

DERECHOS DE AUTOR EN LOS SERVICIOS DE TRANSMISIÓN POR INTERNET

ANNELISE RIVERA RIVERO*

I.	Introducción.....	201
II.	Pandora, Spotify y Slacker Radio	202
	A. Pandora	202
	B. Slacker Radio	203
	C. Spotify	204
III.	Derechos de autor	205
	A. Derechos de autor en general.....	205
	B. Infracción de derechos de autor a través del Internet.....	208
	C. Defensas ante una alegación de infracción a derechos de autor hecha a través del Internet	209
	1. La doctrina del uso justificado	209
	2. La doctrina de la primera venta	211
	3. Uso indebido de los derechos de autor.....	211
	4. Audio Home Recording Act	212
	D. Ley de derechos de autor en las transmisiones de música por Internet.....	213
	E. Derechos exclusivos aplicables a transmisiones de música por Internet	213
	1. El derecho a reproducción.....	214
	2. El derecho a ejecutar la obra musical públicamente.....	215
	3. El derecho a ejecutar las grabaciones de sonido por medio de transmisiones digitales.....	216
	F. Digital Millenium Copyright Act.....	219
IV.	Pasos a seguir para la transmisión legal de música	222

* Annelise Rivera Rivero actualmente cursa su tercer año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y obtuvo su título universitario en Mercadotecnia en la Facultad de Administración de Empresas del recinto de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico. La autora quisiera extender sus más sinceros agradecimientos a las y los editores del University of Puerto Rico Business Law Journal, por sus comentarios y dirección durante el proceso de redacción de este artículo.

V. Análisis de la Ley de Derechos de Autor aplicada a Pandora, Spotify y Slacker Radio	224
A. Pandora y Slacker Radio	225
B. Spotify	226
VI. Conclusión	227

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la tecnología ha llevado a un aumento en los servicios que se ofrecen a través del Internet al igual que a un aumento en la regulación de los mismos. Uno de los servicios que ha cobrado mucho auge en los pasados años ha sido el servicio de transmisión de música a través del Internet. Este tipo de herramienta ha causado una gran cantidad de controversias y consecuentemente, ha sido objeto de una vasta legislación por parte del Congreso de los Estados Unidos con el fin de regular la utilización de música que está sujeta a los derechos de autor.

Es por esta razón que para este escrito se ha decidido investigar y discutir qué disposiciones de la Ley de Derechos de Autor aplican a sistemas como Pandora, Slacker Radio y Spotify, los cuales se especializan en la transmisión de música a través del Internet. Los mismos son sumamente populares y en esencia, ofrecen servicios similares con sus respectivas ventajas y desventajas.

Discutiremos cómo funciona el sistema de estas compañías y cómo derivan ingresos de sus operaciones. A su vez, reseñaremos la oferta de estos programas a cambio de una membresía con un pago mensual en contraposición a lo que se ofrece gratuitamente y qué límites, si alguno, tienen estos servicios gratis vis-a-vis los servicios por los que sí cobran.

Dentro del análisis de estos sistemas, delimitaremos qué licencias son necesarias para que estas compañías puedan ofrecer sus servicios gratuitos transmisión de música y aquellos servicios por los que cobran. Además, mencionaremos el proceso necesario para obtener las licencias que hacen posible el poder ofrecer los mismos. La concesión de licencias tiene varios requisitos, entre ellos el pago de regalías las cuales también analizaremos dentro del ámbito de estos sistemas.

Finalmente, nos enfocaremos en el desarrollo histórico de la Ley de Derechos de Autor y su evolución, a tono con los avances de la tecnología y las decisiones jurisprudenciales, para luego aplicar las disposiciones de la Ley en el análisis de estos sistemas.

II. PANDORA, SPOTIFY Y SLACKER RADIO

La música es distribuida a través del Internet primordialmente de dos maneras. Una de ellas es lo que se conoce como el *streaming*, y consiste de transmisiones similares a las hechas por la radio. La segunda forma es a través de las descargas, las cuales son transmisiones que incluyen el envío de archivos de computadora que contienen sonidos que pueden ser reproducidos en computadoras, tocadores portátiles y dispositivos inalámbricos.¹

Las compañías que se discutirán en este escrito ofrecen el servicio de *streaming*. En estas transmisiones, no se crea una copia permanente en la computadora del recipiente y la calidad de sonido es más pobre que la de un disco compacto.

Antes de comenzar a discutir la Ley de Derechos de Autor y su aplicación a los servicios de transmisión de música por Internet, presentaremos una pequeña introducción de las compañías que fueron escogidas para ser discutidas en este escrito.

A. Pandora

Pandora es un servicio de recomendación y transmisión de música a través del Internet que selecciona música similar a las canciones o artistas ingresados por sus usuarios utilizando lo que ellos denominaron el *Music Genome Project*. El programa funciona entrando el título de una canción o artista para que Pandora automáticamente le provea al usuario una transmisión de música similar a la canción o artista que se entró.² El usuario luego ofrece retroalimentación positiva o negativa de las canciones escogidas por el servicio; la cual será tomada en consideración para futuras selecciones. Por esta razón, Pandora no está clasificada como una estación de radio por Internet. A su vez, el hecho de que no haya una persona que escoja la música le impide ostentar dicha categoría.

Pandora ofrece un servicio gratuito que es patrocinado por los anuncios que se exhiben en la página web y los comerciales que se presentan entre las canciones. Además, existe un límite de seis (6) canciones que se pueden saltar por hora por cada estación y un límite total de doce (12)

¹ Cydney A. Tune, *Licensing Music on the Internet*, ENT. & SPORTS LAW, Summer 2004, at 2, disponible en http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/Licensing%20Music%20on%20the%20internet_ABA%20Tune%2004-13-06.pdf (traducción suplida).

² Rick Sanders, *You Are on Pandora, Ladies and Gentlemen: Part 10 of our Online Music Services Series*, AARON SANDERS LAW (Sept. 8, 2011), <http://www.aaronsanderslaw.com/blog/you-are-on-pandora-ladies-and-gentlemen-part-10-of-our-online-music-services-series> (última visita el 5 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

canciones que se pueden saltar dentro de un período de veinticuatro (24) horas.³

Una particularidad del servicio gratuito es que una vez se añade una canción en específico, en raras ocasiones se escuchará de inmediato, aunque sí podría salir subsiguientemente. Por otro lado, no puede precisarse cuál será la próxima canción que se escuchará. El programa sí permite saltar a la siguiente canción, pero no repetirla. Todas estas limitaciones surgen debido a la licencia que tiene Pandora para transmitir la música.

Pandora además ofrece un servicio llamado Pandora One, por el cual cobra una tarifa anual y presenta varias ventajas al compararse con el servicio gratuito. Entre éstas se encuentra el acceso a audio de alta calidad, la eliminación de anuncios, la opción de saltar una mayor cantidad de canciones en comparación con el servicio gratuito, entre otras.⁴

Pandora no obtiene las licencias de la música que tocan directamente con los tenedores del derecho de autor dado ya que opera bajo la licencia estatutaria de *webcasters*. Esta licencia será discutida más a fondo en el escrito.⁵

B. Slacker Radio

Slacker Radio es un servicio de transmisión de música por Internet que permite a sus usuarios crear y compartir estaciones de música personalizadas. Los usuarios pueden utilizar una serie de estaciones que se encuentran ya programadas en el sistema o pueden crear estaciones utilizando el título de la canción o el nombre del artista que el usuario desea escuchar.

El servicio de música básico es bien similar al de Pandora. Es un reproductor de música vía a través de servicio web que ofrece estaciones pre programadas por *DJs*, basadas en sus vastos conocimientos y en sus preferencias personales. Esta se van modificando de acuerdo a si al usuario le gustan o no las canciones tocadas en cierta estación.⁶ Al igual que Pandora, no se pueden tocar canciones específicas a petición del usuario, pero sí

³ PANDORA, <http://help.pandora.com/customer/portal/articles/24601-skip-limit> (última visita 14 de noviembre de 2011).

⁴ PANDORA VS. PANDORA ONE, <http://help.pandora.com/customer/portal/articles/167873-pandora-vs-pandora-one> (última visita 14 de noviembre de 2011).

