil

novecientos noventa y seis, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el veintisiete de febrero de dos mil dos, publicándose el mismo en el Diario Oficial de la Federación el viernes 15 de marzo de 2002.

El Tratado que se estudia es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. Dicho Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado, asimismo, ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna.

Consideramos de vital importancia la transcripción del artículo 20 del Convenio de Berna, ya que como se desprende del párrafo anterior, dicho artículo sirve de base para el entendimiento del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, el cual a la letra dice:

Artículo 20. Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de **adoptar entre ellos arreglos particulares, siempre que estos arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio,** las disposiciones de los arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables.

En vista de lo anterior, podemos concluir en relación con el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, que constituye un arreglo particular entre los gobiernos

de los países miembros del Convenio de Berna; que dicho tratado confiere a los autores derechos más amplios que los concedidos en el Convenio de Berna, y que dichas estipulaciones no son contrarias a dicho Convenio.

Sobre el particular, el Tratado de la OMPI Sobre el Derecho de Autor, en su artículo 1, “Relación con el convenio de Berna” inciso 4) indica que *“Las partes contratantes darán cumplimiento a lo expuesto a los artículos 1 a 21 y anexo del convenio de Berna”*, quedando por tanto incluido el enunciado 9.1 del Convenio de Berna, el cual estipula el derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas protegidas por ése convenio de autorizar o impedir la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

En lo concerniente al artículo 1 inciso 4) citado, en la Declaración concertada por la Conferencia Diplomática de OMPI, se expresó que el derecho de reproducción tal como se había estipulado en el Convenio de Berna, era aplicable cabalmente en el entorno digital, en especial a la utilización de obras en formato digital. Asimismo, se interpretó que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción.

Se debe resaltar que las Partes Contratantes aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones de los Artículos 2 a 6 del Convenio de Berna respecto de la protección contemplada en el presente Tratado.

No obstante, que el Convenio de Berna establece que los autores de obras dramáticas, dramático – musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras, el Tratado que se analiza en su artículo 8, establece que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras, agregando ahora la posibilidad de que sea por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la

puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

En vista de lo anterior, y en relación con nuestro tema de tesis, los autores de obras musicales gozan del derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y ejecución de sus obras, así como del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público pueden acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Por su parte el artículo 11 del Tratado que se estudia, establece que las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

En relación con el punto anterior, nos encontramos que la LFDA en la fracción V del artículo 231, establece que constituyen infracciones en materia de comercio cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto el importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación; como podemos observar, el artículo mencionado, solo contempla lo referente a programas de computación, por lo que podemos establecer que en nuestro País y en nuestra legislación autoral, no se cumple a la fecha con el artículo 11 del Tratado que se estudia en este punto en el sentido de proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la

acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna, respecto de sus obras, restrinjan actos no autorizados por los mismos.

Un punto que considero novedoso, es el referente a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, las cuales se establecen en el artículo 12 del tratado en análisis, debiendo entender por "información sobre la gestión de derechos", a la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o la información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra, las obligaciones consisten en que las partes contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna; suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; y distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Respecto del párrafo anterior, considero que es un artículo que beneficia a los autores y los titulares de los derechos sobre la obra, y sobre todo a los de los fonogramas, y en especial a los que piensan o ya están incursionando en el mercado de la música por internet, ya que adjunto a la obra que se encuentre disponible en la red, podrán colocar información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o la información sobre los

términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, lo cual, en caso de una violación o infracción en contra de dicha obra, el infractor no podrá alegar el desconocimiento de dicha información, buscando con tal situación el eximirse del cumplimiento de la legislación en materia autoral aplicable; por lo anterior, nuestro País al ser parte contratante del Tratado que se estudia, deberá incorporar recursos jurídicos efectivos en la legislación a efecto de que se sancione a cualquier persona que realice actos sabiendo que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna, suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos, o distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización

Otro artículo importante es el artículo 14, que establece que las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado, asimismo, las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

Las Partes Contratantes contarán con una Asamblea, la cual tratará las cuestiones relativas al mantenimiento y desarrollo del presente Tratado, así como las relativas a la aplicación y operación del presente Tratado, y cada Parte Contratante estará representada por un delegado que podrá ser asistido por suplentes, asesores y expertos.

e) Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

El dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en el Marco de la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, celebrada en la ciudad de Ginebra, Suiza, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, cuyo texto en español consta en la copia certificada adjunta.

Dicho Tratado fue aprobado por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del veinticuatro de agosto del propio año.

El instrumento de ratificación, firmado por el Titular del Ejecutivo Federal el tres de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, fue depositado ante el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el diecisiete de noviembre del propio año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Por lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Presidente de la República promulgó el Decreto el dos de mayo de dos mil dos, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 27 de mayo de 2002.

Las Partes Contratantes de dicho Tratado, deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas de la manera más eficaz y uniforme posible;

asimismo, reconocen la necesidad de introducir nuevas normas internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por los acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos; que reconocen el impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la producción y utilización de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas, por lo que convinieron los términos del Tratado que se estudia.

Por lo que respecta a la relación con otros convenios o convenciones, se establece que, dicho Tratado no irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, así como de cualquier otro tratado, así mismo, la protección concedida en virtud del presente Tratado dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor en las obras literarias y artísticas.

Se deberán considerar como beneficiarios de la protección en virtud de dicho Tratado, a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sean nacionales de otras Partes Contratantes.

Dicho Tratado, reconoce a favor de los intérpretes o ejecutantes, derechos morales, tales como ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación; por lo que respecta a los derechos patrimoniales, los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones, la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o

ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

Dentro de otros derechos otorgados a los artistas intérpretes o ejecutantes contenidos en el Tratado que se estudia, tales como el derecho de distribución y el derecho de alquiler, nos interesa enfocar más nuestra atención en el artículo 7 de dicho Tratado, el cual establece que los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma, así como el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Es importante resaltar que los mismos derechos que se otorgan a los artistas intérpretes o ejecutantes en el Tratado materia del presente inciso, se otorgan a favor de los productores de fonogramas.

Por su parte el artículo 15 del Tratado que se analiza, establece que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales. Asimismo, se establece que las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije

los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1) únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.

Pero lo que realmente tiene una repercusión directa en nuestro trabajo de tesis, es el punto referente a que los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

En vista de lo anterior, podemos concluir que con fundamento en el artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sean nacionales de otras Partes Contratantes tendrán derecho a una remuneración equitativa y única por la puesta a disposición del público de sus fonogramas, en el internet, ya que dicho ordenamiento legal considera que la disposición al público debe de ser de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

Por ejemplo, cuando un cibernauta, tiene almacenado en el disco duro de su computadora personal, obras musicales o fonogramas, las cuales fueron reproducidas sin la autorización del titular de los derechos, se conecta a internet, ya sea por medio de una conexión vía telefónica o por cable (hilo) o con una conexión inalámbrica, y utiliza un programa de cómputo de los denominados peer

to peer, situación con la cual esta poniendo a disposición de otros miembros del público dichas obras, las cuales podrán ser accedidas por cada uno de ellos en el momento que elijan y en el lugar en que se encuentren, pero para que la hipótesis legal encuadre en el caso concreto, la acción de poner a disposición obras musicales o fonogramas y de tenerlas a disposición debe ser entre dos usuarios de internet que sean nacionales de Países Contratantes del presente Tratado.

