

Video por Internet no es radiodifusión. Análisis comparativo del marco legal de transmisión de contenidos por Internet

Andrés Guadamuz González*

Publicado en Mundo Mediatelecom, <http://is.gd/bv7cG1>

Introducción

El fenómeno de transmisión de contenidos por Internet es una tendencia tecnológica que se encuentra en fuerte crecida a nivel mundial, principalmente en países con altas estadísticas de conectividad. Nos encontramos en medio de una revolución en la forma de consumir productos creativos: desde el éxito de servicios como YouTube, pasando por el crecimiento en popularidad de la transmisión de música por medio de servicios como Last.fm y Spotify, hasta la mayor disponibilidad de servicios de alquiler de video en línea como Netflix.

De cualquier forma que se lean las estadísticas, este crecimiento alcanza figuras impresionantes en países de diverso avance económico. A continuación se otorga una pequeña lista de datos que dan una idea de la magnitud del cambio tecnológico:

- YouTube fue fundado en el año 2005, y tan solo tres años después tenía 78 millones de videos a disposición, con 200.000 nuevos videos subidos cada día.¹ Para el año 2011, los usuarios del sitio suben cada minuto 48 horas de video, lo que se traduce en cerca de 8 años de contenidos cargados todos los días.²
- Para el año 2008, 184 millones de usuarios de Internet en EE.UU habían visto 42.6 mil millones de videos en línea, con un promedio de 21,1 horas por espectador por mes.³ Para comparar, el estadounidense promedio ve 153 horas de televisión al mes.⁴ Estas figuras siguen en crecimiento, principalmente entre gente joven. En agosto de 2011, los usuarios de Internet de entre 18 a 34 años representan casi el 40 por ciento del tiempo total de vistas de video por Internet.⁵
- La transmisión directa de música a teléfonos móviles fue un mercado que dejó a nivel mundial un total de \$562 USD millones en el año 2010.⁶

* Director Asociado del Centro de Estudios SCRIPT de la Universidad de Edimburgo (Reino Unido), consultor de la OMPI y vicepresidente de Innova Technology S.A. (Costa Rica).

¹ Digital Ethnography, *YouTube Statistics*, (2008), http://ksudigg.wetpaint.com/page/YouTube+Statistics?t=anon_

² Ver: http://www.youtube.com/t/press_statistics.

³ Perez, Sara, "U.S. Online Video Watching Reaches Record High In October, With 42.6 Billion Videos Viewed", *TechCrunch* (2011), <http://techcrunch.com/2011/11/28/u-s-online-video-watching-reaches-record-high-in-october-with-42-6-billion-videos-viewed/>.

⁴ "Americans Watching More TV Than Ever; Web and Mobile Video Up too", *Nielsen Wire* (2009), http://blog.nielsen.com/nielsenwire/online_mobile/americans-watching-more-tv-than-ever/.

⁵ "Time Spent Streaming Outpacing Number of Streamers", *Nielsen Wire* (2011), http://blog.nielsen.com/nielsenwire/online_mobile/time-spent-streaming-outpacing-number-of-streamers/.

⁶ *Worldwide Mobile Music Revenues, by Type*, 2010, (2011), <http://grabstats.com/statmain.asp?StatID=104>.

- El servicio de transmisión de música en línea Spotify anunció que alcanzó 10 millones de usuarios en los EE.UU. en octubre de 2011, de los cuales 2.5 millones son suscriptores por cuota.⁷
- El servicio de música Last.fm había acumulado 30 millones de usuarios hasta el año 2009.⁸
- El sitio de alquiler de video en línea Netflix usa el 20% del bando de ancho de banda en EE.UU. durante horas pico.⁹ Este mismo sitio anunció en abril del 2011 que había alcanzado casi los 24 millones de usuarios en ese país.¹⁰
- Video bajo demanda es un gran éxito en Brasil, en donde la compañía DirectTV ha experimentado un crecimiento del 29% en suscriptores a este servicio en el 2011.¹¹
- Como ejemplo, en Brasil Netflix anunció que en su primer mes de servicio en Brasil han servido 1 millón de horas de transmisión.
- La entrada de Netflix en Argentina ha venido a complementar un vibrante mercado de video bajo demanda en ese país con gigantes de la telecomunicación tales como Telefónica y Telecom involucrados en el negocio.¹²
- iPlayer, el servicio de transmisión diferida en línea de la British Broadcasting Corporation (BBC) en el Reino Unido, obtuvo 153 millones de solicitudes envió tan solo en el mes de julio del 2011 para un promedio de 4.2 millones de transacciones por día.¹³

La importancia de este sector ha hecho muy relevante la protección legal que se le da a toda transmisión de contenidos por Internet, sean estas a tiempo real o diferido. Como se verá en más detalle en las siguientes páginas, el marco internacional se ha quedado rezagado por la tecnología, y realmente no existe un sistema armonizado de protección de difusiones en línea. Esta laguna legal ha llevado a la creación de prácticas disímiles entre diversas jurisdicciones.

El presente reporte tiene por consecuencia la finalidad de describir y analizar el marco legal existente a nivel internacional, además de enumerar los sistemas de algunos países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que han tenido mayor crecimiento en este campo. El objetivo principal es el tratar de ofrecer un vistazo de las mejores prácticas gubernamentales en el campo de la transmisión en línea para informar a entes reguladores de países que no han implementado políticas en estos temas, o que se encuentran en proceso de hacerlo. Para alcanzar este objetivo, el presente estudio va a analizar las políticas tanto en el tema de derechos de autor, así como en asuntos que suelen ser específicos del derecho de las telecomunicaciones. El marco internacional se encuentra mucho más desarrollado en el ámbito de los derechos de autor, por lo que se le dará énfasis a la legislación y tratados que regulan este tema, sin dejar por fuera los aspectos de regulación de medios.

⁷ Spotify, *Spotify reaches 2.5 million paying subscribers*, (2011), <http://spoti.fi/vgn506>.

⁸ Last.fm, "Last.fm Radio Announcement", *Last.HQ Blog*, (2009), <http://blog.last.fm/2009/03/24/lastfm-radio-announcement>.

⁹ Manjoo, Farad, "Will Netflix Destroy the Internet?" *Slate* (2011), <http://slate.me/vdCD1X>.

¹⁰ Schonfeld, Manfred, "Netflix Q1 Earnings Up 88%, Adds 3.M Subscribers", *Seeking Alpha* (2011), <http://bit.ly/dE90t1>.

¹¹ Krause, Reinhardt, "DirecTV Looks To Brazil For Big Gains; Rivals Loom", *Investors.com* (2011), <http://bit.ly/rr9FTY>.

¹² Marin-Sorribes, Natalia, "Argentine Telcos Battle Netflix with VoD Offers", *Pyramid Research* (2011), <http://www.pyramidresearch.com/points/print/111017.htm>.

¹³ BBC, *BBC iPlayer Monthly Performance Pack: July 2011*, (2011), http://www.bbc.co.uk/blogs/bbcinternet/2011/08/18/BBC_iPlayer_performance_monthly_1107_FINAL.pdf.

Es importante dejar claro que el presente reporte se concentrará específicamente en los contenidos de imágenes y videos, pero que mucho de lo que se trata aplica también a sonidos y grabaciones.

Definiciones

Es importante dejar en claro los diferentes términos, ya que el tema de difusión por Internet se encuentra lleno de anglicismos y neologismos.