⁵ Véase Rick Sanders, *Overview of the New Online Music Services: Part 3 of Our Online Music Service Series*, AARON SANDERS LAW (Aug. 11, 2011), <http://www.aaronsanderslaw.com/blog/overview-of-the-new-online-music-services-part-3-of-our-online-music-service-series> (última visita 6 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

⁶ SLACKER RADIO, <http://www.slacker.com/company/about.jsp> (última visita 14 de noviembre de 2011).

pueden escuchar canciones según los distintos géneros de música. El servicio básico que ofrece Slacker Radio es gratuito y se mantiene gracias al pago de los anuncios de la página web. Las limitaciones al servicio gratuito incluyen un máximo de seis (6) saltos de canción por cada sesión y unos comerciales breves entre canciones.⁷

Slacker Radio ofrece un servicio Plus y un servicio Premium por los cuales hay que pagar una tarifa mensual. El servicio Plus requiere una suscripción a Slacker Radio y le provee al usuario beneficios tales como los saltos de canciones sin límite alguno, acceso a las letras de las canciones, y la eliminación de anuncios. El servicio de radio Premium requiere suscripción a Slacker Radio y ofrece lo mismo que el servicio Plus, pero con una ventaja adicional: completo acceso a la biblioteca de canciones de Slacker Radio a petición del usuario, permitiendo que éste pueda escuchar la canción que guste cuando desee.⁸

C. Spotify

Spotify es un servicio de difusión multimedia en tiempo real, también conocido como *streaming*, basado en el manejo de derechos digitales, o DMR por sus siglas en inglés, los cuales se encargan de prevenir el uso de contenido sin autorización. Spotify le permite a los usuarios seleccionar música proveniente de una variedad de disqueras independientes o mayoritarias.

El *software* de Spotify le da a sus usuarios la ilusión de que su colección de música personal y el amplio catálogo de Spotify se han combinado. Lo que hace el programa es tocar las canciones del usuario si éstas están en su computadora, y la misma, transmite canciones del catálogo de Spotify cuando el usuario no la tiene. En realidad, las transmisiones de Spotify son descargas continuas que se guardan en el dispositivo del usuario en un archivo encriptado. El *software* del cliente descifra y vuelve a encriptar las canciones mientras las reproduce.⁹

Spotify ofrece tres tipos de cuentas: la cuenta gratuita, Spotify Unlimited y Spotify Premium. La cuenta gratuita permite la transmisión de música solamente a través de una computadora y contiene anuncios en el *software* de Spotify. A su vez, limita la cantidad de tiempo para poder escuchar música. Spotify Unlimited ofrece el mismo servicio que el Spotify gratuito salvo que no tiene límite de tiempo para escuchar la música que

⁷ Véase Michael Arrington, *New Music Service Slacker Has (very) Broad Ambitions*, TECH CRUNCH (Mar. 14, 2007), <http://techcrunch.com/2007/03/14/new-music-service-slacker-has-very-broad-ambitions> (última visita 14 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

⁸ SLACKER RADIO, <https://store.slacker.com/store/Subscriptions.do?source=site-footer> (última visita 14 de noviembre de 2011).

⁹ Véase Sanders, *supra* nota 2.

desea el usuario ni presenta anuncios. Spotify Premium es igual que Spotify Unlimited pero con ventajas adicionales. Primero, permite el uso de Spotify en dispositivos móviles, y segundo, tiene una modalidad que no requiere el uso de Internet, lo que quiere decir que los archivos de música están guardados en el dispositivo para su reproducción a petición del usuario. Los servicios de Spotify Unlimited y Spotify Premium requieren el pago de una tarifa mensual.¹⁰

Spotify genera ingresos gracias al pago de suscripciones, anuncios en el reproductor de Spotify para los que no están suscritos y la compra de música a comerciantes asociados. Spotify ha obtenido las licencias del contenido de sus transmisiones directamente de los tenedores del derecho de autor.¹¹

Según las cualidades que poseen los sistemas de estas compañías, a continuación discutiremos de lo que es la Propiedad Intelectual y la Ley de Derechos de Autor, a tono con las disposiciones y enmiendas que aplican a los servicios que brindan las compañías anteriormente mencionadas. Finalmente aplicaremos las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, según enmendada, a los servicios antes mencionados.

III. DERECHOS DE AUTOR

A. Derechos de autor en general

La Propiedad Intelectual consiste en los derechos legales que resultan de la actividad intelectual en el campo industrial, científico, literario y artístico. Es el derecho que hace posible un interés propietario sobre las creaciones de la mente. La propiedad intelectual busca salvaguardar a creadores y otros productores de bienes y servicios intelectuales, proveyéndoles ciertos derechos, por un tiempo limitado, para controlar el uso de lo producido. Tradicionalmente, la Propiedad Intelectual se divide en dos ramas: la propiedad industrial y los derechos de autor. Cuando se habla de propiedad industrial nos referimos a la protección que se le brinda a las invenciones por medio de patentes, la protección de ciertos intereses comerciales por medio de la ley de marcas y la ley que protege los diseños industriales.¹² En este escrito nos concentraremos en la rama de los derechos de autor.

¹⁰ SPOTIFY, <http://www.spotify.com/us/get-spotify/overview/> (última visita 13 de noviembre de 2011).

¹¹ Véase Sanders, *supra* nota 5.

¹² Véase WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, INTRODUCTION TO INTELLECTUAL PROPERTY 3 (1997).

La Ley federal de Derechos de Autor proviene del Artículo 1, Sección 8, Cláusula 8 de la Constitución de los Estados Unidos la cual le otorga al Congreso la facultad de fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurándole a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivas obras y descubrimientos.¹³ Los derechos de autor son una forma de protección provista por las leyes de Estados Unidos a los autores de obras originales de autoría, incluyendo las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas.¹⁴ La clasificación de la obra determinará cuál de las protecciones está disponible bajo el derecho de autor. Ésta protección se extiende tanto a obras publicadas como a obras no publicadas.¹⁵

El estatuto que define y regula lo que son los derechos de autor en Estados Unidos y Puerto Rico es el *Copyright Act of 1976* (en adelante, "*Copyright Act*"). Éste dispone que la protección de derechos de autor subsiste en obras originales de autoría fijadas en cualquier medio de expresión, ahora conocidos o posteriormente desarrollados, a través del cual puedan ser percibidos, reproducidos, o de otra manera comunicados, ya sea directamente o con la ayuda de una máquina u objeto.¹⁶ Esto significa que, a partir de la vigencia del *Copyright Act* en enero de 1978, todas las obras de autoría fijadas en un medio tangible de expresión y, si éstas están bajo lo considerado como derechos de autor, están cobijadas por la jurisdicción exclusiva del *Copyright Act* sin importar si el trabajo fue creado antes o después de esa fecha y sin importar si fue publicada o no.¹⁷

El objetivo de proveer la protección de derechos de autor es el impulsar la creación y distribución de obras de autoría originales, dándole a los autores la capacidad de explotar el valor económico de sus creaciones. Dado a que la sociedad en general se beneficia de la creación de obras literarias, artísticas, musicales y otras obras de autoría, la ley le provee a los autores el derecho a prevenir que otras personas utilicen sus obras sin pagar por ese privilegio.¹⁸

De acuerdo al *Copyright Act*, el registro del derecho de autor es voluntario y puede hacerse en cualquier momento dentro del término de protección. No es un requisito asegurar un derecho de autor por medio del registro del mismo, ya que el derecho de autor se asegura automáticamente una vez la obra se crea. Para efectos de la ley, se considera creada la obra

¹³ U.S. CONST. art. I, §8, cl. 8.

¹⁴ Véase Copyright Law of the United States, 17 U.S.C. § 102(a).

¹⁵ Véase UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT BASICS 2 (2012), disponible en <http://www.copyright.gov/circs/circ1.pdf> (última visita 24 de octubre de 2011).

¹⁶ Véase Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (1976).

¹⁷ 17 U.S.C. § 104 (a)-(b).

¹⁸ MARGARET JANE RADIN, JOHN A. ROTHCHILD & GREGORY M. SILVERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE INTERNET 184-85 (2004).

cuando ésta se fija en una copia o fonograbación por primera vez. Sin embargo, el registro del derecho de autor es importante ya que es un prerrequisito para ciertos remedios si se infringe el derecho registrado.¹⁹ Una copia es un objeto material del cual una obra puede ser leída o visualmente percibida ya sea directamente o con la ayuda de una máquina u objeto. Una fonograbación es un objeto material que encarna fijaciones de sonidos.²⁰

Adicional a la fijación de la obra, se exige originalidad para la protección del derecho de autor. En el caso de *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dispuso que para caer bajo la protección de derechos de autor, una obra debe ser original del autor, o sea, que la obra fue creada independientemente y por el autor, y que la obra posea un nivel mínimo de creatividad.²¹ Cuando se habla de originalidad no quiere decir que tiene que ser novel.