La duración de la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud del Tratado en cuestión, no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma; y para los productores de fonogramas no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que se haya publicado el fonograma o, cuando tal publicación no hayan tenido lugar dentro de los 50 años desde la fijación del fonograma, 50 años desde el final del año en el que se haya realizado la fijación.

Por lo que respecta a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, buscan cubrir los mismos aspectos que se regulan en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, pero con un enfoque hacia los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, por lo que los comentarios vertidos en relación a los mismos puntos en el inciso referente al Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, los consideramos aplicables al punto concreto; y estos son en el sentido de que ambas disposiciones benefician a los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas que tienen en la mira el incursionar en el mercado de la música digital por internet.

El goce y el ejercicio de los derechos previstos en el presente Tratado no estarán subordinados a ninguna formalidad; asimismo, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.

Por otro lado, las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

Las Partes Contratantes contarán con una Asamblea, la cual tratará las cuestiones relativas al mantenimiento y desarrollo del presente Tratado, así como las relativas a la aplicación y operación del presente Tratado, y cada Parte Contratante estará representada por un delegado que podrá ser asistido por suplentes, asesores y expertos.

2.- Postura de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Como consecuencia del Convenio de París y del Convenio de Berna se creó una Oficina Internacional encargada de llevar a cabo tareas administrativas. En 1893, esas dos pequeñas oficinas se unieron para formar lo que se denominarían Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (Organización más conocida por su sigla francesa BIRPI). Establecida en Berna (Suiza), y con siete funcionarios, esa Organización fue la precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Hoy la OMPI es una entidad dinámica integrada por 182 Estados miembros, cuenta con 938 funcionarios procedentes de 95 países, y su misión y mandato están en constante evolución.⁴²

A medida que fue aumentando la toma de conciencia acerca de la importancia de la propiedad intelectual, fueron cambiando también la estructura y la forma de la Organización. En 1960, las Oficinas se trasladaron de Berna a Ginebra para estar más cerca de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales de la

⁴² “Los comienzos”, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

ciudad. Diez años más tarde, y tras la entrada en vigor del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, las Oficinas pasaron a ser la OMPI, a raíz de una serie de reformas estructurales y administrativas y del establecimiento de una Secretaría para que rindiera cuentas de las actividades de la Organización a los Estados miembros.

En 1974, la OMPI pasó a ser un organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas con el mandato específico de ocuparse de las cuestiones de propiedad intelectual que le encomendaran los Estados miembros de las Naciones Unidas.

En 1978, la Secretaría de la OMPI se trasladó a la actual Sede que hoy es un edificio emblemático de Ginebra, con sus espectaculares vistas a la campiña suiza y francesa.

En 1996, la OMPI amplió sus funciones y demostró todavía más la importancia de los derechos de propiedad intelectual en la reglamentación del comercio mundial al concertar un acuerdo de cooperación con la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Lo que en su día condujo a los Convenios de París y de Berna -el deseo de fomentar la creatividad protegiendo las obras del intelecto- ha sido el motor de la labor de la Organización y la de su predecesora en los últimos 120 años. Pero el alcance de la protección y de los servicios que proporciona la Organización han experimentado un auge extraordinario en esos años.

En calidad de organismo especializado de Naciones Unidas responsable de la propiedad intelectual, la OMPI lleva a cabo actividades que comprenden iniciativas pioneras en dicho ámbito, cuyo propósito es aumentar la cooperación con otros organismos de Naciones Unidas y acrecentar la toma de conciencia entre los

mismos, así como entre el público en general y los formuladores de políticas, del papel que desempeña la propiedad intelectual en el marco de los Objetivos de Desarrollo para el Milenio de Naciones Unidas.

La OMPI cuenta actualmente con 182 países miembros, dentro de los cuales se encuentra incluido México; sus principales órganos decisorios son la Asamblea General, la Conferencia y el Comité de Coordinación; administra 23 Tratados Internacionales, de los cuales 15 versan sobre propiedad industrial y 7 sobre derechos de autor, además del convenio que establece la OMPI.

En el nuevo milenio, muchos son los desafíos a los que deberá responder la OMPI. Particularmente urgente es que la Organización y sus Estados miembros se mantengan a la par y se beneficien de los rápidos y amplios cambios tecnológicos, en particular, en el ámbito de las tecnologías de la información y de Internet. Bajo la dirección del Dr. Kamil Idris y con la estrecha cooperación de sus Estados Miembros, la OMPI confía plenamente en su capacidad para responder a esos desafíos. En el camino hacia sus objetivos, la Organización no cejará en su empeño de contribuir al bienestar de la humanidad, por una parte, creando verdaderas fuentes de riqueza en las naciones y, por otra, promoviendo una mejor calidad de vida para todos.⁴³

Dentro de los objetivos estratégicos de la OMPI, se encuentra el fomento de una cultura de propiedad intelectual: por una parte, para alentar a los creadores e innovadores a obtener, utilizar y obtener licencias de derechos y activos de propiedad intelectual, y por otra, para obtener un mayor respeto del público por los derechos y activos de propiedad intelectual. Esto implicará poner a disposición recursos y conocimientos técnicos que ayuden a los Estados miembros en sus propios esfuerzos por desarrollar una cultura de propiedad intelectual a través de

⁴³ “Una Organización para el futuro”, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

la cooperación con los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y los interlocutores del sector privado.

Aunque los Convenios de París y de Berna siguen siendo la piedra angular del sistema de tratados de la OMPI, los tratados firmados en años posteriores han ampliado y profundizado el alcance de la protección y han incorporado los cambios tecnológicos y nuevas esferas de interés. Dos ejemplos recientes a este respecto son el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) que contienen reglas básicas que adaptan la protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos al nuevo entorno de Internet, tratados que han entrado en vigor en 2002.

Hoy en día son muchos los problemas que se plantean a la comunidad mundial y los medios necesarios para enfrentarlos son muy diferentes. El sistema de Propiedad Intelectual desempeña un papel fundamental en la aplicación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El poder de la imaginación humana resultante de la innovación y el esfuerzo artístico no tiene límites y está latente en cada uno de nosotros. El sistema de Propiedad Intelectual aplaude y premia a todos aquellos que explotan esta imaginación, generando productos innovadores y obras creativas. El sistema también les permite convertir esos productos y obras en riqueza que incrementará la salud económica nacional y fomentará el bienestar social y cultural. Los gobiernos se esfuerzan por establecer un entorno que fomente el proceso creativo y permita crear la infraestructura necesaria para que éste pueda dar frutos. Asimismo se dan cuenta de que el sistema de Propiedad Intelectual es inclusivo más bien que exclusivo y que se basa cada vez más en la interconexión y la adecuación de tecnologías vitales y elementos artísticos para crear un todo que sea más que la suma de sus partes.⁴⁴

⁴⁴ “La Propiedad Intelectual como catalizadora: cómo convertir la innovación en riqueza”, www.ompi.int tomado de la página de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

El actual ritmo acelerado de la evolución tecnológica se debe a la creación cada vez más rápida de conocimientos y de medios cada vez más fáciles de compartir esos conocimientos. Este impulso se ha dado gracias a Internet, que ha permitido que los conocimientos pasen de su formato en papel a la libertad del ciberespacio.

El sistema de Propiedad Intelectual facilita el intercambio de conocimientos y contribuye a que se apliquen reglas de juego uniformes permitiendo a las pequeñas empresas y a los países en desarrollo sacar partido de su potencial intelectual con gran éxito.

La creación de redes también tiene lugar en el sector cultural, donde adopta formas diversas de colaboración, dando lugar a empresas conjuntas que se ocupan de contenido creativo, tecnología y comercialización de música y de películas, en particular.