- **Radiodifusión o emisión.** En el contexto del presente análisis, se entiende por radiodifusión a cualquier sistema de envío de imágenes de video y/o video por medio de medio alámbricos o inalámbricos, excluyendo el Internet. En el contexto legal, la radiodifusión o emisión se refieren por lo general a la transmisión por medios tradicionales de sonidos y/o de imágenes. El artículo 3(f) de la Convención de Roma define la emisión como “*la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público*”.¹⁴ Algunas legislaciones de derechos de autor han modificado y ampliado ésta definición para incluir transmisiones y difusiones realizadas por medios electrónicos, y no tan solo inalámbricos. Por ejemplo, la sección 6 del Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) del Reino Unido ha sido modificado para indicar que una emisión es “una transmisión electrónica de imágenes visuales, sonidos u otra información”.¹⁵
- **Descargas.** Se entiende por descarga cualquier tipo de transmisión de multimedios por Internet en la que se deja una copia permanente del contenido en la computadora receptora.
- **Transmisión por cable.** Algunas jurisdicciones diferencian la radiodifusión de las transmisiones por cable, precisamente por el hecho mencionado de que estas no eran inalámbricas y por lo tanto no se consideraban sujetas a lo dispuesto por el Convenio de Roma. Por ejemplo, la sección 7 del Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) del Reino Unido contenía una definición específica al respecto, pero fue derogada por los reglamentos de derechos de autor en el 2003.¹⁶ En la actualidad la distinción ya casi no tiene relevancia jurídica.
- **Streaming (transmisión por Internet).** El término streaming se ha hecho sinónimo con la emisión o distribución de video o imágenes por Internet, ya sea de forma síncrona o asíncrona. Aunque en algunos lugares se le diferencia del término webcasting, estos dos conceptos se usan por lo general de manera intercambiable, por lo que seguiremos esa práctica en este reporte. Según Matt Jackson, para que exista un acto de streaming se deben dar dos características: primero, que el contenido sea reproducido al mismo tiempo que se baja por Internet; y segundo, que no quede una copia permanente al finalizar la reproducción en la computadora en la que se realiza la misma.¹⁷ Esto diferencia el streaming de las descargas de archivos permanentes, ya sea legales o ilegales.
- **Simulcasting.** Se entiende por simulcasting como una radiodifusión o emisión tradicional que es transmitida por Internet al mismo momento que la original.
- **Video bajo demanda.** Denominado VoD por sus siglas en inglés, este es un método de difusión de contenidos en línea análogo a un alquiler de video tradicional, en el que un proveedor otorga

¹⁴ Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, 1961.

¹⁵ Modificada por el reglamento *Copyright and Related Rights Regulations 2003*, SI 2003/2498.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Jackson, Matt, “From Broadcast to Webcast: Copyright Law and Streaming Media”, 11:3 *Texas Intellectual Property Law Journal* 447 (2002).

a un usuario acceso a archivos digitales transitorios, generalmente protegidos por algún sistema de gestión digital de derechos.

- **Televisión digital.** Una de las más recientes modalidades de emisión de video es la de la televisión digital, emitida por Internet por medio del IPTV (Internet Protocol Television), una plataforma de que posibilita al usuario interactuar con la programación.

Neutralidad de redes

Antes de describir el marco internacional, vamos a tratar brevemente el tema de neutralidad de redes. Aunque este es un tema mucho más amplio que el de la regulación de difusiones por Internet (y requiere de por sí su propio análisis), eventualmente podría resultar relevante, ya que trata principalmente sobre velocidades de banda ancha y calidad de servicio.

La neutralidad de redes es un principio general para la regulación del Internet que estipula que todo contenido en línea debe recibir la misma velocidad de transmisión.¹⁸ El principio nació ante la preocupación de activistas e ingenieros expertos en la Red ante la eventualidad de que proveedores de banda ancha en Estados Unidos abusaran del poder casi monopólico que tienen en la denominada “última milla” de conexión de un usuario con el distribuidor de Internet. La infraestructura de los Estados Unidos es tal que en vastas zonas, principalmente rurales, no existe competencia para los usuarios, así que una compañía podría tratar de darle prioridad a contenidos que provienen de empresas vinculadas, en detrimento del contenido de competidores.¹⁹

Históricamente, el problema de la neutralidad en la red ha sido casi exclusivamente tratado por reguladores estadounidenses. Aunque ha habido una propuesta legislativa que intentaba establecer reglas de neutralidad de redes,²⁰ el proyecto de ley no pasó el paso por comisiones del Congreso de EE.UU. La Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) ha estado analizando fuertemente el tema intentando establecer reglas y prácticas vinculantes para la industria de las telecomunicaciones.²¹ En diciembre del 2010, la FCC aprobó una iniciativa de reglas que instauran un marco inicial de neutralidad de redes llamado las reglas del Internet Abierto (Open Internet).²² Aunque este es un marco que carece fuerza de legislación, si es una iniciativa que puede tener poder, principalmente a la hora de tomar decisiones. Las reglas son:

- *Transparencia.* Los proveedores de banda ancha deben revelar información sobre sus prácticas de gestión de red.
- *No bloqueo.* Los proveedores de banda ancha fija no pueden bloquear los contenidos legales, las aplicaciones, servicios o dispositivos que no sean dañinos.
- *No a la discriminación irracional.* Los proveedores de banda ancha fija no pueden discriminar injustificadamente en la transmisión de tráfico de red legítimo sobre el servicio de un consumidor de acceso de banda ancha a Internet.

¹⁸ Cerf, Vinton, "The Open Network. What it is, and why it matters". 59:2 *Telecommunications Journal of Australia* (2009).

¹⁹ Wu, Tim, "The Broadband Debate: A User's Guide", 69:3 *Journal of Telecommunications and High Technology Law* (2004).

²⁰ Proyecto de ley H.R.5353 - Internet Freedom Preservation Act of 2008.

²¹ Marsden CT, *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution*, London: Bloomsbury Academic (2009), p.54.

²² <http://www.fcc.gov/topic/open-internet#rules>.

El problema ha sido que se manejan intereses comerciales muy fuertes por parte de los que proponen un sistema de neutralidad de redes enmarcado en las leyes, y los que se oponen. La realidad es que los Estados Unidos tienen una situación casi única en donde la falta de opciones encarece la conexión de banda ancha para el usuario promedio, y en donde los dos actores principales se encuentran manejando la opción de darle prioridad de tráfico a servicios afines, y filtrar el tráfico de los competidores. Es por esta razón que el tema de neutralidad de redes es de tanta importancia en el país del norte.

A pesar de ser un asunto que se inició casi exclusivamente en los Estados Unidos, reguladores alrededor del mundo han empezado a analizar el tema. En la Unión Europea, Neelie Kroes, la Comisionada Europea de la Agenda Digital, se ha negado hasta ahora a imponer la neutralidad de redes en forma de una directiva. La política en la UE por ahora es el respetar y promover el principio de neutralidad de la red, pero a la vez permitir que los proveedores de servicio de Internet (ISP por sus siglas en inglés) impongan tarifas adicionales, siempre y cuando se comunique esto de manera clara al usuario. Para los reguladores europeos, lo importante no es la neutralidad sino la transparencia.²³

Sólo dos países han pasado legislación sobre neutralidad de redes, Holanda²⁴ y Chile,²⁵ mientras que Colombia se encuentra en un proceso de consulta acerca del tema.²⁶ La Ley Chilena número 20.453 consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet, y en su artículo único que se obliga a los proveedores de Red a "*no bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir arbitrariamente el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal*". Aunque ésta ley ya lleva un año de promulgada, hasta hace poco se dio la primera resolución referente a la misma, sin embargo la disputa no trataba sobre neutralidad de red propiamente.²⁷

La relevancia para las transmisiones por Internet es evidente. En países que no tienen ningún tipo de legislación al respecto, sería posible para un proveedor de Internet el darle prioridad a sus propios contenidos, por ejemplo, si tienen un servicio de video bajo demanda. Por otro lado, la realidad comercial para los proveedores de servicios en línea es que el volumen de tráfico en la Red ha surgido significativamente en los últimos años, fenómeno que va a continuar con el creciente uso del Internet móvil y con la masificación de uso de redes en dispositivos cotidianos, el llamado "Internet of things". Servicios como Skype, transmisión de vídeo y música por streaming, juegos en línea, Bittorrent, y otros, acarrear muchos gastos para los intermediarios, pero estos costos no se reflejan necesariamente en el precio que paga el usuario promedio al proveedor.

Marco existente

Como se ha mencionado ya de manera rápida, el marco internacional existente no protege las emisiones por Internet de forma específica, ya que los tratados internacionales del tema no se encuentran redactados con tecnologías de punta en mente.

²³ Mac Sithigh, Daithi, "Regulating the Medium: Reactions to Network Neutrality in the European Union and Canada", 14:8 *Journal of Internet Law* 3 (2011).