El dueño de un derecho de autor tiene el derecho exclusivo de reproducir, distribuir, ejecutar o interpretar, exhibir, licenciar y preparar trabajos derivativos basados en una obra protegida por los derechos de autor.²² Aquella persona que ejerza cualquiera de estos derechos sin el permiso de quien ostenta la titularidad del mismo comete una infracción al derecho de autor y queda sujeto al pago de daños y al remedio de un interdicto.²³

Aunque no es un requisito bajo la ley federal, el uso del *notice of copyright* o mención de reserva de los derechos de autor, puede ser de beneficio dado a que sirve para informar al público de que la obra está protegida por los derechos de autor. Además, identifica al dueño de los derechos de autor y muestra el año de su primera publicación.²⁴ En caso de que los derechos de una obra se infrinjan, si aparece una mención de reserva de los derechos de autor en la copia publicada o en las copias a las cuales tenía acceso el demandado en un caso de violación a derechos de autor, esa mención le restará valor al plantamiento de la defensa a los efectos de que tuvo lugar una infracción inocente. Esto no podrá ser atenuante en la concesión de una indemnización al titular de los derechos de autor, según la

¹⁹ 17 U.S.C. § 412.

²⁰ Véase UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT BASICS 2 (2012), disponible en <http://www.copyright.gov/circs/circ1.pdf>, *supra* nota 15, en la pág. 3, (última visita 24 de octubre de 2011).

²¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

²² 17 U.S.C. § 106.

²³ 17 U.S.C. § 105(a).

²⁴ 17 U.S.C. § 401(a)-(b).

disposición de ley.²⁵ Una infracción inocente ocurre cuando el que viola el derecho no se percata de que la obra estaba protegida.²⁶

El tiempo de protección de los derechos de autor va a variar de acuerdo a si la obra fue creada antes, en, o después del primero de enero de 1978. Las obras creadas en, o después de esa fecha, existen desde el momento de su creación y de ordinario, se le provee un término de protección equivalente a la vida del autor más setenta (70) años luego de su muerte.²⁷ En el caso de los trabajos creados o preparados por dos o más autores en conjunto, la protección durará setenta (70) años adicionales, luego de la muerte del último autor sobreviviente.²⁸ La protección para las obras *made for hire* y las hechas anónimamente o bajo pseudónimo es de 95 años a partir de su publicación o ciento veinte (120) años a partir su creación, cualquiera de las opciones que sea la más corta.²⁹ Las obras creadas antes del 1978 se han cobijado bajo la protección federal de derechos de autor y la duración de la protección es igual a aquella que se le provee a las obras creadas en, o después del primero de enero del 1978.³⁰

B. Infracción de derechos de autor a través del Internet

Una persona que, sin autorización, ejercita uno de los derechos exclusivos del tenedor de los derechos de autor, o autoriza a otra persona a hacerlo, responderá por ser infractor directo de los mismos. Un reclamo por violación directa a derechos de autor surge cuando una persona viola uno de los derechos exclusivos que provee la sección 106 del título 17 del U.S.C. Se viola directamente un derecho de autor cuando se reproduce, adapta, distribuye, exhibe públicamente o se ejecuta o interpreta públicamente la obra sujeta a derechos de autor de otro sin la debida autorización.³¹

Son culpables de infracción indirecta o contribuyente los que, con conocimiento de que sus actos, violan, inducen o materialmente contribuyen a la violación de derechos de autor que comete otra persona.³² Otra modalidad de violación indirecta de los derechos de autor es la responsabilidad vicaria. Esta surge cuando la persona que tiene el derecho y la habilidad de controlar las actividades que realiza el infractor original, recibe un beneficio económico directo gracias a dicha infracción.³³ Para prevalecer en un reclamo de violación indirecta, el demandante tiene que

²⁵ 17 U.S.C. § 401(d).

²⁶ 17 U.S.C. § 1204 (b)(5).

²⁷ 17 U.S.C. § 302(a).

²⁸ 17 U.S.C. § 302(b).

²⁹ 17 U.S.C. § 302(c).

³⁰ 17 U.S.C. § 303(a).

³¹ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 196.

³² *Id.* en la pág. 213.

³³ *Id.* en las págs. 227-28.

primero establecer que la conducta que los demandados alegadamente alentaban o a la que contribuían podría resultar en una violación.

C. Defensas ante una alegación de infracción a derechos de autor hecha a través del Internet

Los derechos de autor buscan mantener un balance apropiado entre los intereses de los autores de beneficiarse del valor económico de sus obras, y los intereses del público y de autores subsecuentes, a tener acceso a las mismas.³⁴ Para cumplir este propósito, el *Copyright Act* le impone al autor ciertas limitaciones en el ejercicio de los derechos exclusivos del autor que los posee.

Existen varias defensas que se utilizan por el demandado al alegarse que éste incurrió en una infracción a los derechos de autor. Entre las defensas aplicables a este escrito se encuentran: la doctrina del uso justificado ("*fair use*"), la doctrina de la primera venta, el uso indebido de los derechos de autor y el *Audio Home Recording Act* del 1992.³⁵

1. *La doctrina del uso justificado*

Como limitación o excepción al derecho de autor existe la doctrina del uso justificado o *fair use*. Esta excepción permite el libre uso de obras sujetas a los derechos de autor en aquellas ocasiones en las que el usuario deriva un beneficio significativo y el derechohabiente sólo sufre un daño mínimo.³⁶ *Fair use* es la defensa afirmativa que puede utilizar un demandado en un caso por violación a derechos de autor. Según la sección 107 del título 17 del U.S.C., el uso de lo protegido por derechos de autor es permitido bajo el *fair use* en la crítica, investigaciones, comentarios, reportajes, noticias, enseñanza y becas.³⁷ Si hay un uso justo, no se viola un derecho de autor.

Los tribunales evalúan cuatro factores para determinar si hay un *fair use*. El primero de estos factores es el propósito y carácter del uso.³⁸ Este factor se concentra en si la nueva obra meramente reemplaza el objeto de la creación original o si en cambio, añade un propósito adicional o un carácter distinto.³⁹ Quiere esto decir que lo que se busca identificar es si el nuevo

³⁴ *Id.* en la pág. 186.

³⁵ *Id.* en la pág. 234.

³⁶ *Id.* en la pág. 186.

³⁷ 17 U.S.C. § 107.

³⁸ 17 U.S.C. § 107(1).

³⁹ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 238.

trabajo es transformativo o no y si lo es, hasta qué punto.⁴⁰ Sólo en caso de que fuera transformativo, podría aplicarse el *fair use*. Este factor de uso y carácter también requiere que se determine si el uso es de naturaleza comercial o si se hace con un propósito educativo sin fines de lucro.⁴¹ El elemento de comercialidad no necesariamente requiere que se obtenga un beneficio económico, sino que se copie repetida y abusivamente la obra que goza de la protección de derechos de autor.⁴² Se evalúa si la obra es creativa en naturaleza o si es un trabajo basado en hechos. Mientras más creatividad haya en la obra nueva, será menor la posibilidad de utilizar la doctrina del *fair use*. Por otro lado, mientras más esté basada en hechos, estará más sujeta al *fair use*.

El segundo factor que se evalúa es la naturaleza de la obra original.⁴³ Los tribunales tienden a dar más protección a obras creativas por lo que *fair use* aplica mayormente a obras que contienen hechos y que no son ficción.⁴⁴

El tercer factor es la cantidad o proporción de la parte de la obra usada en relación a la obra original completa.⁴⁵ Aunque la ley no ha establecido límites exactos, generalmente, mientras más se utilice la obra, menos será la probabilidad de caer bajo *fair use*. La cantidad utilizada, por lo general, se evalúa en relación al largo de la obra original y en consideración de la cantidad necesaria para cumplir con un objetivo. La cantidad de la obra utilizada también se mide en términos cualitativos. Los tribunales han determinado que, aun cuando sea en pequeñas cantidades, el uso de la obra original puede ser excesivo si se extrae la esencia de la obra.⁴⁶

El cuarto y último factor es el efecto del uso en el mercado potencial de la obra y/o el valor de la misma.⁴⁷ El factor determinante para concertar la aplicación del *fair use* radicará en la premisa de si la protección que cobijaba la obra con derechos de autor permitía su fácil adquisición o licencia. En el caso de *Harper & Row Publishers*, el Tribunal Supremo dispuso que la doctrina de uso justificado, cuando se aplica correctamente, está limitada a copias hechas por otros, lo que materialmente no impide la comercialización de la obra que se copia.⁴⁸ La evidencia necesaria para demostrar daño presente o futuro en el mercado varía con el propósito y la característica del uso de la obra. Es necesario considerar además, si la conducta generalizada y

⁴⁰ Véase *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

⁴¹ 17 U.S.C. § 107(1).