A medida que las tecnologías y las actividades culturales se hacen más complejas y dependientes del aporte creativo de terceros, el sistema de Propiedad Intelectual se viene utilizando con cada vez más frecuencia no solamente para proteger los activos de Propiedad Intelectual de la copia ilícita, sino también –lo que es más importante aún– para encontrar y forjar alianzas comerciales que permitan aumentar su valor y faciliten la comercialización. La naturaleza del sistema de Propiedad Intelectual, en particular su transparencia, no discriminación, coherencia y cobertura mundial facilita estos procesos de innovación que tienen lugar entre creadores interconectados.⁴⁵

La OMPI cuenta con un programa digital y comercio electrónico, el cual es consecuencia del espectacular auge en el uso de Internet, en particular, en la

⁴⁵ “La Propiedad Intelectual como elemento de creación de alianzas y de redes”, www.ompi.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

esfera del comercio electrónico, el ocio y el intercambio de información y conocimientos, el sistema de la propiedad intelectual ha pasado a ser decisivo para la expansión estructurada de la sociedad digital. Por otro lado, Internet ofrece un sinnúmero de oportunidades a la vez que supone complejos desafíos en el ámbito de la propiedad intelectual.⁴⁶

En el marco de su Programa Digital, un programa de trabajo de la Organización para los años venideros destinado a responder a todas las cuestiones que surjan como resultado de la confluencia de Internet, las tecnologías digitales y el sistema de la propiedad intelectual, la Organización está tomando las medidas adecuadas para, por medio de debates y negociaciones internacionales, fomentar la divulgación y el uso de la propiedad intelectual en Internet, como la música, las películas y los identificadores comerciales y conocimientos, así como para velar por la protección de los derechos de sus creadores y titulares.

Otro de los objetivos del Programa Digital es integrar a los países en desarrollo y los países con economías en transición en el entorno de Internet, en particular, por conducto de WIPONET y mediante la distribución electrónica de información y servicios. Otra de sus prioridades es extender el campo de aplicación del derecho de la propiedad intelectual a las transacciones que se llevan a cabo en Internet y elaborar nuevas normas en este ámbito. Uno de los elementos fundamentales del Programa Digital es la solución de controversias y la posibilidad de resolverlas mediante eficaces sistemas en línea.

Particularmente importante para la OMPI es atender a todas esas cuestiones de forma eficaz y coherente, puesto que atañen a diferentes sectores de la sociedad y de los gobiernos, tanto en el plano nacional como internacional.

⁴⁶ “Programa Digital y comercio electrónico”, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En este ámbito, los programas de la OMPI contribuyen a prestar asistencia a los países en desarrollo y a los países menos adelantados al crear y consolidar sistemas de gestión colectiva para el derecho de autor y los derechos conexos a escala nacional y regional. Al sacar partido de las tecnologías digitales y sus aplicaciones en todo el mundo, la OMPI facilita la creación o la consolidación de dichas organizaciones de gestión que garantizan una remuneración equitativa a los autores, compositores, artistas intérpretes o ejecutantes, editores y otros titulares de derechos. Por medio de distintos tipos de asistencia entre los que se cuentan el perfeccionamiento de los recursos humanos, el asesoramiento jurídico, la protección de la información relativa a la gestión electrónica de derechos, la entrega de equipo y programas informáticos, la OMPI garantiza la plena operabilidad e integración de las organizaciones de gestión colectiva en las transacciones internacionales.⁴⁷

⁴⁷ “Gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos conexos”, www.ompi.int tomado de la página de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

CAPÍTULO QUINTO. MEDIOS DE DEFENSA CON QUE CUENTAN LOS TITULARES DE OBRAS MUSICALES EN EL INTERNET Y PROPUESTA DE REGULACIÓN.

1.- Medios de defensa establecidos en la Legislación Mexicana.

La LFDA establece diversos procedimientos con la finalidad de brindar medios de defensa a los titulares de Derechos de Autor, que consideran que son afectados o violentados en sus derechos, los cuales nos permitiremos estudiar brevemente.

Procedimiento de Avenencia.

Este procedimiento es optativo, ya que la LFDA establece que los afectados podrán optar entre hacer valer las acciones judiciales que les correspondan o sujetarse a dicho procedimiento, el cual se substancia ante el INDA, a petición de alguna de las partes para dirimir de manera amigable un conflicto surgido con motivo de la interpretación o aplicación de la LFDA.

El procedimiento de administrativo de avenencia se inicia con la presentación del escrito de queja ante el INDA, por parte de quien se considere afectado en sus derechos de autor, derechos conexos y demás derechos titulados por la LFDA; posteriormente se dará vista del escrito de queja y de sus anexos a la parte en contra de la que se interpone, para que la conteste dentro de los diez días siguientes a la notificación; se citará a las partes a una junta de avenencia, apercibiendo a las partes que en caso de no asistir se les impondrá una multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, dicha junta se deberá celebrar dentro de los veinte días posteriores a la presentación de la queja; durante la celebración de la junta el INDA tratará de avenir a las partes para que lleguen a un arreglo, asimismo la junta podrá ser diferida tantas veces sea necesario, siempre y cuando así lo acepten las partes, con el fin de que las partes logren la conciliación, debiendo firmarse un convenio entre las partes y el INDA, el cual tendrá el carácter de cosa juzgada y título ejecutivo; en caso de no

lograrse la avenencia, el INDA exhortará a las partes para que se sometan al arbitraje, procedimiento que también regula la LFDA⁴⁸.

Arbitraje.

Para el caso de que surja una controversia sobre los derechos protegidos por la LFDA, las partes podrán someterse a un procedimiento arbitral, el cual se encontrará regulado por el Título XI, capítulo III de la LFDA, su reglamento y de manera supletoria el Código de Comercio.

Las partes pueden acordar someterse a un procedimiento arbitral por medio de cláusula compromisoria o compromiso arbitral, debiendo constar cualquiera de ellas por escrito.

El INDA publicará en el mes de Enero de cada año, una lista de personas autorizadas para fungir como árbitros, los cuales deberá cumplir con los requisitos que fije la misma LFDA.

El arbitraje podrá llevarse en un plazo máximo de 60 días, contados a partir del día siguiente a la fecha señalada en el documento que contenga la aceptación de los árbitros; el procedimiento arbitral podrá concluir con el laudo que lo dé por terminado o por acuerdo de las partes antes de dictarse éste; el laudo se dictará por escrito, estos son definitivos, inapelables y obligatorios para las partes, estos deben estar fundados y motivados y tendrán el carácter de cosa juzgada y título ejecutivo.

Infracciones en Materia de Derechos de Autor.

El artículo 229 de la LFDA establece en catorce fracciones, un catalogo de infracciones en materia de derechos de autor, de las cuales, desde nuestro muy particular punto de vista, ninguna se adecua o serviría como medio de defensa

⁴⁸ Artículo 218 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

para el caso concreto que nos ocupa en nuestro tema de tesis, con excepción de la fracción XIV, la cual a la letra dice “Son infracciones en materia de derechos de autor: XIV.- Las demás que se deriven de la interpretación de la presente Ley y sus reglamentos”.

Derivado de lo anterior, y toda vez que nuestra LFDA, faculta a los titulares de los derechos patrimoniales a autorizar o prohibir, entre otras cosas, la reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar; así como la comunicación pública de su obra, en donde destaca para el presente trabajo, el acceso público por medio de la telecomunicación; la transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cable, fibra óptica, microondas, vía satélite, o lo deja abierto al mencionar por cualquier otro medio conocido o por conocerse⁴⁹.

