

AAU

AMERICAN ANDRAGOGY
UNIVERSITY



Por una cultura libre

Lawrence Lessig

traficantes de sueños

Traficantes de Sueños no es una casa editorial, ni siquiera una editorial independiente que contempla la publicación de una colección variable de textos críticos. Es, por el contrario, un proyecto, en el sentido estricto de «apuesta», que se dirige a cartografiar las líneas constituyentes de otras formas de vida. La construcción teórica y práctica de la caja de herramientas que, con palabras propias, puede componer el ciclo de luchas de las próximas décadas

Sin complacencias con la arcaica sacralidad del libro, sin concesiones con el narcisismo literario, sin lealtad alguna a los usurpadores del saber, TdS adopta sin ambages la libertad de acceso al conocimiento. Queda, por tanto, permitida y abierta la reproducción total o parcial de los textos publicados, en cualquier formato imaginable, salvo por explícita voluntad del autor o de la autora y sólo en el caso de las ediciones con ánimo de lucro.

Omnia sunt communia!

mapas 13

Mapas. Cartas para orientarse en la geografía variable de la nueva composición del trabajo, de la movilidad entre fronteras, de las transformaciones urbanas. Mutaciones veloces que exigen la introducción de líneas de fuerza a través de las discusiones de mayor potencia en el horizonte global.

Mapas recoge y traduce algunos ensayos, que con lucidez y una gran fuerza expresiva han sabido reconocer las posibilidades políticas contenidas en el relieve sinuoso y controvertido de los nuevos planos de la existencia.



Esta licencia permite:

Copiar, distribuir, exhibir e interpretar este texto.

Hacer obras derivadas.

Siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

Autoría-Atribución: Deberá respetarse la autoría del texto y de su traducción. El nombre del autor/a y del traductor/a deberá aparecer reflejado en todo caso.

No Comercial: No puede usarse este trabajo con fines comerciales

-Se deberá establecer claramente los términos de esta licencia para cualquier uso o distribución del texto.

-Se podrá prescindir de cualquiera de estas condiciones si se obtiene el permiso expreso del autor/a.

Este libro tiene una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin obra derivada 2.0 Spain. Para ver una copia de esta licencia visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/es/legalcode.es> o envíe una carta a Creative Commons, 559 Nathan Abbot Way, Stanford, California 94305, U.S.A.

© 2004, Lawrence Lessig

© 2004, de la traducción Antonio Córdoba/elastico.net

© 2005, de la edición Javier Candeira y Traficantes de Sueños

Título original:

Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and creativity.

Publicado por The Penguin Press, Nueva York, 2004.

Editorial Traficantes de Sueños'edition published by arrangement with ICM Books (London) representing Lawrence Lessig

1ª edición: 1000 ejemplares

Mayo de 2005

Título:

Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad

Autor:

Lawrence Lessig

Traducción:

Antonio Córdoba/elastico.net

Maquetación y diseño de cubierta:

Traficantes de Sueños.

Edición:

Traficantes de Sueños

C\Embajadores 35

28012 Madrid. Tlf: 915320928

e-mail:editorial@traficantes.net

<http://traficantes.net>

Impresión:

Queimada Gráficas.

C\, Salitre, 15 28012, Madrid

tlf: 915305211

ISBN: 84-96453-01-4

Depósito legal: M-21837-2001

Por una cultura libre

Cómo los grandes grupos de comunicación
utilizan la tecnología y la ley para clausurar
la cultura y controlar la creatividad

Lawrence Lessig

Traducción:

Antonio Córdoba/elastic.net

Edición:

Javier Candeira

índice

Nota de edición -----	15
Prefacio -----	17
Introducción -----	21
PARTE I. «PIRATERÍA» -----	35
1. Creadores -----	39
2. Meros copistas -----	49
3. Catálogos -----	67
4. «Piratas» -----	73
Cine -----	73
Música grabada -----	75
Radio -----	78
Televisión por cable -----	79
5. «Piratería» -----	83
Piratería I -----	83
Piratería II -----	87
PARTE II. PROPIEDAD -----	101
6. Fundadores -----	103
7. Grabadoras -----	113
8. Transformadores -----	117
9. Coleccionistas -----	125

10. Propiedad	133
Principios	146
Leyes: Duración	147
Leyes: Ámbito	151
Ley y arquitectura: alcance	154
Arquitectura y ley: fuerza	161
Mercado: concentración	173
Todo junto	180
 PARTE III. ROMPECABEZAS	 185
11. Quimera	187
12. Daños	193
Limitar a los creadores	194
Limitar a los innovadores	197
Corromper a los ciudadanos	208
 PARTE IV. EQUILIBRIOS	 217
13. Eldred	219
14. Eldred II	251
 Conclusión	 259
Epílogo	273
Nosotros, ahora	274
Reconstruyendo libertades previamente dadas por supuestas:	
ejemplos	275
Reconstruyendo la cultura libre: una idea	279
Ellos pronto	283
1. Más formalidades	283
Registro y renovación	285
Marcar	286
2. Plazos más cortos	287
3. Uso libre frente a <i>fair use</i>	289
4. Liberen la música de nuevo.	291
5. Despedir a un montón de abogados	298
 Agradecimientos	 301
Sobre el autor	303

Para Eric Eldred –cuya obra me
atrajo por primera vez a esta lucha
y para quien ésta aún continúa.