²⁴ "Netherlands makes net neutrality a law", *BBC News* (2011), <http://www.bbc.co.uk/news/technology-13886440>.

²⁵ <http://bit.ly/9mewWr>.

²⁶ Ver: <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=42823>.

²⁷ Huerta, Pepe, "SUBTEL falla a favor del consumidor en primer caso de reclamo por ley de neutralidad en la red", ONG Meta (2012), <http://bit.ly/whQQbb>.

La Convención de Roma de 1961 se originó precisamente como una respuesta a cambios tecnológicos, ya que la protección de derechos de autor contenidos en el Convenio de Berna²⁸ no cubría a alcanzar a las radiodifusiones.²⁹ Como tal, la Convención fue redactada para describir la tecnología del momento en la que fue redactada, incluyendo a las radiodifusiones, las cuales define en el artículo 3(f) como difusión inalámbrica de imágenes y sonidos, como ya se ha acotado. La Convención les otorga a los autores de las obras el derecho exclusivo de reproducción. Además, con respecto a la radiodifusión, establece los siguientes derechos en el artículo 11bis:

“1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

(i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

(ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

(iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”

Como se puede ver, aunque la Convención prevé alguna protección a comunicaciones por cable, la mayoría de las normas se hacen con respecto a las comunicaciones inalámbricas. Esto acarrea dudas cuando los avances tecnológicos hacen necesarias interpretaciones diferentes.

Tan solo se requirió un poco más de una década después de pasada la Convención de Roma para que se diera un nuevo tratado, el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite de 1974,³⁰ el cual vino simplemente a establecer nuevos derechos para transmisiones y emisiones satelitales. Este derecho no se remite tan solo a extender radiodifusiones al público en general, pero existe tan solo para proteger señales específicamente enviadas a un satélite para su retransmisión, protegiendo a los emisores de terceros interceptando estas señales exclusivas y retransmitiendo las mismas sin su consentimiento.

Aunque existen normas relevantes con respecto a la protección internacional en general en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) 1994 y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT por sus siglas en inglés) 1996, el tratado que viene a ampliar el marco internacional de protección de emisiones es el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT por sus siglas en inglés) de 1996.

Mientras que en la Convención de Roma, el principal derecho exclusivo por cincuenta años que se les daba a los autores era el derecho exclusivo a la retransmisión, como ya se ha mencionado, el WPPT les otorga a los autores una nueva gama de derechos. Estos incluyen la reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición del público de sus interpretaciones. Más relevante al caso, según el artículo 15:

“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.”

²⁸ Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886.

²⁹ Françon, André, “Should the Rome Convention on neighbouring rights be revised?” 25:4 *Copyright Bulletin* 21 (1991), p.24.

³⁰ http://www.wipo.int/treaties/es/ip/brussels/trtdocs_wo025.html.

El WPPT viene a ampliar de gran forma los derechos existentes para autores y productores con respecto a la emisión y radiodifusión de sus obras. Sin embargo, estos derechos cubren principalmente a obras musicales fijadas como fonogramas, y las imágenes de video siguen protegidas principalmente por la Convención de Roma. En otras palabras, el sistema internacional se ha preocupado más por proteger la música que el cine y la televisión.

El Tratado de Radiodifusión de la OMPI

Es claro que de lo descrito con anterioridad, el estado del marco legal internacional se ha quedado atrás con respecto a los cambios tecnológicos de los últimos años, principalmente con respecto al creciente fenómeno de envío de imágenes por Internet por medio de streaming, simulcasting y muchos de los otros métodos descritos con anterioridad.

Muchas veces se ha citado el sonado caso de la compañía canadiense iCraveTV para demostrar la laguna legal internacional sobre este tema. En 1999 un empresario canadiense decidió retransmitir por Internet 17 canales estadounidenses aduciendo que las leyes locales le permitían hacer una retransmisión de señales inalámbricas por cable sin tener que pagar, y ya que estos canales eran recibidos en la frontera canadiense, estaban exentos del pago de regalías.³¹ Las televisoras afectadas demandaron a iCraveTV, y aunque no hubo resolución judicial, el sitio dejó de existir.

Ante este problema y otros similares, el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) inició en 2003 el proceso de redactar y negociar un nuevo tratado, el propuesto Tratado de la OMPI para la Protección de los Organismos de Radiodifusión (el Tratado de Radiodifusión).³² El preámbulo del texto de la propuesta es claro en este sentido al decir que el tratado responde a *“la poderosa influencia del desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación, que ofrecen posibilidades y oportunidades cada vez mayores para la utilización no autorizada de emisiones, en el plano nacional e internacional”*.

El proyecto del Tratado de Radiodifusión no se conformaba con realizar una mera actualización de los derechos existentes similar a lo que se dio con el Convenio de Bruselas de 1974, sino que aumentaba bastante el nivel de protección internacional de emisiones, tanto en lo que respecta a la materia protegida, así como al alcance de los derechos concedidos. El Proyecto establecía una protección para los organismos de radiodifusión inalámbrica, así como para la difusión por cable, la concesión de los derechos con respecto a la fijación de la retransmisión, fijación, reproducción, transmisión posterior, puesta a disposición del público y protección de las señales anteriores a la radiodifusión. Uno de los puntos que más llamó la atención acerca del tratado es que el sujeto de los derechos pasaba de ser el autor, como era el caso en el Convenio de Roma y en el WPPT, para llegar a ser el ente difusor. En otras palabras, por el simple hecho de adquirir una licencia para difundir contenido, el ente que lo realizara tendría derechos propios independientes del derecho que le dio origen.

Todos estos nuevos derechos no tenían contrapeso equivalente con un sistema de permisos y excepciones. En una crítica muy autoritativa y erudita, la Dra. Patricia Akester comentó los alcances tan amplios que conllevaba el Proyecto en un reporte acerca del tratado para la UNESCO. En su opinión, el

³¹ Anderson, Nate, “Understanding the WIPO Broadcasting Treaty”, *Ars Technica* (2006), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2006/10/wipo.ars>.

³² El último texto de la propuesta se encuentra aquí: OMPI, Proyecto de Propuesta Básica de Tratado de la OMPI para la Protección de los Organismos de Radiodifusión al que se Adjunta un Apéndice Facultativo sobre la Protección Relativa a la Difusión por Internet, SCCR/14/2, <http://bit.ly/vbFfpX>.

Tratado de Radiodifusión podía afectar varios derechos fundamentales, como el derecho a la libre expresión, principalmente por la falta de balance entre los derechos otorgados y las excepciones. En su opinión:

“Tal y como está, este Tratado podría mermar algunas excepciones consagradas en las leyes de derechos de autor de muchos países. Se recomienda que el proyecto de tratado establezca una lista de excepciones y limitaciones que no discrepen con la ley de derechos de autor ni con la protección de la señal existentes. Las restricciones para ciertos propósitos pueden ser creadas de conformidad con las que son actualmente reconocidas en el artículo 15 de la Convención de Roma: uso privado, información sobre acontecimientos corrientes, las grabaciones efímeras y el uso para la enseñanza y la investigación científica.”³³

Aunque la expansión de derechos a los entes de radiodifusión ya de por sí podía ser controversial, uno de los aspectos que realmente crearon enojo en ciertos sectores fue el hecho que el Proyecto contenía un apéndice facultativo que regulaba la difusión por Internet. Aunque este no era una parte integral del texto, y por ende no era de adopción obligatoria para los estados miembro, si se consideraba que podría ser problemático para los intereses de los usuarios de la Red.

El Apéndice no contenía muchas disposiciones sustantivas, su alcance principal era el ampliar las disposiciones contenidas en el Tratado de Radiodifusión a las difusiones por Internet, las que define en el artículo 2(a) como *“la transmisión por medios alámbricos o inalámbricos a través de redes informáticas y para su recepción por el público, de sonidos o de imágenes, o de imágenes y sonidos, o de las representaciones de éstos, mediante una señal portadora de programas que sea accesible a los miembros del público en forma prácticamente simultánea.”* En algún momento, los Estados Unidos sugirieron incluir una definición de transmisión por Internet que, de haberse incluido, habría transformado el Internet prácticamente en una emisión televisiva para efectos legales.