Así mismo, los artistas intérpretes y ejecutantes tienen el derecho de oponerse a la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones; a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material y a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones; y por lo que respecta a los productores de fonogramas, estos tienen el derecho de autorizar y prohibir entre otras cosas, la reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos.

Ahora bien, tal y como lo hemos referido en repetidas ocasiones, las personas que intercambian o descargan obras musicales del internet, previamente tuvieron que reproducir una o varias obras musicales en el disco duro de su computadora, y posteriormente, al conectarse al internet estarían comunicando y/o transmitiendo dicha obra u obras al público que también en ese momento se encuentre

⁴⁹ Artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

buscando obras musicales en el internet; y si bien es cierto que la reproducción, transmisión o retransmisión de obras musicales sin las autorización de sus titulares, resulta contraria a lo regulado por la LFDA, y por lo tanto, los titulares de los derechos sobre dichas obras, estarían en posibilidad de solicitar ante el INDA se declare la infracción en materia de Derechos de Autor, con fundamento en la fracción XIV de la LFDA, y en su caso solicitar se aplique la sanción a que establece la fracción I del artículo 230 de la LFDA, la cual puede ser equivalente a multa de cinco mil hasta quince mil días de SMGVDF en la fecha de la comisión de la infracción.

Sin embargo consideramos que este medio de defensa establecido en la LFDA no es realmente efectivo ni contundente, ya que no tiene el impacto que requiere esta nueva forma de infringir los derechos de autor, como lo es el internet, y en especial el tema de nuestro trabajo de tesis, asimismo, también resultaría a todas luces inoperante el que los titulares de los derechos de autor o de los derechos conexos, demanden a cada una de las personas que realizan los actos por virtud de los cuales se reproducen obras musicales en los discos duros de sus computadoras y posteriormente las comunican o transmiten al público que se encuentra navegando en el internet, e inclusive los medios de prueba de los cuales pudieran allegarse los titulares de los derechos de autor, son muy escasos y quizás hasta imposible de obtenerse, con lo cual, sería muy difícil demostrar o acreditar la infracción en materia de derechos de autor.

Por otro lado, considero que la legislación no contempla como infracción el obtener o apropiarse de una obra musical, a sabiendas de que no es una forma legítima de apropiarse de ella, o sin verificar que la persona que la comunica o transmite por medio de internet la ha adquirido de una forma legítima y cubriendo a los titulares de los derechos las regalías correspondientes; además de lo anterior, ni siquiera se contempla como infracción a las acciones de quienes ponen a disposición de cualquier persona los medios o instrumentos para infringir

o violentar los derechos de autor, como por ejemplo las personas físicas o morales que desarrollan programas de computo o software que facilita tales acciones y como las empresas creadores de hardware.

Infracciones en materia de comercio.

Una de las diferencias primordiales entre las infracciones en materia de derechos de autor y las infracciones en materia de comercio, es la que se refiere a que las conductas deben ser realizadas con fines de lucro directo o indirecto, tal y como lo establece el artículo 231 de la LFDA, el cual cataloga en diez fracciones a las conductas que constituyen infracciones en materia de comercio.

De las conductas que constituyen infracciones en materia de comercio, estudiaremos las que consideramos podrían hacerse valer por los titulares de los derechos de autor que consideran están siendo afectados o violentados en estos, sin olvidar que dichas conductas siempre deben realizarse con fines de lucro directo o indirecto.

La fracción III establece que serán infracciones en materia de comercio, el producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en términos de la LFDA.

A su vez la fracción IV establece como infracción en materia de comercio el ofrecer en venta, almacenar, transportar o poner en circulación obras protegidas por esta Ley que hayan sido deformadas, modificadas o mutiladas sin autorización del titular del derecho de autor; y por último la fracción X que establece que las demás infracciones a las disposiciones de la LFDA que impliquen conductas a escala comercial o industrial relacionada con las obras protegidas por dicha Ley.

Las dos primeras fracciones que mencionamos se sancionaran con multa de cinco mil hasta diez mil días de SMGVDF en la fecha de la comisión de la infracción, y por lo que respecta a la fracción X, esta se sancionará con multa de mil hasta cinco mil días de salario mínimo.

Las infracciones en materia de comercio serán sancionadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, con arreglo al procedimiento y las formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial.⁵⁰

El IMPI podrá adoptar las medidas precautorias previstas en la LPI, por lo que tiene facultades para realizar investigaciones; ordenar y practicar visitas de inspección, así como requerir información y datos, y para emitir una resolución de suspensión de la libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, en los términos de lo dispuesto por la Ley Aduanera.

Es importante mencionar, que no obstante que la LFDA faculta al IMPI para sancionar las infracciones en materia de comercio, paulatinamente se ha ido modificando la legislación que regula propiamente a la propiedad industrial, insertando en ella o reforzando las facultades del IMPI para sancionar dichas infracciones, tal es el caso, por ejemplo del Reglamento del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; del Acuerdo que delega facultades en los Directores Generales Adjuntos, Coordinador, Directores Divisionales, Titulares de la Oficinas Regionales, Subdirectores Divisionales, Coordinadores Departamentales y otros subalternos del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; del Estatuto Orgánico del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.⁵¹

⁵⁰ El título sexto de la LPI, se denomina "De los procedimientos administrativos", dicho título establece las reglas generales de los procedimientos, del procedimiento de declaración administrativa; y el título séptimo se denomina "De la inspección, de las infracciones y sanciones administrativas y de los delitos".

⁵¹ Dichos ordenamientos establecen claramente las facultades de la Dirección Divisional de Protección a la Propiedad Intelectual, de la Subdirección Divisional de Infracciones Administrativas en Materia de Comercio, de la Coordinación Departamental de Visitas de Inspección de Infracciones en Materia de Comercio y de la Coordinación Departamental de Resoluciones en Infracciones en Materia de Comercio.

Dentro de las diversas facultades que los ordenamientos legales mencionados, dan al IMPI, podemos referir las siguientes, realizar las investigaciones de infracciones administrativas en materia de comercio previstas en la LFDA; resolver la imposición de sanciones por infracciones administrativas en los términos de la LFDA; ordenar o según proceda, suspender la ejecución de las medidas provisionales para prevenir o hacer cesar la violación a los derechos de autor en los términos de la LFDA; emitir las resoluciones de suspensión de libre circulación de mercancías y bienes vinculados con las infracciones en materia de comercio de conformidad con la LFDA; requerir informes y datos para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la LFDA; correr traslado de los escritos de demanda que se presenten en los procedimientos de declaración administrativa previstos en la LFDA; realizar las investigaciones que resulten pertinentes para allegarse de todos aquellos medios de prueba que sean necesarios para conocer la verdad en los procedimientos de declaración administrativa que se formulen conforme a la LFDA.

Al igual que en las infracciones en materia de derechos de autor, consideramos que este medio de defensa establecido en la LFDA no se adecua completamente al caso concreto de nuestro tema de tesis, por lo que no resultaría efectivo para los titulares de los derechos de autor que consideren que sus derechos están siendo transgredidos en el internet, y por lo que respecta a la reproducción de copias de fonogramas protegidos por el derecho de autor y derechos conexos, sin la autorización de los titulares, equivalente a cualquier persona que copie fonogramas u obras musicales en el disco duro de su computadora, no se estaría en el supuesto de una infracción en materia de comercio, ya que dicha reproducción debe realizarse con fines de lucro, situación que aunque no es habitual o común entre la gente que realiza reproducciones en los discos duros de sus computadoras, no podemos descartar que algunos si lo realizan con fines de lucro directo o indirecto.