⁴² Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 239.

⁴³ 17 U.S.C. § 107(2).

⁴⁴ Véase *Campbell*, 510 U.S. en la pág. 586.

⁴⁵ 17 U.S.C. § 107(3).

⁴⁶ Véase Columbia University Copyright Advisory Office, *What is Fair Use?*, COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES, <http://copyright.columbia.edu/copyright/fair-use/what-is-fair-use/> (última visita 26 de octubre de 2011).

⁴⁷ 17 U.S.C. § 107(4).

⁴⁸ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566-67 (1985).

sin restricción del demandado podría resultar en un impacto adverso sustancial en el mercado potencial para el original de la obra.

2. *La doctrina de la primera venta*

La doctrina de la primera venta, que se encuentra codificada en la sección 109(a) del título 17 del USC, es una limitación a los derechos de autor que le permite al comprador la transferencia, sin permiso del vendedor, de una copia legal y específica.⁴⁹ Esto quiere decir que los derechos de distribución del titular del derecho de autor sobre esa copia en particular, cesan una vez la copia es legalmente transferida. En otras palabras, esta doctrina evita que el titular del derecho de autor controle las transferencias futuras de una copia particular de una obra con derechos de autor luego de que éste haya transferido su titularidad material a otra persona.

3. *Uso indebido de los derechos de autor*

Los derechos exclusivos que se le dan al dueño de un derecho de autor son bastante amplios, aun cuando se consideran excepciones especiales. Sin embargo, hay casos en los que los dueños del derecho de autor tratan de utilizar sus derechos exclusivos para obtener protección adicional a la provista bajo las leyes de derechos de autor. Esto es lo que se considera como un uso indebido de los derechos de autor.⁵⁰

La doctrina del uso indebido de derechos de autor es similar a la doctrina del uso indebido de patentes. Su aplicación ocurre cuando el dueño de una patente condiciona el uso de un artículo ya patentado en la compra de un artículo no patentado que también es suplido por él.⁵¹ Los tribunales han encontrado que tal acción intenta aumentar indebidamente el alcance de la patente y, por lo tanto, cuando el dueño de la patente acude a la corte éste va con “manos sucias” y la corte rehusará aplicar la patente hasta que el uso indebido cese y sus efectos ya no existan.⁵² En el 1990, en el caso de *Lasercomb America v. Reynolds* fue que se reconoció explícitamente la doctrina del uso indebido de derechos de autor.⁵³

⁴⁹ 17 U.S.C. § 109(a).

⁵⁰ Véase Lee A. Hollaar, *Chapter 1: An Overview of Copyright*, in LEGAL PROTECTION OF DIGITAL INFORMATION (2002), <http://digital-law-online.info/lpdi1.0/treatise15.html> (última visita 26 de octubre de 2011).

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Lasercomb America v. Reynolds*, 911 F.2d 970, 15 U.S.P.Q.2d 1846 (4th Cir. 1990).

4. *Audio Home Recording Act*

El *Audio Home Recording Act* (en adelante, el "A.H.R.A.") del 1992 enmendó la ley de derechos de autor añadiendo el capítulo 10, el cual se titula *Digital Audio Recording Devices and Media*.⁵⁴ El propósito de esta enmienda fue lidiar con el problema que representaba la reproducción digital de grabaciones de sonido. Según las compañías discográficas, la reproducción digital era una amenaza porque permitía la grabación de innumerables copias fieles y exactas.⁵⁵ La *Recording Industry Association of America* (en adelante, el "R.I.A.A.") y los sellos discográficos estaban preocupados por el efecto destructivo que tendría para el mercado de grabaciones la capacidad que tenían los consumidores de crear estas copias. Por ello, presionaron al Congreso para que aprobaran leyes que impusieran una protección compulsoria de tecnología contra las copias digitales, al igual que para regalías en dispositivos y medios.

De acuerdo a esta ley, los manufactureros e importadores de dispositivos digitales de grabaciones de audio y de medios tienen que pagar un impuesto de regalía a los titulares del derecho de autor de la música que presuntamente está siendo copiada. Esto sería una compensación por las regalías no cobradas como resultado de que los consumidores copian grabaciones de audio en sus hogares.⁵⁶ Estos dispositivos deben también incluir un sistema que impida las copias en serie.⁵⁷ A cambio de la implementación de estas medidas, los titulares del derecho renuncian a su derecho de reclamación por violación a derechos de autor en contra de los consumidores que utilicen los dispositivos de grabación de audio en sus hogares para uso no comercial.

La ley enumera y define los dispositivos que están cubiertos bajo este estatuto. El primero de estos es el dispositivo digital de grabación de audio, definido como cualquier máquina, o dispositivo de cierto tipo, comúnmente distribuido a individuos para su uso.⁵⁸ Define también lo que es un medio digital de grabación de audio como cualquier objeto material, en una forma comúnmente distribuida para el uso de individuos, que se mercaea primordialmente, o se utiliza comúnmente por consumidores, con el propósito de hacer grabaciones de audio digitales.⁵⁹

⁵⁴ Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992)(codificado en 17 U.S.C. §§ 1001-1010).

⁵⁵ Véase JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 59-60 (2006).

⁵⁶ 17 U.S.C. § 1003(a).

⁵⁷ 17 U.S.C. § 1002.

⁵⁸ 17 U.S.C. § 1001(3).

⁵⁹ 17 U.S.C. § 1001(4)(A).

D. Ley de derechos de autor en las transmisiones de música por Internet

Cuando una grabación de sonido se transmite digitalmente, dos obras de autoría se incluyen en dicha transmisión: la composición musical y el sonido adjunto en la grabación de la composición musical. Por lo tanto, si se quiere obtener una licencia para utilizar una grabación musical, normalmente se encuentran dos derechos involucrados en la misma.⁶⁰ Además, es importante recalcar que existe una diferencia en el derecho a la reproducción que tiene el dueño del derecho de autor y su derecho a la ejecución pública.⁶¹

Cuando una transmisión se hace a través del Internet, pero no se hace copia alguna de la composición musical, la transmisión constituye una ejecución pública de música. Dicha transmisión sería una infracción a los derechos de ejecución pública a menos que la persona que lo haga tenga permiso y que de cualquier manera esté excusada.⁶²

La Ley de Derechos de Autor provee diferentes derechos y limitaciones a las obras musicales y a las grabaciones de sonido, lo que aumenta la complejidad de las implicaciones de los derechos de autor en tales transmisiones, particularmente cuando estos derechos son administrados por diferentes partes, o su propiedad recae en terceros.⁶³

La controversia más grande con respecto a la transmisión de audio a través del Internet es la interrogante sobre si cada transmisión constituye, no solo una ejecución o interpretación pública de las obras transmitidas, sino una reproducción de esas obras. Aún más controversial es si se reproduce la obra musical y la grabación de sonido transmitida cada vez que se transmite la música a través del Internet, aun cuando el recipiente no retenga una copia de la música al final de la transmisión.⁶⁴

E. Derechos exclusivos aplicables a transmisiones de música por Internet

A continuación analizaremos aquellos derechos exclusivos que se pueden aplicar a las transmisiones de música por Internet. Entre ellos se encuentran el derecho a reproducción y distribución de la obra y el derecho a ejecutar la obra públicamente.

⁶⁰ Tune, *supra* nota 1, en la pág. 3.

⁶¹ *Id.*, en la pág. 4.

⁶² Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 276.

⁶³ *Id.* en la pág. 269.

⁶⁴ *Id.* en la pág. 277.