El resultado de el tratado significaría que de un golpe todo un sector que se había desarrollado prácticamente sin regulación caería en el marco de radiodifusiones, pero no solo en un marco regido por las relativamente benignas disposiciones del Convenio de Roma y del WPPT, sino con un sistema ampliado que otorga derechos exclusivos a los autores que incluyen la renta y la puesta a disposición al público.

La respuesta de activistas en Internet no se hizo esperar. La organización no-gubernamental estadounidense Electronic Frontiers Foundation (EFF) criticó esta expansión de derechos de la siguiente manera:

“[A]lgunos países de la OMPI han apoyado la ampliación del tratado de cubrir la red. Esto significa que cualquier persona que transmite cualquier combinación de “sonido e imágenes” a través de un servidor web tiene derecho a entrometerse en lo que usted hace con la transmisión por Internet simplemente porque sirven como intermediario entre usted y el creador. Si el material ya está protegido por los derechos de autor, usted se vería obligado para obtener los derechos con varios conjuntos de licencias. Esto no sólo daña la innovación y pone en peligro el acceso de los ciudadanos a la información, podría modificar la naturaleza de Internet como un medio de comunicación.”³⁴

³³ Akester, Patricia, “The Draft WIPO Broadcasting Treaty and its Impact on Freedom of Expression”, *Copyright Bulletin* (2006).

³⁴ Electronic Frontiers Foundation, *Broadcasting Treaty*, (2006), https://www.eff.org/issues/wipo_broadcast_treaty.

Muchos comentaristas se unieron a estas críticas. El profesor James Boyle declaró que el tratado era inconstitucional en los Estados Unidos,³⁵ mientras que el conocido escritor Cory Doctorow opinó que la propuesta de extender los derechos de radiodifusión al Internet “podría poner fuera de negocio a YouTube, Google Video y otros servicios innovadores de podcast, mediante la prohibición o restricción de la forma en que estas empresas re-usan de materiales de los demás”.³⁶

Las reacciones negativas no solo de activistas, sino también de varias compañías de información y telecomunicación, conllevaron a un inusitado resultado. Durante la decimocuarta sesión del SCCR llevada a cabo en setiembre del 2006, el presidente del Comité dio por finalizada las negociaciones y declaró que existía consenso entre las partes, sometiendo así la propuesta de texto a la Asamblea General. De acuerdo con las reglas procesales de la OMPI, la Asamblea es la única que puede crear una conferencia diplomática que puede dar a luz un nuevo tratado, pero la Asamblea General de junio del 2007 devolvió el texto al SCCR aduciendo correctamente que no existía consenso. Este paso fue un verdadero escándalo en la OMPI, y el SCCR no tuvo otra opción que congelar el tratado.³⁷

Sin embargo, el Tratado ha sido resucitado en la última sesión del SCCR realizada a finales de noviembre del 2011. México y Sudáfrica presentaron una nueva propuesta para un tratado de radiodifusión.³⁸ Este es un texto mucho más medido que su predecesor, y al parecer los proponentes han aprendido bastante. Para empezar, el término de duración de los derechos se ha reducido de cincuenta a veinte años. Asimismo, los derechos exclusivos de los radiodifusores se han reducido a autorizar a terceros la transmisión, interpretación o ejecución al público y la utilización de señales anteriores a radiodifusión. Pero tal vez lo más importante es que el nuevo texto no contiene ninguna disposición con respecto a la difusión por Internet. Es probable que la OMPI haya aprendido la lección.

Marco legal en algunas jurisdicciones

Unión Europea

Ante los problemas descritos con el establecimiento de un marco legal internacional para la protección de transmisiones en general, y en particular las emisiones por Internet, la Unión Europea ha sido proactiva en el tratar de armonizar algunos aspectos de la regulación de este tema, principalmente desde el punto de vista de la protección de los derechos de autor.

Al igual que todos los demás instrumentos internacionales en materia de derechos de emisión, las del Consejo de Europa han tenido un éxito limitado. Adoptado en junio de 1960, el Acuerdo Europeo para la Protección de las Emisiones de Televisión (EAT por sus siglas en inglés) fue de hecho el primer instrumento internacional que prevé protección de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión. A diferencia de la Convención de Roma, el EAT se ocupa exclusivamente de la protección de los organismos de radiodifusión. En muchos aspectos, este acuerdo es más moderno que la Convención de Roma. Por ejemplo, se concede el derecho de las emisoras adicionales para autorizar o prohibir la difusión de la radiodifusión por cable. Sin embargo, por razones de carácter técnico, que

³⁵ Boyle, James, “Constitutional circumvention”, *Financial Times* (2006), <http://www.ft.com/cms/s/2/fa07af4a-fadc-11da-b4d0-0000779e2340.html#axzz1fo30oIEG>.

³⁶ Doctorow, Cory, “America to US gov't: kill the Broadcast Treaty!” *Boing Boing* (2006), <http://www.boingboing.net/2006/09/05/america-to-us-govt-k.html>.

³⁷ “WIPO broadcast treaty defeated by web activists”, *OUT-Law.com* (2007), <http://www.out-law.com/page-8183>.

³⁸ Proyecto de tratado sobre la protección de los organismos de radiodifusión, SCCR/23/6, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_23/sccr_23_6.pdf.

ahora tiene un número limitado de ratificaciones, algunas de las cuales han estado acompañados de importantes reservas, que se refieren exactamente a las disposiciones que van más allá de la Convención de Roma.³⁹

Como se ha mencionado varias veces, la Convención de Roma cubre principalmente transmisiones inalámbricas, por lo que la Unión Europea aprobó en 1993 la Directiva 93/83/CEE,⁴⁰ que llega simplemente a regular las transmisiones por satélite y por cable. La Directiva crea un derecho de retransmisión para los países miembros y asegura que los dueños de programas tendrán protección adecuada si sus obras son retransmitidas en territorios de la UE.

No es hasta el año 2001 que la UE comienza a tratar los temas de Internet con más profundidad con la Directiva de la Sociedad de la Información 2001/29/CE.⁴¹ Ya que esta Directiva viene a implementar varias normas del WCT y del WPPT, no debe extrañar que uno de los resultados sea el continuar con la línea del WPPT de establecer un derecho exclusivo a la retransmisión. De acuerdo al artículo 2:

“Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: [...]

e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.”

La parte interesante de este artículo es que es amplio y estricto a la vez. Aunque pareciera en un principio que está siendo abierto al proteger fijaciones de emisiones independientemente del método por el que se transmita, pareciera ser extraño que se haga un listado de servicios que se incluyen en el mismo, tal como es la mención de los servicios de cable o satélite. Similarmente, la falta de mención específica del Internet es de notar en una Directiva que trata específicamente de temas de la sociedad de la información.

El patrón del artículo 2 se repite con los artículos 3 y 4. El artículo 3 establece *“en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”* El artículo 4 asimismo establece *“el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio.”*

Aunque no trata exclusivamente del Internet, la Directiva de la Sociedad de la Información aparentemente crea un sistema de protección de radiodifusión y emisión que es más robusto que el existente en los tratados de la OMPI. Esto se puede comprobar al analizar la jurisprudencia europea que aplica estos derechos. Uno de los casos más sonados no tiene nada que ver con el Internet, pero nos da una buena idea del alcance de muchos de los conceptos legales contenidos en la Directiva 2001/29/CE, y

³⁹ Gibault, Lucy, *The Legal Protection of Broadcast Signals*. Reporte para el Observatorio Europeo del Sector Audiovisual IRIS Plus (2004).

⁴⁰ Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a la radiodifusión vía satélite y distribución por cable, (DO L 248, 06.10.1993).