Sin embargo, consideramos que nos volvemos a encontrar con el problema de la inoperabilidad, ya que los titulares de los derechos de autor o de los derechos conexos, tendrían que demandar a cada una de las personas que realizan los actos por virtud de los cuales se reproducen obras musicales en los discos duros de sus computadoras y posteriormente las comunican o transmiten al público que se encuentra navegando en el internet, además y considerando que el IMPI tienen facultades más amplias para requerir informes y datos para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la LFDA, así como para allegarse de todos aquellos medios de prueba que sean necesarios para conocer la verdad, consideramos que el medio de defensa llamado Infracciones en materia de comercio, no resulta viable y mucho menos efectivo, para intentar frenar la irracional reproducción de obras musicales y fonogramas en los discos duros de computadoras personales que a su vez se distribuyen y ponen a disposición de cualquier persona que se encuentre navegando en el ciberespacio.

Asimismo, no se considera como infracción en materia de comercio, al hecho o acto de obtener o apropiarse de una obra musical, a sabiendas de que no es una forma legal de apropiarse de ella, o sin conocer o verificar las fuentes de donde se obtiene en internet; también y como lo establecimos en las infracciones en materia de derechos de autor, tampoco se considera como infracción a las acciones de quienes ponen a disposición de cualquier persona los medios o instrumentos para infringir o violentar los derechos de autor, para las personas que desarrollan programas de computo o software, o las empresas creadores de hardware.

Delitos en materia de derechos de autor.

Otro ordenamiento legal que establece medios de defensa a favor de los autores, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas o titulares de los derechos patrimoniales de autor, es el Código Penal Federal⁵², el cual establece en su Título Vigésimo Sexto del Libro Segundo, a los Delitos en Materia de Derechos de Autor.

⁵² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

Dicho Código, establece en diferentes artículos, varias conductas típicas, las cuales considera como delitos y a cada cual les establece una penalidad diferente, por lo cual, solo nos limitaremos a estudiar las conductas típicas que consideramos tienen relevancia para nuestro tema de tesis.

En vista de lo anterior, se establece en el artículo 424 fracción III que, se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa a quien use en forma dolosa, con fines de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor; resulta de lo anterior, que solamente si se presentan las tres condiciones para que se integre el tipo penal, solamente así existirá el delito, lo cual no nos protege en gran parte para el caso concreto que se estudia en nuestro trabajo de tesis, ya que los usuarios de internet, que descargan obras musicales, y las almacenan en los discos duros de sus computadoras, y que posteriormente en algunos casos, las fijan en discos compactos para su reproducción en otros aparatos diferentes a sus computadoras, realizan tal actividad, desde nuestro punto de vista, utilizan obras protegidas por la LFDA, en forma dolosa⁵³ y sin la autorización correspondiente de los titulares de los derechos morales y patrimoniales de dichas obras, sin embargo, existe un problema, ya que el tipo penal que se estudia, establece que dicha utilización tiene que ser con fines de lucro, y en el caso concreto que nos ocupa, dicho punto, es una cuestión que no siempre se perfecciona o se cumple, ya que los usuarios de internet, que descargan obras musicales, en la mayoría de los casos, las utilizan para su beneficio, y no con el objeto de lucrar con ellas, sin embargo no se podría decir que dicho tipo penal no sería aplicable en ningún caso de descargas de obras musicales de internet.

⁵³ El Código Penal Federal en su artículo 9º establece que “obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la Ley”. Ahora bien, podríamos diferenciar entre dolo directo, dolo indirecto o mediato y dolo eventual, en el dolo directo, la voluntad del sujeto se dirige precisamente a aquello que constituye el delito; y en el dolo indirecto o mediato y en el eventual el resultado delictivo que al autor se le imputa a esos títulos no es la meta, delictiva o no, que él pretende alcanzar con su acción, pero ese resultado aparece a su mente vinculado a ella de modo necesario o posible, con independencia de que el agente lo desee o no.

Otro tipo penal, es el contenido en el artículo 424 bis del Código Penal Federal, el cual en su fracción I, establece que se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa a quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la LFDA, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

El tipo penal antes mencionado, de igual manera establece protección amplia a favor de los autores, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, sin embargo, por lo tocante a nuestro tema de tesis, consideramos que la aplicación de dicho artículo solo beneficiaría en forma parcial a los titulares cuyas obras se encuentran en el ciberespacio y las cuales son descargadas diariamente, ya que si bien, se sancionaría la reproducción⁵⁴, esta debe ser con fines de especulación comercial y sin la autorización de los titulares; por lo que consideramos que dicho artículo no protege completamente a los titulares de las obras que son descargadas de internet.

Sirva de aclaración, que las sanciones pecuniarias señaladas anteriormente, se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la LFDA; asimismo, los delitos que se mencionan, se perseguirán por querrela de parte ofendida.

En fin, podemos concluir, que el Código Penal Federal, regula conductas típicas que son consideradas como delitos en materia de derechos de autor, sin embargo, por lo que respecta a las conductas específicas de nuestro tema de tesis, no

⁵⁴ No debemos olvidar, que constituye una reproducción, el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida.

encontramos una forma de protección efectiva y contundente a los supuestos planteados en este trabajo, los cuales permitan defender efectivamente a los autores, intérpretes o ejecutantes, así como a los productores de fonogramas, o a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos, por lo que procederemos a presentar nuestras conclusiones en el apartado respectivo.

Podemos concluir desde nuestro particular punto de vista, que los medios de defensa establecidos en la legislación mexicana, no cumplen u ofrecen garantías a los titulares de los derechos de autor o derechos conexos, los cuales se sienten agraviados por que sus obras musicales son reproducidas en discos duros de computadoras personales y posteriormente son colocados a disposición de cualquier persona que se encuentre navegando en internet, y que como consecuencia lógica dichas obras musicales pueden ser descargadas o bajadas por cualquier otro usuario que navegue en internet; por lo que en nuestro país no se cuentan con medios de defensa legales que frenen el auge de las descargas de las obras musicales por medio de internet, las cuales desde nuestro muy particular punto de vista debe de frenarse, ya que tal situación esta dañando gravemente a los artistas intérpretes o ejecutantes, o en su caso a los productores de fonogramas.

2.- Medios de defensa internacional.

La OMPI cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación concede en Ginebra, Suiza, el cual fue creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de propiedad intelectual por medio de métodos alternativos de solución de controversias los cuales incluyen el arbitraje y mediación en relación con controversias internacionales comerciales, pero con la limitante que solo aplica para partes privadas, por lo que consideramos que esta opción que ofrece la OMPI no se adecua al caso concreto de nuestro tema de tesis.

Dentro de los medios de defensa que contamos en nuestro país es el referente a la aplicación de los tratados internacionales de los que México sea parte y los cuales ya analizamos en el capítulo respectivo y los cuales en su mayoría establecen reglas para que los países miembros de dichos tratados en el mejor de los casos adecuen su legislación a los mismos, los cuales en su momento llevarán a buscar unificar la legislación de los diferentes países miembros de dichos tratados y mientras tanto se pueden aplicar las disposiciones que contienen los mismos, y en nuestro país es una obligación constitucional con base en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Dentro de las disposiciones legales internacionales, que llaman nuestra atención, por la gran aportación que hacen a nuestro trabajo de tesis, es el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, el cual en su artículo 15 establece:

Artículo 15

Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público

1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

2) Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa

y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

3) Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1) únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.