1. El derecho a reproducción

La ley de derechos de autor permite poder controlar ciertos usos de las obras, incluyendo el derecho exclusivo a reproducirlas y a ejecutarlas públicamente.⁶⁵ El derecho a reproducir la obra con derechos de autor aplica a las obras musicales y a las grabaciones de sonido. Los dueños de los derechos de autor de obras musicales y grabaciones de sonido tienen el derecho exclusivo de reproducir sus obras en fonogramas. Estos son materiales en los cuales se fijan sonidos y los mismos se pueden percibir, reproducir y comunicar, ya sea directamente o con la ayuda de una máquina o artefacto.⁶⁶ Un fonograma de música es un fonograma de la grabación del sonido y de la obra musical ejecutada en la grabación de sonido.⁶⁷

La licencia mecánica compulsoria limita el derecho exclusivo del titular del derecho de autor a hacer fonogramas de la mayoría de las obras musicales.⁶⁸ Una vez el dueño le permite a alguien hacer y vender fonogramas de una obra musical, cualquier otra persona puede hacer sus propios fonogramas de esa obra. Para hacer esto se requieren ciertos procedimientos además del pago de un precio establecido por la oficina de derechos de autor. Esta licencia permite hacer grabaciones *cover* en las que un artista graba una canción que previamente había grabado otro artista.⁶⁹

La licencia mecánica compulsoria concede derechos de reproducción y distribución para obras musicales, mas no para grabaciones de sonido. La licencia compulsoria sólo confiere un privilegio de reproducción en la obra musical y primordialmente asiste a artistas y a compañías disqueras que quieren hacer y vender sus propias grabaciones de canciones hechas por otros compositores.⁷⁰

En el 1995, el Congreso promulgó el *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* en el cual se enmendó la licencia mecánica compulsoria para permitir la reproducción y distribución de obras musicales por medios de entrega digital de fonogramas o *digital phonogram delivery* (en adelante, un "D.P.D." por sus siglas en inglés).⁷¹ En las secciones 115 (c) (3) y 115(d) se encuentran las disposiciones que hacen que la licencia compulsoria sea aplicable a entregas de fonogramas digitales. Se definen los D.P.D. como la entrega de un fonograma a través de una transmisión digital de una grabación de sonido que resulta en la reproducción de ese fonograma por o

⁶⁵ 17 U.S.C. § 106(1)(5)(6).

⁶⁶ 17 U.S.C. § 101.

⁶⁷ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 270.

⁶⁸ 17 U.S.C. § 115.

⁶⁹ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 270.

⁷⁰ *Id.* en la pág. 271.

⁷¹ Véase Digital Performance Right in Sound Recordings Act, Pub. L. No. 104-39.

para el recipiente de la transmisión.⁷² Las transmisiones de música a través del Internet, donde la grabación de sonido transmitida se guarda en su totalidad en la memoria de la computadora del recipiente en algún momento, resultan en la creación de un D.P.D.

La definición de D.P.D. excluye las transmisiones de grabaciones de sonido hechas en *real-time*, que no son interactivas y que son hechas bajo suscripción. En las mismas, ni la grabación de sonido transmitida ni la obra musical son reproducidas para hacer audible la grabación de sonido.⁷³ Para propósitos de las tarifas de las licencias, el estatuto distingue entre D.P.D.s ordinarios y D.P.D.s incidentales.⁷⁴

2. El derecho a ejecutar la obra musical públicamente

Otro de los derechos exclusivos que provee la Ley de Derechos de Autor, relevante a las transmisiones de música a través del Internet, es el derecho a ejecutar públicamente la obra sujeta a derechos de autor.⁷⁵ Una interpretación puede ser pública de dos maneras. Primero, si se ejecuta en un lugar público o semipúblico y segundo, si se transmite la obra a un público, por medio de un proceso o aparato, sin importar si éstos reciben en un mismo sitio o en sitios diferentes y, al mismo tiempo o en tiempos diferentes. Es así que se considera una ejecución pública de una obra musical el transmitir una grabación de audio a través de una página de Internet. Se considerará hecha al público la ejecución de la obra aun cuando la página de Internet limite sus transmisiones a usuarios suscritos que pagan una tarifa mensual.⁷⁶

No existe una licencia compulsoria general para el derecho a ejecutar una obra musical públicamente. Para ejecutar públicamente dichas obras sólo es necesario el permiso del dueño del derecho de autor. El derecho a la ejecución pública ha representado un gran contratiempo para los dueños de los derechos de autor dado a que las ejecuciones públicas de obras musicales son efímeras y se dan en lugares ampliamente dispersos.

En respuesta, los dueños de derechos de autor han creado sociedades colectivas de derechos de ejecución para administrar y efectuar el derecho a ejecución pública. La Ley de Derechos de Autor define la sociedad colectiva de derechos como una asociación o corporación que provee licencias de ejecución pública en obras musicales que no son dramáticas en

⁷² 17 U.S.C. § 115(d).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Véase RADIN, *supra* nota 18, en las págs. 277-78.

⁷⁵ 17 U.S.C. § 106(4).

⁷⁶ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 272.

representación del dueño del derecho de autor. Algunas de estas sociedades son: la American Society of Composers, Authors and Publishers, Broadcast Music, Inc. y SESAC, Inc.⁷⁷ Las sociedades están compuestas por dueños de derechos de autor que le conceden el derecho no exclusivo para licenciar interpretaciones públicas de sus obras musicales. A cambio de esto, las sociedades conceden licencias globales a entidades que realizan interpretaciones públicas, como los son las estaciones de radio y televisión, discotecas, salas de conciertos y restaurantes. A través de una cuota de licenciamiento, el licenciatario obtiene el derecho a ejecutar o interpretar públicamente cualquier obra en el repertorio de la sociedad.⁷⁸

3. *El derecho a ejecutar las grabaciones de sonido por medio de transmisiones digitales*

Con la promulgación del *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* se hicieron dos cambios significativos que afectaron el licenciamiento de obras musicales bajo la ley de derechos de autor.⁷⁹ El primero de estos cambios la creación de un nuevo derecho de ejecución pública digital para grabaciones de sonido, y el segundo cambio consistió en la ampliación de la provisión existente de licencias mecánicas compulsorias de la ley para incluir la reproducción y la entrega de obras musicales en grabaciones digitales por medio de transmisiones electrónicas.⁸⁰

La sección 106(6), promulgada en el 1995, establece un derecho a ejecución pública más estrecho que el derecho de ejecución pública general y aplica solamente a grabaciones de sonido. Dicha sección fue promulgada en respuesta a las preocupaciones de la industria discográfica de que los servicios de suscripción digital podrían reemplazar las ventas de discos, ya que es posible hacer grabaciones de alta calidad de ejecuciones digitalmente transmitidas.⁸¹ Como se mencionó anteriormente, el dueño del derecho de autor tiene el derecho exclusivo a ejecutar públicamente la obra sujeta a derechos de autor. Pero con esta sección, el Congreso le otorgó además, un derecho limitado de ejecución o interpretación pública, a los dueños de grabaciones de sonido: el derecho a ejecutar sus grabaciones de sonido públicamente por medio de transmisiones de audio digitales.⁸² Según define el Título 17 del United States Code, una transmisión digital es una transmisión hecha, en su totalidad o en parte, en un formato digital o

⁷⁷ 17 U.S.C. § 114(3)(E)(ii).

⁷⁸ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 272.

⁷⁹ Digital Performance Right in Sound Recordings Act, Pub. L. No. 104-39.

⁸⁰ Véase AL KOHN & BOB KOHN, KOHN ON MUSIC LICENSING (2d ed. Supp. 1998).

⁸¹ MARY LAFRANCE, COPYRIGHT LAW IN A NUTSHELL 187-88 (2008).

⁸² 17 U.S.C. § 106(6).

cualquier otro formato no análogo.⁸³ Una transmisión digital *de audio* se define como aquella que contiene la transmisión de una grabación de sonido.⁸⁴

Además de los derechos conferidos, el Congreso también promulgó limitaciones significativas al derecho de interpretación o ejecución pública de la grabación de sonido, a través de la transmisión digital. La sección 106 (6) confiere al titular del derecho de autor de la grabación de sonido la facultad exclusiva de ejecutar la grabación de sonido por medio de una transmisión de audio digital, mientras que las secciones 114 (d) y 114(j) imponen límites significativos a dicha práctica.⁸⁵

El alcance de este derecho va a variar con el tipo de transmisión digital. Primero, hay un sinnúmero de transmisiones de audio que están completamente exentas del derecho de ejecución pública de la sección 106(6). En general, las exenciones aplican a servicios que no se hacen bajo suscripción y que no son interactivos, porque estos son comparables a la radio tradicional.⁸⁶

Los servicios interactivos, por su parte, nunca están exentos del derecho de la sección 106(6) debido a que los oyentes que pueden escoger qué grabación de sonido se va a transmitir y cuándo se va a transmitir están más propensos a involucrarse en grabaciones que no han sido autorizadas.⁸⁷ Un servicio interactivo es aquel que trasmite una grabación de sonido particular solicitada por el destinatario o le permite a un miembro del público recibir una transmisión de un programa creado especialmente para quien lo recibe.⁸⁸ Si bien el usuario solicita la ejecución de una grabación particular de sonido, el Congreso hizo una excepción con la solicitud hecha por un individuo, que se interpreta a un público grande.⁸⁹

Las transmisiones exentas de la sección 106(6) incluyen, entre otras cosas, las transmisiones puramente análogas que no son interactivas, las transmisiones hechas por radiodifusores tradicionales que no se hacen bajo suscripción ni son interactivas, las transmisiones no interactivas, hechas estrictamente dentro de establecimientos comerciales y las transmisiones no interactivas hechas a establecimientos comerciales para su uso en el curso ordinario del negocio.⁹⁰

⁸³ 17 U.S.C. § 101.