Nota de edición

PARA LOS OJOS EUROPEOS o hispanos el presente libro de Lawrence Lessig es una «joya» a la vez exótica y tremendamente actual. Exótica por la claridad, la sencillez y la moderación tan propias de un jurista estadounidense, que quiere ante todo convencer y hacer comprender sin importar la adscripción política del lector, como ajenas a las tradiciones jurídicas continentales mucho más posicionadas, «profundas» y en última instancia inasequibles.

Tremendamente actual, porque aunque casi todas las referencias se deben al contexto estadounidense, las legislaciones europeas y de América Latina están convergiendo progresivamente con las del gigante de América del Norte. Y aunque los principales rasgos de esta convergencia sean negativos, la influencia del carácter jurisprudencial y más abierto al diálogo social del derecho estadounidense puede representar un enriquecimiento del debate público sobre la llamada «propiedad intelectual» y su gestión por parte de nuestros gobernantes.

Por una cultura libre es, por lo tanto, una excavación en el futuro inmediato de la batalla por las tierras comunales de la cultura y el pensamiento, una batalla en la que los avances legales y las nuevas regulaciones se muestran extremadamente adversas para los principios de la libre circulación del conocimiento y la información, pero en la que algunas estrategias expuestas se presentan como herramientas de una libertad tremendamente prometedora.

La edición del presente libro en papel es el fruto de la cooperación y colaboración, muchas veces desinteresada, de un amplio número de personas. Seguramente no hubiera sido posible abordar un proyecto de semejante magnitud sin la traducción realizada por Antonio Córdoba en el marco del proyecto *elastico.net*. La labor editorial de Javier Candeira ha sido de extrema importancia a la hora de corregir la traducción y de asegurar su rigor en algunos conceptos difíciles.

Es además preciso expresar nuestro especial agradecimiento a los abogados Javier Maestre y Javier de la Cueva, que durante el proceso de edición de este libro hicieron gala de tanta paciencia como conocimiento legal a la hora de responder a nuestros correos electrónicos y (a veces extemporáneas) llamadas telefónicas. Gracias a su colaboración este libro es más preciso en las materias en las que una traducción literal del inglés podría llevar a error sobre las diferencias (o similitudes) entre la legislación norteamericana de copyright y la legislación de derecho de autor española. Por supuesto, si bien los aciertos son suyos, los errores que aún puedan quedar son sólo atribuibles al editor.

La edición original en inglés y en web del libro de Lawrence Lessig se acompaña de un amplio archivo en el que se explican y documentan extensamente muchas de sus referencias. Consideramos de especial interés su visita: www.freeculture.org. La presente traducción al castellano puede encontrarse en el propio sitio de elastico.net y en la web de la editorial Traficantes de Sueños: www.traficantes.net.

Prefacio

AL FINAL DE SU RESEÑA DE MI PRIMER LIBRO, *Code: And Other Laws of Cyberspace*,¹ David Pogue, brillante escritor y autor de innumerables textos técnicos y relacionados con la informática, escribió:

A diferencia de las leyes reales, el software de Internet no puede castigar. No afecta a la gente que no está conectada (y solamente lo está una minúscula minoría de la población mundial). Y si no te gusta el sistema Internet, siempre puedes apagar el módem.²

Pogue era escéptico en lo que respecta al argumento central del libro —que el software, o «código», funcionaba como un tipo de ley—; su reseña sugería el feliz pensamiento de que si la vida en el ciberespacio se echaba a perder, siempre podíamos, «pim, pam, pum», pulsar un interruptor y volver a casa. Apaga el módem, desenchufa el ordenador y cualquier problema que exista en *ese* espacio ya no nos «afectará» nunca más.

Puede que Pogue tuviera razón en 1999 —soy escéptico, pero pudiera ser. Pero incluso si tenía razón entonces, hoy ya no la tiene: *Por una cultura libre* trata sobre los problemas que Internet causa incluso después de haber apagado el módem. Se trata de una discusión sobre cómo las batallas que hoy son objeto de lucha en relación a la vida en Internet afectan de un modo crucial a «la gente que no está conectada». No hay interruptor que pueda aislarnos del efecto Internet.

¹ Publicado en castellano: *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, Taurus, 2001 [N. del E.].

² David Pogue, «Don't Just Chat, Do Something», *The New York Times*, 30 de enero de 2000.

Pero a diferencia de en *El código*, la discusión aquí no versa sobre Internet en sí misma. Trata, más bien, de las consecuencias que Internet ha tenido en una parte de nuestra tradición que es mucho más fundamental y, por difícil que sea admitir esto por parte de un aspirante a *geek*, mucho más importante.