⁴¹ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, (DO L 167 22.06.2001).

es el caso de la *SGAE contra Rafael Hoteles*.⁴² En este caso, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) concluyó que la reproducción de música y el mostrar programas de televisión en habitaciones de hotel constituye una comunicación al público, y por lo tanto es un acto que requiere la adquisición de una licencia y el pago de regalías a agencias recolectoras. El caso fue iniciado por la SGAE, la agencia de gestión colectiva de derechos española, que demandó a la cadena hotelera Rafael Hoteles argumentando que los aparatos de televisión y música ambiental en las habitaciones del hotel eran una comunicación al público, y por lo tanto se constituían en un acto restringido por derechos de autor. De acuerdo con la ley española y la Directiva de la Sociedad de la Información, no hay ninguna comunicación al público si el espectáculo se muestra en un ámbito estrictamente doméstico. En primera instancia, el Tribunal Supremo español dictaminó que las habitaciones del hotel eran un entorno doméstico, y el Tribunal Supremo de Justicia estuvo de acuerdo con esa interpretación al considerar que el mero hecho de instalar un aparato de TV en un cuarto no constituye una comunicación al público. Sin embargo, el TJE concluyó que si la señal es recibida de forma centralizada y luego se transmite a las habitaciones del hotel, se trataría de una comunicación al público.

Esto es relevante para el asunto de transmisiones por medio de Internet ya que nos da una clave acerca de la importancia que tiene el identificar el tipo de servicios con los que nos encontramos. Leyendo tanto las Directivas mencionadas, así como la resolución del caso de Rafael Hoteles, podríamos concluir que servicios de streaming en general no caerían dentro de los derechos exclusivos de los autores si no reproducen o retransmiten obras. Sin embargo, algunos servicios como televisión digital, y simulcasting definitivamente podrían caer dentro de las definiciones, ya que el subir y transmitir contenidos en línea es poner una obra a disposición del público.

Además del marco específico en derechos de autor, la Unión Europea ha implementado recientemente un acomodo en sus regulaciones con respecto a transmisiones de video en general, incluyendo las de Internet, por medio de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual 2010/13/UE.⁴³ Con esta directiva, la Unión Europea mantiene una política de equiparar los servicios de radiodifusión y los servicios en línea si el proveedor de ambos es el mismo. El Considerando 27 de la Directiva dice:

“La radiodifusión televisiva incluye actualmente, en particular, la televisión analógica y la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet, la difusión web y el cuasivideo a petición, mientras que el video a petición, por ejemplo, es un servicio de comunicación audiovisual a petición. En general, en la radiodifusión televisiva o programas de televisión que sean también ofrecidos como servicios de comunicación audiovisual a petición por el mismo prestador del servicio de comunicación, los requisitos de la presente Directiva deben considerarse cumplidos si se reúnen los requisitos aplicables a la radiodifusión televisiva, es decir, transmisión lineal. No obstante, cuando se ofrezcan de forma paralela diferentes tipos de servicios que puedan distinguirse claramente, la presente Directiva debe aplicarse a cada uno de los servicios de que se trate. “

Esta solución reguladora es fácil de entender y pragmática a la vez, ya que crea el principio de tratar las transmisiones dependiendo de si estas ofrecen servicios claramente diferenciables de la mera transmisión. La Directiva aclara que lo que se entiende tradicionalmente por programa de televisión debe leerse en el presente de forma dinámica a la luz de nuevas tecnologías, ya que muchas veces son

⁴² *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) vs Rafael Hoteles, S.A.* Asunto C-306/05.

⁴³ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, (DO L 95, 15.4.2010).

ofrecidos como servicios en los cuales el medio de difusión resulta ser prácticamente irrelevante. Lo interesante de lo propuesto por la Directiva 2010/13/UE es que nos acerca más a un marco legal de confluencia de tecnologías que se asemeja a lo que sucede en la vida real. Tenemos entonces un entendimiento que un ente de difusión puede escoger transmitir sus contenidos por IPTV, simulcasting, o VoD, y todas esas opciones serán iguales a los ojos de la ley.

Reino Unido

Para ver como se implementa el sistema legal regulador de los entes de difusión en Europa, usaremos como ejemplo principal al Reino Unido, ya que tiene un mercado de transmisión digital sumamente desarrollado y sofisticado, además de contar con uno de los entes reguladores más conocidos en el tema, el OFCOM.

El Reino Unido muestra un mercado de contenido digital robusto y maduro. Es muy común el ver en tiendas de artículos electrónicos dispositivos de grabación digital y televisores con acceso a Internet. Del mismo modo, la mayoría de los servicios de radiodifusión tradicional, así como los proveedores de cable y satélite, venden equipos decodificadores con capacidad de grabación y acceso al Internet. El país habrá completado su migración a la televisión digital de lleno para el año 2012, cuando las señales terrestres analógicas serán descontinuadas. Esto ha significado un enorme crecimiento en el mercado de la televisión digital.

Asimismo, las televisoras británicas han sido de las que más han innovado en el tema de transmisión de contenidos por Internet. Aunque el caso más conocido es el iPlayer de la BBC,⁴⁴ las otras televisoras terrestres han desarrollado sus propios servicios proveedores en línea, incluyendo a ITV⁴⁵ y Canal 4.⁴⁶ Todos los sistemas ofrecen prácticamente toda la programación diaria en línea, y en el caso de la BBC, esto incluye retransmisión de programas de radio. Todas las radioemisoras de la BBC pueden ser escuchadas en línea dentro del Reino Unido por medio de simulcasting, y el iPlayer ofrece un similar sistema con un poco de retraso con respecto a la transmisión en vivo. Todos estos métodos se pueden acceder solo desde el Reino Unido usando simplemente un estricto control de dirección de IP. Asimismo, la BBC se encuentra vendiendo contenidos de forma internacional por medio de un app del iPlayer, accesible desde todo el mundo con la tienda de iTunes.

El éxito de la televisión diferida por Internet ha sido sensacional. Ya hemos expresado que el iPlayer recibe una gran cantidad de usuarios por mes y por día. Asimismo, la prueba de la popularidad de estos servicios es el efecto que han tenido en las estadísticas de uso de ancho de banda. En febrero del 2008, el proveedor de servicios de Internet Plusnet realizó un análisis de consumo de banda de sus usuarios del iPlayer y otros servicios de streaming. Plusnet encontró que en promedio, cada usuario del sistema usaba un total de 6.74GB por mes.⁴⁷ Los patrones de uso de los televidentes también ha cambiado, ya que OFCOM reporta que el número de usuarios que ve programas grabados (“time-shifting”) se ha incrementado hasta llegar a 800 mil usuarios en diciembre de 2010 en promedio, comparado a cerca de

⁴⁴ <http://www.bbc.co.uk/iplayer>.

⁴⁵ <http://www.itv.com/ITVPlayer>.

⁴⁶ <http://www.channel4.com/programmes/4od>.

⁴⁷ Tomlinson, Dave, “iPlayer Usage Effect - A Bandwidth Explosion”, *Plusnet Community* (2008), <http://community.plus.net/blog/2008/02/08/iplayer-usage-effect-a-bandwidth-explosion/>.

dos millones que ven programas en vivo.⁴⁸ Esto se debe en parte a que los usuarios gozan de mejores velocidades de transmisión, por lo que se dedican a ver más contenido por Internet, principalmente por medio de streaming.⁴⁹

El marco legal y regulador en el Reino Unido responde a la importancia que tiene este sector en general. Según la sección 1(1)(b) de la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Patentes de 1988 (CDPA), el autor en las emisiones y/o el titular tiene el derecho exclusivo de, entre otras cosas, hacer copias de la obra, poner a disposición las copias al público, el alquiler, el préstamo de la obra, y comunicar la misma al público. Una emisión es definida por la sección 6 (1) como:

"... Una transmisión electrónica de imágenes visuales, sonidos o informaciones de otro tipo que

(a) se transmite por la recepción simultánea por los miembros del público y es capaz de ser recibido legalmente por ellos, o

(b) es transmitida en un tiempo determinado únicamente por la persona que realiza la transmisión para su presentación a los miembros del público ... "

Curiosamente, las transmisiones por Internet normales no son susceptibles de la misma protección que las emisiones normales, a menos que la transmisión se encuentre en estas tres categorías de acuerdo a la sección 6(1A) del CDPA:

"(A) una transmisión que tiene lugar simultáneamente en Internet y por otros medios,

(b) la transmisión simultánea de un evento en vivo, o

(c) la transmisión de las imágenes grabadas en movimiento o sonidos que forman parte de un programa de servicio ofrecido por la persona responsable de la transmisión, al ser un servicio en el que los programas se transmiten en horarios determinados por esa persona."