⁸⁴ 17 U.S.C. § 114(j)(5).

⁸⁵ Véase LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 241.

⁸⁶ *Id.* en la pág. 242.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ 17 U.S.C. § 114(j)(7).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ 17 U.S.C. § 114(d)(1).

Muchas de las transmisiones digitales de grabaciones de sonido hechas bajo suscripción también están sujetas a un licenciamiento estatutario. El licenciamiento estatutario está disponible para ciertas transmisiones de audio digital que no se hacen bajo suscripción, como la radio por Internet, las cuales no caen dentro de las categorías exentas porque no surgen de estaciones terrestres reguladas por la F.C.C.⁹¹ En ambos casos, el licenciamiento estatutario estará disponible solamente si los servicios de transmisión no son interactivos, no anuncian con antelación qué grabaciones serán transmitidas y si las mismas cumplen con ciertos límites estatutarios sobre la cantidad de canciones del mismo artista, fonograma o compilación que pueden ser tocadas dentro de un plazo designado.⁹²

Las transmisiones hechas por un servicio interactivo no son elegibles para una licencia estatutaria por lo que están sujetas al derecho de autor de interpretación o ejecución pública a través de la transmisión digital que ostenta el dueño de la grabación de sonido. Esto significa que el que transmite necesita el permiso del dueño del derecho de autor antes de hacer transmisiones de la grabación.⁹³ Este dueño tiene derecho a cobrar cualquier precio por el permiso o puede denegarlo en su totalidad.⁹⁴ Sin embargo, y con el propósito de evitar que las compañías discográficas ejerzan demasiado poder sobre el mercado de servicios interactivos, la sección 114(d) de la ley impone ciertas limitaciones sobre hasta qué punto un dueño de derechos de autor puede otorgar licencias exclusivas para obtener los derechos que se le han otorgado bajo la sección 106(6).⁹⁵

La sección 106(6) y sus limitaciones no tienen efecto sobre el derecho de autor en cualquier *obra musical* dentro de una grabación de sonido.⁹⁶ Por lo tanto, aun cuando una ejecución o interpretación pública de una grabación de sonido quede bajo una de las exenciones enumeradas en la sección 114(d), esta ejecución o interpretación podría lacerar cualquier derecho de composición musical ejecutada o interpretada en esa grabación si no se ha obtenido del dueño del derecho de autor una licencia para esos fines.⁹⁷

Las reglas para el licenciamiento estatutario están delimitadas en la sección 114(f) de la ley. El estatuto autoriza a los representantes de compañías discográficas y de servicios de transmisión digital a establecer tarifas de regalías a través de negociaciones voluntarias.⁹⁸ Las participaciones más grandes de las regalías le pertenecen a los dueños del

⁹¹ 17 U.S.C. § 114(d)(2).

⁹² *Id.*

⁹³ 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).

⁹⁴ Véase RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 273.

⁹⁵ Véase LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 243.

⁹⁶ 17 U.S.C. § 114 (3)(C).

⁹⁷ Véase LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 243.

⁹⁸ 17 U.S.C. § 114(e).

derecho de ejecución en la grabación con un cincuenta por ciento (50%). Un cuarenta y cinco por ciento (45%) se le da al artista o músico destacado de la grabación, y el restante cinco por ciento (5%) se distribuye entre todos los artistas o músicos de la grabación que no son destacados.⁹⁹

F. Digital Millennium Copyright Act

En el 1998, el Congreso enmendó la Ley de Derechos de Autor promulgando el *Digital Millennium Copyright Act* (en adelante, el "D.M.C.A.").¹⁰⁰ Este estatuto extendió el alcance de los derechos de autor a la vez que limitó la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por violaciones hechas por sus usuarios a los derechos de autor. En la creación de este estatuto se utilizaron tratados de la *World Intellectual Property Organization*.

Según la exposición de motivos de la comisión de conferencia, este estatuto se promulgó para proteger de la piratería a los dueños de derechos de autor que se inhibirían de hacer disponibles sus obras por Internet por la facilidad con la que trabajos digitales se pueden copiar y distribuir mundialmente. Esta ley sirve como limitación a los derechos exclusivos de dueños de derechos de autor.

El estatuto criminaliza la producción y diseminación de tecnología, aparatos o servicios, destinados a eludir las medidas de control de acceso a obras sujetas a derechos de autor. Además, penaliza el acto de obviar un control de acceso sin importar si hay una verdadera infracción de derechos de autor o no.¹⁰¹

A través del D.M.C.A., el Congreso otorgó una serie de puertos seguros a los proveedores de servicio de redes. Cada disposición que sirve como puerto seguro limita la responsabilidad por la infracción a los derechos de autor. Si uno cae bajo una de estas disposiciones, la responsabilidad será limitada.¹⁰² El que no se cumplan los requisitos de una de las disposiciones, no necesariamente significa que se está violentando un derecho de autor, por lo que permanecen disponibles otras defensas.¹⁰³

Las limitaciones están basadas en las siguientes cuatro categorías de conducta de un proveedor de servicios: (1) comunicaciones transitorias, (2) "cache" de sistemas, (3) almacenamiento de información en sistemas o redes

⁹⁹ 17 U.S.C. § 114(g)(2).

¹⁰⁰ Digital Millennium Copyright Act Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2877 (1998) [en adelante "D.M.C.A."].

¹⁰¹ 17 U.S.C. § 1002(c).

¹⁰² 17 U.S.C. § 512.

¹⁰³ Véase Hollaar, *supra* en la nota 50.

a órdenes de usuarios y (4) herramientas de localización de información.¹⁰⁴ El que un proveedor de servicios falle en cualificar para alguna de las limitaciones provistas en la sección 512 del *Copyright Act*, no necesariamente los hace responsables de infracción a derechos de autor. El dueño del derecho de autor debe demostrar que el proveedor ha violado su derecho y que el proveedor todavía se puede cobijar bajo cualquiera de las defensas que generalmente están disponibles a los demandados por derechos de autor.¹⁰⁵

Bajo las disposiciones de licenciamiento de transmisiones por Internet del D.M.C.A., una licencia estatutaria está disponible para: (1) aquellos que ejecuten una grabación de sonido públicamente, siempre y cuando no estén exentas bajo el primer párrafo de la sección, (2) aquellos que hagan transmisiones elegibles que no se hacen bajo suscripción, o (3) para las transmisiones que no están exentas, hechas por un servicio de radio por satélite pre-existente.¹⁰⁶ Una transmisión elegible que no se hace bajo suscripción, es una transmisión de audio digital que no es interactiva y no está exenta bajo la subsección (d) (1) de la sección 114 de la Ley de Derechos de Autor. Esta es creada como parte de un servicio que provee programación de audio que consiste, en parte o en su totalidad, de ejecuciones de grabaciones de sonido, si el propósito principal del servicio es proveer al público tal audio, o cualquier programación de entretenimiento, y si el propósito del servicio no es vender, anunciar o promocionar productos o servicios específicos aparte de las grabaciones de sonido, conciertos en vivo o cualquier evento relacionado a la música.¹⁰⁷

La sección 405 de la D.M.C.A. enmendó el D.P.R.A., expandiendo la licencia estatutaria para transmisiones por suscripción para incluir lo que hoy en día se conoce como *webcasting*, como una nueva categoría de transmisiones elegibles que no se hacen bajo suscripción.¹⁰⁸ *Webcasting* se refiere a una transmisión de audio o de video a través del Internet. Los *webcasters* a veces transmiten un sinnúmero de canales de música ininterrumpida dividida por géneros. Los *webcasters* tienen que obtener una licencia para cada una de las dos obras con derechos de autor en una grabación musical: (1) la composición musical subyacente que se compone de notas escritas y de la letra de la canción y, (2) la grabación de sonido la cual es el sonido de la música, incluyendo la interpretación hecha por el artista de la composición musical.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Véase U.S. COPYRIGHT OFFICE, THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY (1998), <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (última visita 31 de octubre de 2011).