4) A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

Por lo anterior, podemos concluir que los medios de defensa legal nacionales se complementan o refuerzan con las normas que establecen los tratados internacionales los cuales le dan un enfoque global a la realidad.

3.- Sanciones aplicables.

Tal y como se analizó en el punto 1 del presente capítulo titulado Medios de Defensa establecidos en la Legislación Mexicana la LFDA establece diferentes procedimientos o medios de defensa para el caso de violación a los derechos de autor o derechos conexos, tales como el procedimiento de avenencia, arbitraje, infracciones en materia de derechos de autor e infracciones en materia de comercio, de los cuales solo la LFDA señala sanciones aplicables para las dos últimas.

Efectivamente, la LFDA señala en su artículo 230 que las infracciones en materia de derechos de autor serán sancionadas por el INDA con arreglo a lo dispuesto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo con multa de cinco mil hasta quince mil días de SMGVDF en los casos previstos en las fracciones I, II, III, IV,

XI, XII, XIII, y XIV del artículo 229 y de mil hasta cinco mil días de SMGVDF en los demás casos previstos en el mismo artículo, así mismo, se aplicará multa adicional de hasta quinientos días de SMGVDF por día a quien persista en la infracción.

Por lo que respecta a este tipo de infracciones tal y como lo comentamos en el numeral 1 del presente capítulo, consideramos desde nuestro particular punto de vista que, la única fracción aplicable al caso concreto que se estudia en nuestro tema de tesis es la fracción XIV del artículo 229 de la LFDA, por lo que la sanción aplicable podría ser con una multa de cinco mil hasta quince mil días de SMGVDF y con multa adicional de hasta quinientos días de SMGVDF por cada día a quien persista en la infracción.

Otra de las infracciones que la LFDA les establece sanción aplicable son las infracciones en materia de comercio, las cuales con apego a lo dispuesto por el artículo 232 de la LFDA serán sancionadas por el IMPI con multa de cinco mil hasta diez mil días de SMGVDF en los casos previstos en las fracciones I, III, IV, V, VII, VIII y IX del artículo 231 de la LFDA, de mil hasta cinco mil días de SMGVDF en los casos previstos en las fracciones II y VI del artículo 231 mencionado y de quinientos hasta mil días de SMGVDF en los demás casos a que se refiere la fracción X del artículo 231 mencionado, así mismo se aplicara multa adicional de hasta quinientos días de SMGVDF por día a quien persista en la infracción.

Consideramos que las fracciones del artículo 231 de la LFDA aplicables al caso concreto de nuestro tema de tesis, serían las fracciones I, III, IV y X, por lo que estas conductas previstas en las fracciones establecidas en el artículo mencionado serán sancionadas en términos del párrafo anterior. Sin embargo, al caso concreto de las infracciones en materia de comercio, nos encontramos en que estas deberán ser realizadas con fines de lucro directo o indirecto, situación

que como ya hemos mencionado, dificulta que las conductas de nuestro tema de tesis encuadre en dichos supuestos legales, ya que no siempre se da o se realizan tales acciones con fines de lucro directo o indirecto, situación que tendrá que demostrarse en el procedimiento que se inicie ante el IMPI, sin embargo, tal y como lo comentamos anteriormente puede ser de gran utilidad lo dispuesto por el artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas el cual establece que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación pública de los fonogramas publicados con fines comerciales, debiendo entenderse que los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales, siempre y cuando que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Otro ordenamiento legal que establece sanciones es el Código Penal Federal, el cual regula en su Título Vigésimo Sexto titulado “De los Delitos en Materia de Derechos de Autor”, en dicho ordenamiento se establecen conductas las cuales son tipificadas como delitos, los cuales no son solamente sancionados con multas administrativas sino que inclusive se establecen penas de privación de la libertad.

Al respecto, el artículo 424 fracción III establece que se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa a quien use en forma dolosa, con fines de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la LFDA; dicho tipo penal que establece que dicha utilización tiene que ser con fines de lucro, situación que no siempre se perfecciona o se cumple.

Otro tipo penal, es el contenido en el artículo 424 bis del Código Penal Federal, el cual en su fracción I, establece que se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa a quien produzca, reproduzca, introduzca al país,

almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la LFDA, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos; respecto de este tipo penal, volvemos a encontrarnos con el aspecto de que la conducta típica debe realizarse con fines de especulación comercial situación que complica la defensa de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes.

Sirva de aclaración, que las sanciones pecuniarias señaladas anteriormente, se aplicarán sin perjuicio de la reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la LFDA; asimismo, los delitos que se mencionan, se perseguirán por querrela de parte ofendida.

Tal y como se concluyo anteriormente, los medios de defensa establecidos en la legislación mexicana, no cumplen u ofrecen garantías efectivas a los titulares de los derechos de autor o derechos conexos, por lo que como consecuencia lógica, las sanciones que se establecen no podrán ser aplicadas, toda vez que dichos medios de defensa legal no son efectivos o no encuadran con la realidad respecto de nuestro tema de tesis.

4.- Resoluciones o soluciones adoptadas por Autoridades Nacionales e Internacionales, ante una situación similar.

Uno de los casos principales es el de Napster, quien fuera demandado en diciembre de 1999 por la Asociación Estadounidense de la Industria Discográfica (RIAA, por su siglas en inglés) ante un tribunal de San Francisco, California, por violación de los derechos de autor, ya que el software que se baja de la página www.napster.com permite el libre intercambio de archivos musicales por internet.

En mayo de 2000 la jueza Marilyn Hall Patel acepta la demanda de la RIAA, argumentando que Napster no es simplemente un proveedor de servicios en internet, lo que habría limitado su responsabilidad civil y penal, según la ley estadounidense adoptada en 1998 (Digital Millenium Copyright Act).

En julio de 2000 la jueza Marilyn Hall Patel ordena la suspensión temporal de las actividades del sitio, que debía hacerse efectiva en 48 horas. Napster apela esta decisión al día siguiente y gracias a ello continúa funcionando normalmente, en el mismo mes, el Tribunal Federal de apelaciones de San Francisco suspende la resolución adoptada en primera instancia por la jueza Patel y acuerda otra instancia a Napster, mientras tanto este continúa su funcionamiento con cada vez más usuarios.

En octubre del mismo año Napster presenta sus argumentos ante el tribunal de apelaciones considerando, entre otras cosas, que la ley permite intercambiar archivos siempre y cuando no sea con fines de lucro.

Posteriormente Napster empieza a realizar alianzas con diferentes empresas, como la alemana Bertelsmann AG, gigante de los medios y de la industria discográfica, anuncian una alianza para brindar un servicio de música por internet mediante suscripción, a fin de asegurar el pago de los derechos de autor. Por ello, Bertelsmann retira la demanda que había interpuesto contra Napster. Otra empresa fue la firma discográfica independiente alemana Edel Music anuncia un acuerdo con Napster, que le permite difundir sus grabaciones a través del futuro servicio pagado de la página. De esta forma, algunas empresas se van desistiendo de las demandas contra Napster, lo que genera un clima de alivio entre sus usuarios, que continúan creciendo de manera exponencial.