Esta separación se encuentra redactada claramente para equiparar las transmisiones terrestres y las realizadas por Internet si estas actúan como radiodifusiones tradicionales. Existe entonces una equiparación parcial entre la televisión y el Internet.

El CDPA también se ocupa de transmisiones encriptadas. La sección 6 (2) especifica que la recepción de una emisión por un miembro del público sólo es lícita si la transmisión encriptada requiere un decodificador, y si ese decodificador sólo se puede obtener a través de la emisora, o un tercero autorizado. En esta sección claramente se intenta regular los dispositivos sin licencia descifrar para poder recibir las señales codificadas de satélite.

Aparte de lo que sucede en el ámbito de los derechos de autor, el ente regulador OFCOM es el principal encargado de salvaguardar el espectro audiovisual. OFCOM se ha dedicado a adoptar e implementar la la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, situación que realiza de forma plena. Por ejemplo,

⁴⁸ OFCOM, *The Communications Market 2011: TV and audio-visual*, (2011), <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/market-data/communications-market-reports/cmr11/tv-audio-visual/2.9>.

⁴⁹ OFCOM, *The Communications Market 2011: Telecoms and networks*, (2011), <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/market-data/communications-market-reports/cmr11/telecoms-networks/5.13>.

OFCOM ya ha incluido en su Código de Radiodifusión extractos de la Directiva 2010/13/UE.⁵⁰ Similarmente, OFCOM ha interpretado correctamente que el alcance de la Directiva es el de cubrir tanto los servicios de transmisión tradicionales, así como los servicios de video bajo demanda y otros similares en formato de envío por Internet. De acuerdo a lo que OFCOM ha dictado hasta ahora, se mantiene la distinción resaltada por la Directiva, entendiendo que los servicios de emisión y radiodifusión son sujetos a la misma regulación sin importar el medio de transmisión, siempre y cuando estos sean indistinguibles de los originales. Se entiende entonces que muchos de los servicios de video por demanda son sujetos a la misma regulación que las transmisiones en vivo.

Estados Unidos

A diferencia del amplio marco jurídico que existe en Europa, la ley estadounidense es relativamente parca al respecto, por lo que la mayoría de la práctica legal en este tema se ha llevado tanto por jurisprudencia en las cortes como por las acciones de entes reguladores como la Oficina de Derechos de Autor y la FCC.

Para empezar, las emisoras estadounidenses tienen un mandato específico dentro de la jurisprudencia de ese país impuesta por varios fallos judiciales.⁵¹ De acuerdo a la doctrina dictada entre otros por la Corte Suprema de Justicia, los medios de comunicación tienen un papel de “administradores públicos”, sujetos a responsabilidades públicas de responder a los intereses de las comunidades en las que operan. Esta doctrina ha creado un espacio regulador relativamente laxo, pero en el cual se sobreentiende que ciertas libertades que gozan las radiodifusoras se ven balanceadas por sus responsabilidades cívicas, tales como el hecho que son baluartes de la libertad de expresión.

En materia de derechos de autor, la principal protección se encuentra en el Título 17, § 106 del Código de los EE.UU., el cual le da derecho exclusivo al autor de una obra sonora y/o audiovisual el permitir que se interprete la misma al público. De igual forma a lo que sucede con el marco internacional, si alguien quiere retransmitir una obra por cualquier medio debe contar con el permiso del titular de los derechos. Asimismo, el Título 47, § 325 del Código EE.UU. protege a los entes de radiodifusión contra la retransmisión no autorizada de sus señales, salvo excepciones estipuladas por ley.

Desde 1997, los legisladores del Congreso de EE.UU. han estado jugando con la idea de crear un régimen de licencias obligatorias para la retransmisión de señales televisivas por medio del Internet. Esto porque dentro del régimen vigente de derechos de autor existen licencias obligatorias que permiten a los operadores de cable y de satélite el retransmitir señales de televisoras que se encuentran en sus paquetes, esto de acuerdo a lo dispuesto en las secciones § 111, § 119 y § 122 del Código de los EE.UU. La idea fue rechazada en el primer reporte que realizó el Senado en ese entonces, ya que el crear este sistema permitiría el envío de señales de forma indiscriminada a través del mundo.⁵² Esta fue la posición de la Oficina de Derechos de Autor por muchos años. En el año 2000, la entonces Directora de la Oficina opinó ante una comparecencia en el Congreso:

“La Oficina de Derechos de Autor ha sido durante mucho tiempo una crítica de las licencias obligatorias para las retransmisiones por televisión. Una licencia obligatoria no es sólo una

⁵⁰ Ver: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/broadcasting/broadcast-codes/broadcast-code-december-2010/appendix-2/>.

⁵¹ *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973). Otros casos son el *Red Lion Broadcasting Company v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), y el *National Broadcasting Corporation v. United States*, 319 U.S. 190, (1943).

⁵² Oficina de Derechos de Autor, *A Review of the Copyright Licensing Regimes Covering Retransmission of Broadcast Signals* (1997).

excepción de los derechos exclusivos del titular de los derechos, sino que también evita que el mercado decida el valor razonable de obras protegidas a través de los controles de precios establecidos por el gobierno. Además, creemos que una licencia obligatoria para las retransmisiones por Internet de señales de televisión no se justifica, y dicha actividad no es comparable a las retransmisiones por cable y satélite.”⁵³

Esta ha sido la política que ha prevalecido hasta el presente, por lo que de forma histórica, los derechos de transmisión por Internet y los derechos de transmisión por medios tradicionales han recibido tratamiento separado en materia de derechos de autor, por lo menos en lo que respecta a las licencias obligatorias.

Los esfuerzos reguladores en materia de streaming por parte del gobierno estadounidense se han centrado, tal vez de forma poco sorprendente, en la piratería de señal y la transmisión ilegal de programas televisivos por medio del Internet. Aunque existe un creciente mercado de transmisiones legales en línea, comprobado por el éxito de compañías como Hulu y Netflix, existe también un creciente mercado ilegal de transmisiones. De acuerdo a un estudio de la OCDE,⁵⁴ varios sistemas de piratería de señal se ofrecen en Internet, algunos hasta cobrando cuotas comerciales para retransmitir eventos deportivos. Esto se realiza al existir un receptor que convierte la señal en un servidor y la retransmite al Internet.

Aunque las leyes estadounidenses poseen en la actualidad protección contra estas acciones, el problema se ha considerado tal que en la actualidad los legisladores de los EE.UU. se encuentran considerando hacer cambios a la legislación para asegurar que la piratería de señal por Internet es sancionada plenamente. En una comparecencia ante el Congreso de los Estados Unidos, Maria Pallante, la ahora Directora de la Oficina de Derechos de Autor, comentó:

“Aunque la transmisión puede implicar a varios derechos exclusivos, nuestra ley actual podría aplicar sanciones muy diferente a esta conducta basado en la tecnología que se utiliza y sin importar el resultado final - la difusión ilegal y no autorizada de obras protegidas. La Oficina de Derechos de Autor considera que esta disparidad merece seria consideración, y que el Congreso debe tomar en cuenta la posibilidad de modificar los estatutos penales de derechos de autor para hacer frente a la transmisión que causa grave daño a las acciones legítimas en el mercado de los autores.”⁵⁵

Es la opinión de la Sra. Pallante que existe una discrepancia entre el tipo de sanciones existentes entre una infracción de derechos de autor por descarga de contenidos, y las sanciones por transmisiones de Internet. Lo que se buscaría con estas reformas es tratar de equiparar la protección existente sin importar el tipo de tecnología que se usa. Esto va de la mano con lo que hemos podido apreciar en otros países.

Con respecto a las políticas de medios de comunicación en sí, el ente encargado ha sido la FCC. Tal vez siguiendo la filosofía general de regulación en los Estados Unidos, la FCC es relativamente abierta en lo que respecta a las transmisiones por Internet. No obstante, existen algunas restricciones.

⁵³ Oficina de Derechos de Autor, *Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary*, (2000), <http://www.copyright.gov/docs/regstat61500.html>.

⁵⁴ OCED, *Piracy of Digital Content, Case Study: the Sports Owners Sector*, Editorial OCED (2009).