¹⁰⁶ 17 U.S.C. § 114(d)(2).

¹⁰⁷ 17 U.S.C. § 114(j)(6).

¹⁰⁸ 17 U.S.C. § 405(a).

La D.M.C.A. le permite a los *webcasters* obtener una licencia estatutaria para ejecutar grabaciones de sonido en el Internet. El requisito más importante para que el *webcaster* pueda obtener la licencia estatutaria es que no sea un servicio interactivo. Usualmente, los *webcasters* pueden obtener una licencia estatutaria porque su propósito primordial es proveer audio u otra programación de entretenimiento, mas no para promocionar o vender productos o servicios particulares. Los servicios interactivos, los cuales le permiten al oyente escoger una canción particular o crear un programa personalizado, y los *webcasters*, que no cualifican para obtener una licencia estatutaria, deben obtener licencias a través de los dueños de los derechos de autor de las grabaciones de sonido que desean transmitir.¹⁰⁹

Aparte de expandir el alcance de la licencia estatutaria, el D.M.C.A. revisa los criterios que una entidad debe cumplir para poder ser elegible para la licencia y las consideraciones que se tomarán en cuenta para establecer las tarifas de regalías.

Esta disposición del D.M.C.A. también crea una nueva licencia estatutaria para hacer grabaciones efímeras.¹¹⁰ La sección 402 del D.M.C.A. enmendó la sección 112 del *Copyright Act* para permitir la creación de una sola grabación efímera para facilitar la transmisión digital de grabaciones de sonido que están permitidas bajo la exención de radiodifusión de la D.P.R.A. o por la licencia estatutaria.¹¹¹ Grabaciones efímeras son copias de grabaciones de sonido que un *webcaster* hace para propósitos de programación.¹¹² Un *webcaster* no necesita pagar estas copias por separado si está licenciado para transmitir las y si cumple las siguientes condiciones: (1) sólo el *webcaster* utiliza la copia de la grabación, (2) la copia debe ser destruida dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha en la que primero fue transmitida, a menos que se preserve con el propósito exclusivo de archivarla y, (3) sólo una copia efímera se puede hacer y no se pueden hacer copias de esa copia efímera.¹¹³

Es importante recalcar que las disposiciones del D.M.C.A. requieren que el servicio de transmisión por Internet provea por escrito tanto el nombre del artista, como el de la canción y el disco compacto en el sitio web

¹⁰⁹ Véase Rob Hassett & Suellen Bergman, *Trademark Law and the Internet, Copyright Law and the Internet*, INTERNET LEGAL (Dec. 11, 2012), <http://www.internetlegal.com/trademark-law-and-the-internetcopyright-law-and-the-internet/> (última visita 3 de noviembre de 2011).

¹¹⁰ Véase D.M.C.A., *supra* nota 100, § 405(a)(2).

¹¹¹ Véase THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY, *supra* nota 105.

¹¹² Véase Hassett & Bergman, *supra* nota 109.

¹¹³ 17 U.S.C. § 112(a)(1).

que las transmita, mientras la canción esté tocando.¹¹⁴ Además, impone ciertas restricciones en cuanto al hecho de atar la música que se toca a un contenido comercial en el sitio web y requerir que los sitios web tomen medidas para prevenir la piratería digital.¹¹⁵ Las disposiciones del D.M.C.A. no le permiten obtener una licencia estatutaria a las transmisiones de música que son parte de un servicio interactivo.¹¹⁶ Ejemplos de este tipo de transmisiones son: las descargas, los *podcasts* y las transmisiones en las cuales se puede escoger la lista de reproducción y las obras audiovisuales.

IV. PASOS A SEGUIR PARA LA TRANSMISIÓN LEGAL DE MÚSICA

Para la transmisión legal de música se busca aplicar la protección que provee las secciones 112 y 114 de la Ley de Derechos de Autor, las cuales cubren lo que son las copias efímeras y la ejecución pública de una grabación de sonido.

Primero, es pertinente identificar qué composiciones musicales y grabaciones de sonido serán utilizadas. Luego, se determina cómo las composiciones musicales y las grabaciones de sonido se van a utilizar. Tercero, es necesario dilucidar si las composiciones musicales y grabaciones de sonido están protegidas por derechos de autor. Por último, procede identificar a los dueños de cada composición musical y grabación de sonido.¹¹⁷

Los negocios que están involucrados en el uso de medios digitales utilizan música de varias maneras. Estos requieren algún tipo de licencia para hacer de este uso uno legal. Por lo tanto, el próximo paso a seguir es el identificar qué licencias son necesarias para utilizar la composición musical. Existe una variedad de derechos que son imperativos cuya necesidad dependerá de cómo la música se va a utilizar. Lo que complica esta tarea es el hecho de que distintos derechos se obtienen de diferentes personas o grupos y no es fácil distinguir a dónde acudir para obtener estos derechos.

El *webcasting* no interactivo generalmente se refiere a la transmisión de audio a través del Internet sintonizada por un oyente para escuchar música, pero no seleccionar canciones ni artistas específicos. El elemento de suscripción no afecta las licencias que se requieren para la composición, aunque sí afecta la disponibilidad de licencias cuando se trabaja con grabaciones de sonido. La transmisión de audio a través del Internet involucra los derechos de autor de la composición musical subyacente, por lo

¹¹⁴ D.M.C.A., *supra* nota 100, § 405(a)(2)(c)(ii).

¹¹⁵ D.M.C.A., *supra* nota 100, § 402(a)(2).

¹¹⁶ *Vease* 17 U.S.C. § 114(d)(2)(A)(i).

¹¹⁷ Véase Richard D. Rose, *Connecting the Dots: Navigating the Laws and Licensing Requirements of the Internet Music Revolution*, 42 IDEA 313, 342-53 (2002), <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27734-27744-1-PB.pdf>.

que se requiere una licencia mecánica y una licencia de cada dueño de cada composición para ejecutar la misma.¹¹⁸ El tipo de uso que hace el *webcasting* que no es interactivo no calificaría para la licencia mecánica compulsoria, por lo que cada licencia se tendría que conseguir a través de negociaciones voluntarias con el publicador de la música o su agente licenciador.¹¹⁹ Adicional a lo antes mencionado, una licencia mecánica puede que sea necesaria para las copias permanentes o temporeras hechas en el proceso de transmitir la composición.

Los servicios de música interactivos incluyen aquellos que permiten a un oyente seleccionar canciones específicas y aquellos que crean listas de reproducción personalizadas con canciones específicas. Similar al *webcasting* que no es interactivo, los servicios interactivos solamente permiten a sus oyentes disfrutar de música transmitida a su computadora mientras están conectados al Internet y no crean una copia permanente del archivo de música en el disco duro de su computadora. Los servicios de música interactivos requieren la licencia de ejecución y la licencia mecánica igual que la que requieren los servicios de *webcasting* que no son interactivos.¹²⁰

Los servicios de música interactivos son similares a los que no son interactivos excepto que en los interactivos, los oyentes tienen la habilidad de seleccionar por sí mismos canciones y artistas específicos.¹²¹ Este tipo de servicio no es elegible para la licencia estatutaria bajo el DMCA.¹²² En cambio, los propietarios de un servicio interactivo tienen que negociar una licencia directamente con el dueño del derecho de autor antes de ejecutar digitalmente la grabación de sonido.¹²³

Finalmente, es necesario identificar qué licencias son necesarias para la *grabación de sonido*. Contrario al caso de la composición musical, el permiso requerido para las grabaciones de sonido usualmente se limita a la compañía discográfica que produjo, manufacturó y distribuyó dicha grabación.

Aquellos *webcasters* que proveen servicios bajo suscripción pueden calificar para la licencia estatutaria del D.M.C.A. para la ejecución digital de la grabación de sonido si cumplen con los requisitos expuestos en la sección 405(a)(2).¹²⁴ Aquellos *webcasters* que no cualifiquen deben obtener una licencia voluntaria directamente con la compañía discográfica, al igual que

¹¹⁸ 17 U.S.C. § 114(3)(C).

¹¹⁹ 17 U.S.C. § 114(e)(1)(2).

¹²⁰ Véase Rose, *supra* nota 117, en la pág. 356.

¹²¹ 17 U.S.C. § 114(j)(7).

¹²² 17 U.S.C. § 114(d)(2)(A)(i).

¹²³ Véase Rose, *supra* nota 117, en la pág. 358.