El tribunal de apelaciones estima que Napster alienta y ayuda conscientemente a sus usuarios a violar los derechos de autor de las empresas discográficas, pero no exige el cierre inmediato del sitio. El tribunal devuelve el caso a la jueza de primera instancia, a fin de que se adopten modificaciones inmediatamente para evitar esta situación a la brevedad posible.

En marzo de 2005 los representantes de Napster y de las empresas discográficas exponen sus argumentos ante la jueza Patel para evitar una nueva orden de cierre; sin embargo, la jueza ordena a la industria discográfica dar una lista de todas las canciones que quieran ser bloqueadas para que Napster se encargue de limitar su copiado. Por su parte, Napster promete colocar filtros para impedir el intercambio de archivos. La jueza Patel concede a Napster sólo tres días más para empezar a bloquear archivos. La empresa solicita a las compañías discográficas las listas de archivos específicos. A esta fecha Napster cuenta con más de 60 millones de usuarios registrados. En el mismo mes de marzo el grupo de rock Metallica se queja con la Corte de distrito de San Francisco de que el arcaico sistema de Napster no ha servido para bloquear el acceso a su música. Mientras tanto, las diferentes empresas de la industria disquera pidieron a Napster que les entregara su sistema de blindaje para evitar que los archivos pudieran ser intercambiados. Finalmente señalaron que si Napster no cuenta con un sistema de bloqueo eficiente entonces deberá desconectar sus sistemas.

En abril del 2005 Napster solicita una licencia al gobierno de Estados Unidos para funcionar como estación de radio y dice que pagará a los portales. Solicitud que fue concedida y al día de hoy Napster cuenta con 64 millones de usuarios y sigue funcionando de manera normal.⁵⁵

⁵⁵ **Revista Mexicana del Derecho de Autor (Nueva época)**, INDA, año 1, número 1, volumen 1, Abril / junio 2001, p. 23 y 24.

Las empresas fonográficas cuyos derechos fueron violados mediante la utilización de las redes de intercambio de archivos comenzaron por hacer respetar sus derechos por la vía ordinaria, esto es, iniciando una acción judicial contra Napster, la primera red no autorizada de intercambio de archivos. Si bien ganó el juicio, inmediatamente aparecieron sitios espejo y otras redes. Surgieron además sistemas descentralizados contra los cuales las empresas fonográficas han entablado procesos pero hasta la fecha no han ganado ninguno aunque en realidad en 2004 lograron que se desmantelaran 60.900 sitios web infractores, 447 servidores de P2P no autorizados y 1.600 millones de archivos de música en infracción en 102 países. Pero para hacer respetar mejor sus derechos, no quedó más remedio a las empresas fonográficas que la otra vía, delicada desde el punto de vista político, de demandar a los usuarios particulares de las redes de intercambio de archivos. En ese contexto, uno de los problemas ha sido dar con la identidad de los usuarios, que se necesita para hacer una demanda. Cuando los proveedores de servicios de Internet no acceden a proporcionar esa información, las empresas fonográficas se ven obligadas a presentar una denuncia contra los proveedores de Internet para que faciliten información sobre la identidad de los usuarios de que se trata. La asociación de las empresas fonográficas estadounidenses (RIAA) ganó esa querrela en tribunales de distrito, pero el tribunal de apelación revocó esa decisión. El tribunal supremo se negó a entender en la disputa para saber si los proveedores de Internet pueden ser obligados a revelar la identidad de los usuarios de redes ilegales de intercambio de archivos.⁵⁶ Una vez obtenidos los datos sobre la identidad de los usuarios, ya sea voluntariamente o mediante procesos judiciales, por lo general las empresas fonográficas han tratado de resolver rápidamente las disputas con el fin de compensar por lo menos los gastos y de tener un efecto disuasorio (lo cual en sí es discutible) en los usuarios. Por ejemplo, en 2003 la RIAA inició aproximadamente 5500 acciones judiciales de las cuales resolvió 504, por lo general cada una por pocos miles de dólares.

⁵⁶ Von Lewinski Silke, Op. cit, p. 12

Una de las últimas acciones en contra de las empresas P2P o entre pares, se dio en Febrero de 2006 en Australia, en donde para cumplir con las órdenes del Tribunal Federal de Australia, pendiente a una petición en febrero de 2006, no se permite a las personas el empleo del escritorio de medios de comunicación kazza en Australia. Por lo que la pagina de la empresa Australiana de "Peer to Peer" advierte en su pagina de internet (www.kazaa.com), que si usted está en Australia, usted no debe descargar o usar el escritorio de medios de comunicación kazaa.

Lo anterior, desde nuestro particular punto de vista es una acción directa y contundente en contra de las personas que obtienen o descargan obras musicales del internet, situación que debería de servir como ejemplo para los diferentes países, incluyendo a México.

5.- Propuesta de regulación.

Desde nuestro particular punto de vista, proponemos:

- La creación de una Ley que regule a las empresas creadoras de software y hardware a las cuales les debe estar prohibida la creación de programas o equipo de computo que permitan o sean medios para violar los derechos de autor, aunque quizás tal situación implique poner un freno a los avances tecnológicos.
- Establecer un impuesto a programas de computo o software, quemadores de discos compactos y DVD, discos compactos y DVDs vírgenes, cuentas de internet, y en general cualquier medio, instrumento o insumo que permita o facilite la creación de discos compactos o DVDs que contengan o puedan contener obras musicales de las cuales no se han pagado las regalías respectivas a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos sobre las mismas.
- La reforma de la LFDA en el sentido de unificar y enlistar los diferentes conceptos que existen actualmente en la era digital de la música, que aunque en algunos artículos pueden quedar comprendidos, consideramos

que dicha Ley debe incorporarlos, lo anterior facilitará la defensa de los derechos de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales que se obtienen o descargan de internet. Algunos de los conceptos que sugiero se incluyan son por ejemplo el de internet; prestador de servicios de internet; obras musicales en sus diferentes formatos tales como MP3; reproducción de obras musicales en el disco duro de computadoras personales o unidades externas de almacenamiento; descarga o “download” de música de internet; etc.

- Así mismo, reformar la LFDA en sus artículos 229 y 231 para que se establezca como una infracción en materia de derechos de autor y en materia de comercio y se sancione el cargar o reproducir una copia de una obra musical en una computadora; el ponerla a disposición de usuarios de redes de intercambio de archivos denominadas “entre pares” o “Peer to Peer” o “P2P”; y que usuarios de dichos sistemas de acceso compartido descarguen obras musicales.
- Reformar el Código Penal Federal estableciendo como un tipo penal el cargar o reproducir una copia de una obra musical en una computadora; el ponerla a disposición de usuarios de redes de intercambio de archivos denominadas “entre pares” o “Peer to Peer” o “P2P”; y que usuarios de dichos sistemas de acceso compartido descarguen obras musicales, estableciendo una penalidad de siete a doce años de prisión sin perjuicio de la obligación de la reparación del daño.

6.- Conclusiones finales.

PRIMERA.- El hecho de cargar o reproducir una copia de una obra musical en una computadora; el de ponerla a disposición de usuarios de redes de intercambio de archivos denominadas “entre pares” o “Peer to Peer” o “P2P”; y que usuarios de dichos sistemas de acceso compartido, descargue obras musicales protegidas sin la autorización de los titulares de los derechos de autor y conexos, constituye una violación a los mismos.

SEGUNDA.- Las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales existentes son insuficientes para resolver toda la problemática que implica el internet, situación que no significa que no haya en un futuro no lejano, la posibilidad de que dichas normas regulen a dicho fenómeno de una manera más exacta, aunque no debemos de perder de vista que la vida y los avances tecnológicos siguen y por tanto el derecho debe ser dinámico, situación que depende de los órganos legislativos que son los responsables de mover la maquinaria de la creación y modificación de las leyes.