⁵⁵ Oficina de Derechos de Autor, *Statement of Maria A. Pallante Register of Copyrights before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet Committee on the Judiciary*, (2011), <http://www.copyright.gov/docs/regstat060111.html>.

Primeramente, cualquier ente emisor que se dedica a funciones de radiodifusión requiere de una licencia para transmitir girada por la FCC,⁵⁶ incluyendo emisoras comerciales como no-comerciales.⁵⁷ Lo interesante es que no resulta claro si este requerimiento cubre también a emisoras por Internet, aunque por lo general las regulaciones de la FCC están redactadas con radiodifusoras tradicionales en mente. Queda claro que varios de los requisitos reguladores de la FCC en materia de radiodifusión no aplican al Internet, y que cuando se considera ampliar alguno de estos derechos, el ente regulador lo ha hecho de forma específica.

Un ejemplo puede servir para ilustrar este punto. Gracias al *Television Decoder Circuitry Act* de 1990, la FCC tiene la potestad de requerir que televisoras y otros proveedores de contenidos audiovisuales deben proveer subtítulos para discapacitados. Este año la FCC realizó consultas con el fin de ampliar estas normas a transmisiones por Internet, principalmente a servicios de video bajo demanda, y retransmisiones de televisión en vivo por sistemas gratis o de pago.⁵⁸ Aunque la propuesta extensión de las reglas a las transmisiones del tipo streaming se limitan a ciertos servicios específicos, es claro que la práctica de manejar la radiodifusión tradicional y el Internet de forma separada se ha mantenido en el máximo ente regulador estadounidense en esta materia.

Australia

Australia presenta un caso interesante con respecto a la protección y regulación de transmisiones por Internet. En el año 2006, la versión australiana del programa *Big Brother* se vio envuelta en un escándalo ya que se dio un supuesto acoso sexual entre dos participantes.⁵⁹ Este incidente fue grabado por las cámaras, y aunque no fue transmitido en directo por televisión, si fue emitido por la versión en vivo de Internet.⁶⁰ Bajo condiciones normales, y de haberse presentado esta situación en la transmisión televisiva, el canal y la compañía productora habrían sido sujetos a fuertes sanciones. Sin embargo, el caso fue remitido al ente regulador competente, la Autoridad de Comunicaciones y Medios Australiana (ACMA), el cual tuvo que admitir que porque el incidente no había sido transmitido en televisión, no podían sancionar a la emisora ya que carecían de legitimidad reguladora para lo mismo.⁶¹

Esta sonada decisión obligó a Helen Coonan, la ministra de Comunicaciones, Tecnologías de la Información y el Arte, a declarar que:

“El anexo 5 de la Ley de servicios de radiodifusión (la ley) regula el contenido en línea. Se faculta a ACMA para revisar los casos en que el contenido en línea puede haber sido inadecuado, en contra de las normas establecidas en el Código de Clasificación Nacional. Sin embargo, se aplica a materiales que se descargan y que se ponen a disposición del público para su visualización en Internet. ACMA encontró que mientras que la transmisión en vivo por Internet podría haber sido visto por suscriptores de pago en ese momento, el material no

⁵⁶ 47 C.F.R. § 73.3527.

⁵⁷ FCC, *In Re Tri-State University*, Caso 67795 (2009).

⁵⁸ FCC, *In the Matter of Closed Captioning of Internet Protocol-Delivered Video Programming: Notice of Proposed Rulemaking, Notice of proposed rulemaking*, MB Docket No. 11-154, http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2011/db0919/FCC-11-138A1.pdf.

⁵⁹ Stafford, Anabel, “Big Brother in bigger bother”, *The Age* (2006), <http://bit.ly/vkxhBA>.

⁶⁰ Sweney, Mark, “The big internet streaming question” *The Guardian* (2006), <http://www.guardian.co.uk/media/2006/jul/11/bigbrother.realitytv>.

⁶¹ Doherty, Ben, “No action likely on Big Brother”, *The Age* (2006), <http://bit.ly/rCV6DX>.

había sido almacenado en sitio web de Big Brother, y en consecuencia el material no era contenido de Internet para los fines del Anexo 5.”

En otras palabras, si el contenido hubiera sido una descarga, probablemente habría sido considerado contenido de carácter pornográfico, pero por haber sido una transmisión simultánea no-perenne por Internet, no caía dentro del marco regulador. Esto conllevó al gobierno australiano a pasar legislación que llega a equiparar el contenido transmitido por Internet, promulgando la idea que todo contenido que se ofrecen a través de Internet y dispositivos móviles están sujetos a las restricciones de contenido que se aplican a las emisiones de televisión.

Este resultado es tal vez el caso más extremo de equiparación de contenidos y de medios a nivel internacional, aunque realmente es una legislación que nació de un caso específico. Vale la pena acotar que Australia tiene una de las leyes de control de contenidos de Internet más rigurosas de los países desarrollados.

Conclusión

Es evidente que, como se comentó al principio del presente reporte, el tema de protección de transmisiones de audio y video por Internet carece de un marco internacional, lo que ha llevado a una colección de prácticas muy diversas por parte de entes reguladores alrededor del mundo.

En materia de derechos de autor, las emisiones de contenidos audiovisuales se encuentran amparadas por un mínimo de protección. Los autores ya tienen bastantes derechos exclusivos sobre sus obras, incluyendo derechos que se refieren únicamente a varias tecnologías de retransmisión. Aunque las instituciones internacionales no han tocado por ahora el tema de las transmisiones por Internet, varios países ya tienen en sus sistemas jurídicos una gama de derechos que protege este tipo de derechos conexos de una u otra forma.

El fallido tratado sobre la protección de los organismos de radiodifusión de la OMPI ha servido para enturbiar mucho más las aguas que rodean el tema de streaming y webcasting. La fuerte oposición de varios sectores tecnológicos a cualquier tipo de tratado sobre este tema viene a confirmar que muchos legisladores y reguladores han acertado hasta ahora en darle tratamiento separado a las transmisiones tradicionales y las realizadas por la Red. Pranesh Prakash del Centre for Internet and Society (CIS) de la India se refirió hace poco ante el SCCR de la OMPI cuando se trataba el tema del tratado de radiodifusión, y opinó lo siguiente:

“Los organismos de radiodifusión hacen dos tipos de inversiones para las cuales están protegidos. Invierten en infraestructura e invierten en adquirir licencias de obras bajo derechos de autor. La primera inversión está protegida por los derechos de emisión, y la última está protegida por derechos de autor. [...]

El concederle más derechos a las grandes emisoras para sus transmisiones en línea, como se propone actualmente a través de la disposición sobre la "retransmisión", mientras que se excluye a emisoras más pequeñas crea una jerarquía sin ninguna base ya sea principio o en el derecho vigente.”⁶²

En cuanto a las políticas de medios y telecomunicaciones, las prácticas también son muy disímiles, pero con pocas excepciones, la práctica que ha prevalecido hasta ahora es el darle trato diferencial a las transmisiones en línea y a las tradicionales. Aunque nos encontramos experimentando un cambio

⁶² Prakash, Pranesh, “Statement of CIS on the WIPO Broadcast Treaty at the 23rd SCCR”, Centre for Internet and Society (2011), <http://www.cis-india.org/a2k/blog/sccr-23-broadcast-cis-statement>.

paulatino hacia la equiparación de regulación entre ambos ámbitos, particularmente con respecto a servicios de video bajo demanda, la separación de regulación todavía existe.

Es la opinión de este autor que los entes reguladores en materia de telecomunicaciones en los países de América Latina deben mantener una separación clara de legislación y regulación entre la radiodifusión tradicional (radio, televisión, cable y satélite), y las emisiones por Internet de cualquier índole. Cada vez resulta más claro que los mecanismos moderadores creados para gestionar las radiodifusiones tradicionales fueron ideados en un mundo analógico. Los retos presentados por las tecnologías digitales son muy diferentes a los que han preocupado a las autoridades del campo de difusión por muchos años. Aunque es cierto que el creer que el Internet ha cambiado todo en materia jurídica es una falacia,⁶³ en ciertos asuntos es evidente que el cambio tecnológico requiere de respuestas diferentes. Esto es muy cierto en el caso de las emisiones de contenidos por Internet, ya que las mismas tienen una serie de características que son completamente diferentes a las transmisiones analógicas.