¹²⁴ 17 U.S.C. § 114.

tendrían que adquirir una licencia para la reproducción y distribución de la grabación de sonido. Si no cualifica para la licencia estatutaria, el *webcaster* debería contactar a las uniones del artista para negociar las tarifas que se le adeuden por utilizar la grabación en una suscripción no interactiva.

Al comunicarse con una compañía discográfica o con el dueño del derecho de autor, un *webcaster* debe obtener una licencia de grabación master para hacer copias de la grabación de sonido en el server del *webcaster* para su uso en el servicio interactivo y una licencia de ejecución para la transmisión digital de audio de una grabación de sonido digitalmente transmitida. Cuando un *webcaster* no cualifica para la licencia estatutaria, éste debe contactar y negociar directamente con el artista y las uniones de artistas.¹²⁵ Los términos de las licencias dependerán de la canción que se escoja, la cantidad de veces que se use y el tipo de uso que se le dé. Dado a que los servicios interactivos permiten que sus usuarios seleccionen las canciones que deseen, una licencia para este tipo de servicio es la más difícil de obtener.

V. ANÁLISIS DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR APLICADA A PANDORA, SPOTIFY Y SLACKER RADIO

De acuerdo a lo discutido anteriormente, pasaremos a aplicar las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, según enmendada, y las limitaciones a los servicios que ofrecen estas compañías.

Tal como reseñamos previamente, la transmisión de interpretaciones musicales a través del Internet involucra la grabación de sonido y la obra musical que se encuentra dentro de la grabación. Los derechos de reproducir, ejecutar o interpretar la obra musical que provee la Ley de Derechos de Autor aplican a las obras musicales y a las grabaciones de sonido que se transmiten a través del Internet y es responsabilidad del que transmite la música el obtener el permiso y las licencias necesarias para hacer estas transmisiones.

Pandora, Slacker Radio y Spotify tienen que pagar para adquirir licencias de los compositores de música y de los artistas por las canciones que van a transmitir. Esto se debe a que las canciones se consideran como dos obras sujetas a derechos de autor: la canción subyacente, escrita por el compositor y la grabación de sonido de la canción, interpretada por los artistas.

Pandora y Slacker Radio caen, en parte, dentro de la categoría de *webcasting*, la cual incluye la transmisión de música directamente a un oyente sin hacer una copia permanente de la canción en el disco duro de su computadora. Spotify, en cambio, se consideraría como un servicio de música

¹²⁵ 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).

interactivo. Esto se refiere a cómo un oyente puede escoger escuchar canciones particulares al solicitarlas, o su habilidad de crear una lista de reproducción de música hecha a su medida. Por el razón, Pandora y Slacker Radio cualifican para la licencia estatutaria de *webcasting* para transmitir cualquier grabación de sonido, siempre y cuando cumplan con una serie de regulaciones y paguen las regalías establecidas por un panel federal conocidos como *Copyright Royalty Judges*. Por otro lado, Spotify tiene que obtener las licencias directamente con los tenedores del derecho de autor de la música que éstos transmitan. Los servicios por los cuales se tiene que hacer un pago (servicios de suscripción), y son ofrecidos por estas tres compañías también requieren una licencia compulsoria.¹²⁶

Hoy en día, en vez de contar solamente con anuncios y otros ingresos para el pago de regalías, algunos *webcasters* han decidido compartir sus gastos con su audiencia. Como discutimos al inicio de este escrito, estas compañías continúan ofreciendo un servicio limitado de estaciones gratuitas, a la vez que crean un servicio adicional con más ventajas que el gratuito y que requiere una suscripción y el pago de una tarifa, ya sea mensual o anual, para lograr generar más ganancias.

A. Pandora y Slacker Radio

Un *webcaster* tiene que cumplir con, al menos, doce regulaciones las cuales se encuentran en la sección 114 de la Ley de Derechos de Autor. Entre estos requisitos están el que la transmisión no sea parte de un servicio interactivo, que no se le cambien los canales de programación a los usuarios, que se incluya el título de la canción, el nombre del artista e información relacionada si se provee por el tenedor del derecho, y si es factible tecnológicamente. Además, no se puede exceder el *sound recording performance complement*, lo que significa que no se toquen más de tres canciones corridas del mismo artista o más de cuatro de sus canciones dentro de un período de tres horas o dos canciones corridas del mismo disco. No se le puede avisar al usuario qué canciones serán las siguientes, no se le puede dejar creer al usuario que hay alguna afiliación, auspicio u otra relación de negocios entre la compañía que ofrece el servicio y el artista o tenedor del derecho. Tampoco se puede asistir ni exhortar a los oyentes a copiar las transmisiones y se deben tomar medidas para evitar tales copias. Las canciones que se transmiten tienen que haber sido propiamente adquiridas, no se puede interferir con el manejo de derechos digitales y se

¹²⁶ Véase 17 U.S.C. §§ 112, 114.

tiene que identificar la canción y el artista, pero no hasta que la canción comience a tocar.¹²⁷

Estos servicios operan bajo una licencia estatutaria creada por el Congreso, la cual les provee acceso a toda la música legalmente grabada a cambio de un pago de regalías establecido por el *Copyright Royalty Board*. Se le delegó la imposición de tarifas al *Copyright Royalty Board* debido a que el Congreso no impuso la tarifa de regalías para las transmisiones de audio digitales, a diferencia de otras licencias estatutarias. Se supone que los jueces que componen el *Copyright Royalty Board* hagan un balance entre la necesidad de compensación justa para los artistas con las necesidades de los webcasters de generar ganancias, y el deseo de los consumidores de un *webcasting* de alta calidad.

Bajo esta licencia estatutaria o licencia compulsoria, el titular de un derecho de autor no puede negarle acceso a las compañías que operan bajo dicha licencia, siempre y cuando esas compañías cumplan con los términos de la licencia y paguen la regalía establecida.

B. Spotify

En el caso de Spotify se pueden identificar algunas infracciones a los derechos de autor. Spotify ejecuta o interpreta públicamente canciones que provienen de un solo *single master*.¹²⁸ Contribuye a la infracción de los derechos de autor por parte de sus suscriptores Premium al proveerles los medios para descargar y copiar archivos de música. Además, no se acerca a lo que es un *webcaster* porque sus suscriptores pueden seleccionar las canciones que desean escuchar.

Como dispone la sección 114 (d)(3)(C) de la Ley de Derechos de Autor, un servicio interactivo no puede ejecutar públicamente una grabación de sonido a menos que se le haya concedido una licencia para la ejecución pública de cualquier obra musical con derechos de autor contenida en la grabación de sonido.¹²⁹ Dicha licencia debe ser otorgada por una sociedad de ejecución de derechos (*performing rights society*) en representación del dueño del derecho de autor, o por el mismo dueño de este.

Sin embargo, Spotify obtuvo cuatro tipos distintos de derechos de tres tenedores de derechos para poder transmitir música en Estados Unidos y

¹²⁷ Véase Rick Sanders, *You Are on Pandora, Ladies and Gentlemen: Part 10 of our Online Music Services Series*, AARON SANDERS LAW (Sept. 8, 2011), <http://www.aaronsanderslaw.com/blog/you-are-on-pandora-ladies-and-gentlemen-part-10-of-our-online-music-services-series>.

¹²⁸ Véase *Music Licensing*, disponible en <http://www.artsandbusinessphila.org/pvla/documents/MusicLicensing.pdf> (para definición de lo que es un *single master*, mejor conocido como *master recording licence*).

¹²⁹ 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).

Puerto Rico: obtuvo los derechos de ejecución pública para las grabaciones de sonido con las compañías discográficas, los derechos de ejecución pública para las canciones subyacentes con A.S.C.A.P., B.M.I. y otras organizaciones de derechos de ejecución y obtuvo los derechos mecánicos de las grabaciones de sonido y canciones subyacentes del Harry Fox Agency.

VI. CONCLUSIÓN

Pandora, Spotify y Slacker Radio representan lo que hoy día es la norma, pero que tomó mucho tiempo para crearse y regularse. Durante la evolución de la tecnología han surgido numerosos problemas en la regulación de los dispositivos que reproducen la música y los derechos de autor que estos podrían violentar, al igual que con las compañías que crean o transmiten música, como parte de sus servicios.

Hasta el momento, hemos visto como, poco a poco, se han ido ajustando las cosas para acomodar ambos lados envueltos, con gran énfasis de proteger a los dueños de los derechos de autor. Ahora lo que resta es ver qué otras cosas surgirán con el pasar del tiempo y cómo la Ley de Derechos de Autor continuará evolucionando mientras pasen los años y surjan nuevas formas de distribuir o transmitir música.