TERCERA.- Consideramos que las acciones en busca de regular el fenómeno de internet, así como de las obras musicales que son obtenidas o descargadas de internet, deben ser globales, ya que el fenómeno de internet es global, ya que si solo cerramos las posibilidades a acciones locales, estas no podrán coexistir o no coincidirán con las acciones internacionales, por lo que consideramos que el esfuerzo debe ser común entre organismos nacionales con organismos internacionales.

CUARTA.- Se necesita de nuevas ideas que fortalezcan los derechos de autor y que tomen en cuenta las características tan peculiares de la red de redes, como por ejemplo el proponer que sean las compañías telefónicas las que se hagan cargo del cobro y del pago de las regalías, ya que es por medio de estas

compañías que circulan las obras protegidas por el derecho de autor, lo anterior, tan solo es un pequeño ejemplo de lo mucho que se puede hacer en busca de encontrar nuevas ideas de protección y de compensación a los creadores ante las nuevas tecnológicas.

QUINTA.- No obstante que en la actualidad sea una realidad la violación de los derechos de autor y derechos conexos en el internet, los medios de protección y defensa con que actualmente se cuentan en nuestra legislación no son muy confiables o mejor dicho que no se adecuan a la realidad de la extraterritorialidad de internet, sin embargo, tal situación no hace a un lado la preocupación que existe en los gobiernos de diferentes países y organismos nacionales internacionales de encontrar soluciones y de que se establezcan procedimientos realmente efectivos que permitan una defensa digna de sus derechos.

SEXTA.- Quizá lo que pasará en un futuro cercano, será que nos olvidaremos de casos como el de Napster, Kazaa, Lime Wire, etc. Hoy, lo importante es evitar que se sigan desarrollando programas de cómputo que fomenten la violación de los derechos de todos los artistas que, con su creatividad, enriquecen a la humanidad; porque no sólo hablamos de música, sino también de la digitalización de obras literarias e imágenes creadas por artistas plásticos que, al distribuirse por internet, con frecuencia redundan en la falta de remuneración y de reconocimiento que el autor merece. Lo mismo se aplica a los programas informáticos, cuyo desarrollo requiere un gran esfuerzo y cuyas claves para ser copiados a menudo son violadas. A través del esfuerzo conjunto, el apoyo de la investigación y la aplicación de las tecnologías de información, se logrará consolidar la propiedad intelectual en el mundo. Lejos de representar una amenaza, la tecnología digital se tornará en una valiosa ayuda para crear nuevos modelos de comercialización y establecer controles legales que satisfagan las expectativas de nuestros autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, sociedades de gestión, organismos reguladores y la sociedad en su conjunto.

SÉPTIMA.- Se debe considerar como una opción, el manejar tecnología de derechos digitales, la cual consiste en soluciones de software de seguridad que registran las acciones llevadas a cabo en el contenido por el usuario final, es decir, se pueden incluir códigos que proporcionen pruebas de propiedad y protección de copia, detectando en que momento se realizan alteraciones, rastrear el movimiento del contenido por medio de números seriados y medir el contenido para que así se puedan pagar las regalías a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos.

BIBLIOGRAFÍA.

1. **“Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2004”**. 1993-2003 Microsoft Corporation.
2. Becerra Ramírez, Manuel, **“La propiedad intelectual en transformación”**, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.
3. Crespo, Julio; Morón, Juan Manuel; Sánchez, Félix José y Solís, Pedro, **“Guía en 10 minutos música en Internet con MP3”**, Prentice Hall, Madrid, 2000.
4. **“Diccionario de Informática e internet”**, Course Technology, Thomson Course Technology, 2004.
5. Farrell Cubillas, Arsenio, **“El sistema mexicano de derechos de autor”**, Ignacio Vado, México, 1966.
6. García-Pelayo y Gross, Ramón, **“Diccionario usual”**, Larousse, México, 2003.
7. Lipszyc, Delia, **“Derechos de autor y derechos conexos”**, ediciones UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA, Argentina, 1993.
8. Loredó Hill, Adolfo, **“Nuevo derecho autoral mexicano”**, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
9. Mann, William P., **“Manual de MP3”**, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 2000.
10. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, **“Glosario de derechos de autor y derechos conexos”**, Ginebra, 1980.

11. Rangel Medina, David, “**Derecho Intelectual**”, UNAM-McGRAW HILL, México, 1998.

12. Ribera Blanes, Begoña, “**El derecho de reproducción en la propiedad intelectual**”, editorial Dykinson, España, 2002.

13. Strong S. William, “**El libro de los derechos de autor**”, Editorial Heliasta, Argentina, 1995

14. Viñamata Paschkes, Carlos, “**La propiedad intelectual**”, Trillas, México, 2003.

HEMEROGRAFÍA.

1. **“Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos”**, Von Lewinski Silke, e-Boletín de derecho de autor, UNESCO, Enero – Marzo de 2005
2. **“El uso justo (en respuesta a su pregunta)”**, Library Of Congress Copyright Office, FL-102 Español, Octubre, Estados Unidos de Norteamérica, 2003.
3. **“El pirata que llevamos dentro”**, Leañon Ban, Jorge, Revista SPUTNIK ACTUALIZA TU VIDA, Agosto 2005, México.
4. **“Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales”**, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Décima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra, 2003.
5. **“Gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos conexos”**, www.ompi.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
6. **“Información proporcionada por México relativa al cuestionario para expertos nacionales contenido en el apéndice del estudio sobre la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores de fijaciones audiovisuales”**, preparada por el Dr. Juan Ramón Obón León, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reunión oficioso ad hoc sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, Ginebra, 2003

7. **“La Propiedad Intelectual como catalizadora: cómo convertir la innovación en riqueza”**, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
8. **“La Propiedad Intelectual como elemento de creación de alianzas y de redes”**, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
9. **“Ley aplicable a la violación del derecho de autor en el entorno digital”**, UNESCO, e-Boletín de derecho de autor octubre – diciembre de 2005.
10. **“Los comienzos de la OMPI”**, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
11. **“Music in the Digital Age”**, World Intellectual Property Organization, Ginebra.
12. **“NAPSTER y el futuro de los derechos de autor”**, Eduardo de la Parra Trujillo.
13. **“Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos”**, Documento preparado por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2003, p. 2.
14. **“Programa Digital y comercio electrónico”**, www.OMPI.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
15. **Revista Mexicana del Derecho de Autor (Nueva época)**, INDA, año 1, número especial, Noviembre, 2000.

16. **Revista Mexicana del Derecho de Autor (Nueva época)**, INDA, año 1, número 1, volumen 1, Abril / junio 2001, p. 23 y 24.

17. **“Una Organización para el futuro”**, www.ompi.int tomado de la pagina de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal del Derecho de Autor.
- Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.
- Ley de la Propiedad Industrial.
- Código Penal Federal.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.
- Convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.

DIRECCIONES ELECTRONICAS.

www.presidencia.gob.mx	Presidencia de los Estados Unidos Mexicanos
www.yahoo.com.mx	Yahoo de México, S.A. de C.V.
www.google.com.mx	Google, Inc.
www.altavista.com	Overture Services, Inc.,
www.wipo.org.int	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
www.napster.com	Napster, LLC
www.kazaa.com	Sharman Networks Ltd
www.riaa.com	Recording Industry Association of America