Desde el carácter internacional de muchos proveedores hasta la existencia de posibles filtros tecnológicos, la difusión por Internet presenta retos únicos para los reguladores. Los nuevos mercados requieren análisis específico y soluciones ajustadas a cada tecnología. Incitamos a los reguladores de la región a que realicen estudios para redactar políticas que se reconcilien con la realidad de cada país.

⁶³ Para un artículo que ahonda un tanto sobre este tema, ver: Guadamuz, Andrés, “Attack of the Killer Acronyms: The Future of IT Law”, 18:3 *International Review of Law Computers & Technology* 411-424 (2004).

Bibliografía

Casos

CBS v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973).

FCC, *In Re Tri-State University*, Caso 67795 (2009).

National Broadcasting Corporation v. United States, 319 U.S. 190, (1943).

Red Lion Broadcasting Company v. FCC, 395 U.S. 367 (1969),

Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) vs Rafael Hoteles, S.A. Asunto C-306/05.

Legislación y tratados

Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, 1961.

Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886.

Copyright and Related Rights Regulations 2003, SI 2003/2498.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, (DO L 167 22.06.2001).

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, (DO L 95, 15.4.2010).

Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a la radiodifusión vía satélite y distribución por cable, (DO L 248 , 06.10.1993).

Proyecto de Propuesta Básica de Tratado de la OMPI para la Protección de los Organismos de Radiodifusión al que se Adjunta un Apéndice Facultativo sobre la Protección Relativa a la Difusión por Internet, SCCR/14/2, <http://bit.ly/vbFfpX>.

Proyecto de tratado sobre la protección de los organismos de radiodifusión, SCCR/23/6, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_23/sccr_23_6.pdf.

U.S. Code, Title 47, § 111, § 119 y § 122 . 47 C.F.R. § 73.3527.

U.S. Code, Title 17, § 106

Referencias

“Americans Watching More TV Than Ever; Web and Mobile Video Up too”, *Nielsen Wire* (2009), http://blog.nielsen.com/nielsenwire/online_mobile/americans-watching-more-tv-than-ever/.

“Time Spent Streaming Outpacing Number of Streamers”, *Nielsen Wire* (2011), http://blog.nielsen.com/nielsenwire/online_mobile/time-spent-streaming-outpacing-number-of-streamers/.

“WIPO broadcast treaty defeated by web activists”, *OUT-Law.com* (2007), <http://www.out-law.com/page-8183>.

Akester, Patricia, "The Draft WIPO Broadcasting Treaty and its Impact on Freedom of Expression", *Copyright Bulletin* (2006).

Anderson, Nate, "Understanding the WIPO Broadcasting Treaty", *Ars Technica* (2006), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2006/10/wipo.ars>

BBC, *BBC iPlayer Monthly Performance Pack: July 2011*, (2011), http://www.bbc.co.uk/blogs/bbcinternet/2011/08/18/BBC_iPlayer_performance_monthly_1107_FINAL.pdf.

Bently L and Sherman B, *Intellectual Property Law*, 2nd ed, Oxford: Oxford University Press (2004).

Boyle, James, "Constitutional circumvention", *Financial Times* (2006), <http://www.ft.com/cms/s/2/fa07af4a-fadc-11da-b4d0-0000779e2340.html#axzz1fo30oIEG>.

Carey P, Coles P and Armstrong N, *Media Law*, 4th ed, London: Sweet & Maxwell (2007).

Cerf, Vinton, "The Open Network. What it is, and why it matters". 59:2 *Telecommunications Journal of Australia* (2009).

Digital Ethnography, *YouTube Statistics*, (2008), http://ksudigg.wetpaint.com/page/YouTube+Statistics?t=anon_

Doctorow, Cory, "America to US gov't: kill the Broadcast Treaty!" *Boing Boing* (2006), <http://www.boingboing.net/2006/09/05/america-to-us-govt-k.html>.

Doherty, Ben, "No action likely on Big Brother", *The Age* (2006), <http://bit.ly/rCV6DX>.

Edwards L and Waelde C, *Law and the Internet*, 3rd ed, Oxford ; Portland, Or.: Hart (2009).

Einhorn MA, *Media, Technology and Copyright : Integrating Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar (2004).

Electronic Frontiers Foundation, *Broadcasting Treaty*, (2006), https://www.eff.org/issues/wipo_broadcast_treaty.

FCC, *In the Matter of Closed Captioning of Internet Protocol-Delivered Video Programming: Notice of Proposed Rulemaking, Notice of proposed rulemaking*, MB Docket No. 11-154, http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2011/db0919/FCC-11-138A1.pdf.

Françon, André, "Should the Rome Convention on neighbouring rights be revised?" 25:4 *Copyright Bulletin*, 21 (1991), p.24.

Gibault, Lucy, *The Legal Protection of Broadcast Signals*. Reporte para el Observatorio Europeo del Sector Audiovisual IRIS Plus (2004).

Guadamuz, Andrés, "'Attack of the Killer Acronyms: The Future of IT Law", 18:3 *International Review of Law Computers & Technology* 411-424 (2004).

Jackson, Matt, "From Broadcast to Webcast: Copyright Law and Streaming Media", 11:3 *Texas Intellectual Property Law Journal* 447 (2002).

Last.fm, "Last.fm Radio Announcement", *Last.HQ Blog*, (2009), <http://blog.last.fm/2009/03/24/lastfm-radio-announcement>.

Manjoo, Farad, "Will Netflix Destroy the Internet?" *Slate* (2011), <http://slate.me/vdCD1X>.

OCED, *Piracy of Digital Content, Case Study: the Sports Owners Sector*, Editorial OCED (2009).

OFCOM, *The Communications Market 2011: Telecoms and networks*, (2011), <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/market-data/communications-market-reports/cmr11/telecoms-networks/5.13>.

OFCOM, *The Communications Market 2011: TV and audio-visual*, (2011), <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/market-data/communications-market-reports/cmr11/tv-audio-visual/2.9>.

Oficina de Derechos de Autor, *A Review of the Copyright Licensing Regimes Covering Retransmission of Broadcast Signals* (1997).

Oficina de Derechos de Autor, *Statement of Maria A. Pallante Register of Copyrights before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet Committee on the Judiciary*, (2011), <http://www.copyright.gov/docs/regstat060111.html>.

Oficina de Derechos de Autor, *Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary*, (2000), <http://www.copyright.gov/docs/regstat61500.html>.

Perez, Sara, "U.S. Online Video Watching Reaches Record High In October, With 42.6 Billion Videos Viewed", *TechCrunch* (2011), <http://techcrunch.com/2011/11/28/u-s-online-video-watching-reaches-record-high-in-october-with-42-6-billion-videos-viewed/>.

Prakash, Pranesh, "Statement of CIS on the WIPO Broadcast Treaty at the 23rd SCCR", Centre for Internet and Society (2011), <http://www.cis-india.org/a2k/blog/sccr-23-broadcast-cis-statement>.

Schonfeld, Manfred, "Netflix Q1 Earnings Up 88%, Adds 3.M Subscribers", *Seeking Alpha* (2011), <http://bit.ly/dE90t1>.

Spotify, *Spotify reaches 2.5 million paying subscribers*, (2011), <http://spoti.fi/vgn506>.

Stafford, Anabel, "Big Brother in bigger bother", *The Age* (2006), <http://bit.ly/vkxhBA>.

Sweney, Mark, "The big internet streaming question" *The Guardian* (2006), <http://www.guardian.co.uk/media/2006/jul/11/bigbrother.realitytv>.

Tomlinson, Dave, "iPlayer Usage Effect - A Bandwidth Explosion", *Plusnet Community* (2008), <http://community.plus.net/blog/2008/02/08/iplayer-usage-effect-a-bandwidth-explosion/>.

Worldwide Mobile Music Revenues, by Type, 2010, (2011), <http://grabstats.com/statmain.asp?StatID=104>.

Wu, Tim, "The Broadband Debate: A User's Guide", *69:3 Journal of Telecommunications and High Technology Law* (2004).