Esa tradición tiene que ver con la manera en la que se construye nuestra cultura. Tal y como explico en las páginas que siguen, venimos de una tradición de «cultura libre» (no necesariamente «gratuita» en el sentido de «barra libre» (por tomar una frase del fundador del movimiento del software libre)³, sino «libre» en el sentido de «libertad de expresión», «mercado libre», «libre comercio», «libre empresa», «libre albedrío» y «elecciones libres». Una cultura libre apoya y protege a creadores e innovadores. Lo hace directamente concediendo derechos de propiedad intelectual. Pero lo hace también indirectamente limitando el alcance de estos derechos, para garantizar que los creadores e innovadores que vengan más tarde sean *tan libres como sea posible* del control por parte del pasado. Una cultura libre no es una cultura sin propiedad, del mismo modo que el libre mercado no es un mercado en el que todo es libre y gratuito. Lo opuesto a una cultura libre es una «cultura del permiso» —una cultura en la cual los creadores logran crear sólomente con el permiso de los poderosos o de los creadores del pasado.

Si comprendemos este cambio, creo que podemos resistirnos a él. No «nosotros» de izquierdas o «ustedes» de derechas, sino nosotros que no tenemos ningún interés personal en las industrias específicas de la cultura que definen el siglo XX. Ya seas de izquierdas o de derechas, si careces de intereses en este sentido, te va a preocupar la historia que aquí cuento. Porque los cambios que describo afectan a valores que ambos bandos de nuestra cultura política consideran fundamentales.

Vislumbramos este sentimiento de escándalo bipartidista a principios del verano del 2003. Mientras que la Comisión Federal de Telecomunicaciones (FCC en inglés) valoraba la modificación de las reglas de propiedad de los medios de comunicación, que relajarían los límites de concentración de los mismos, una extraordinaria coalición generó más de 700.000 cartas dirigidas a la FCC oponiéndose a las modificaciones. Mientras William Safire se describía a sí mismo marchando «incómodo al lado de las Mujeres Código Rosa para la Paz y la Asociación Americana del Rifle, entre la progresista Olympia Stowe y el conservador Ted Stevens», formuló quizás de la manera más simple lo que estaba en juego: la concentración de poder. Así que se hizo la siguiente pregunta:

³ Richard M. Stallman, *Free Software, Free Societies*, p. 57 (Joshua Gay, ed. 2002), [ed. cast: Software libre para una sociedad libre, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004].

¿Acaso suena esto poco conservador? A mí no. La concentración de poder —político, corporativo, mediático, cultural— debería ser un anatema para los conservadores. La difusión de poder a través del control local, animando así la participación individual, es la esencia del federalismo y la expresión más grande de la democracia.⁴

Esta idea es un elemento central del argumento de *Por una cultura libre*, aunque mi enfoque no se dirige sólo a la concentración de poder producida por la concentración de la propiedad, sino que, de un modo más importante, aunque sea debido a que es algo menos visible, centro mi discusión en la concentración de poder producida por un cambio radical en el campo efectivo de acción de las leyes. Las leyes están cambiando; ese cambio está alterando la forma en la que se construye nuestra cultura; ese cambio debería preocuparte —da igual si Internet te preocupa o no, da igual si estás a la izquierda o a la derecha de Safire.

* * * * *

LA INSPIRACIÓN DEL TÍTULO y de gran parte de la argumentación de este libro proviene de la obra de Richard Stallman y de la Fundación del Software Libre. De hecho, mientras releo la propia obra de Stallman, especialmente los ensayos en *Software libre para una sociedad libre*,⁵ me doy cuenta de que todas las intuiciones teóricas que desarrollo aquí son ideas que Stallman describió hace décadas. Se podría muy bien defender que esta obra es «simplemente» una obra derivada.

Acepto esa crítica, si de verdad es una crítica. El trabajo de un abogado es siempre derivado del de otro, y en este libro no pretendo hacer más que recordarle a nuestra cultura una tradición que siempre ha sido suya. Como Stallman, defiendo que la tradición es la base de los valores. Como Stallman, creo que estos valores son los valores de la libertad. Y como Stallman, creo que estos valores de nuestro pasado necesitarán ser defendidos en nuestro futuro. Nuestro pasado ha sido una cultura libre, pero solamente lo será en nuestro futuro si cambiamos el rumbo hacia el que nos dirigimos.

Como con los argumentos de Stallman a favor del software libre, una discusión a favor de una cultura libre tropieza con una confusión que es difícil de evitar y aún más difícil de entender. Una cultura libre no es una cultura sin

⁴ William Safire, «The Great Media Gulp», *New York Times*, 22 de mayo de 2003.

⁵ Publicado en esta misma editorial: *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004 [N. del E.].

propiedad; no es una cultura en la que no se paga a los artistas. Una cultura sin propiedad, o en la que no se paga a los artistas, es la anarquía, no la libertad. La anarquía no es lo que propongo aquí.

Por el contrario, la cultura libre que defiendo en este libro es un equilibrio entre la anarquía y el control. Una cultura libre, como un mercado libre, está llena de propiedad. Está llena de reglas sobre la propiedad y los contratos, y el Estado se asegura de que se apliquen. Pero de la misma manera que un mercado libre queda pervertido si su propiedad se convierte en algo feudal, una cultura libre puede verse también desvirtuada por el extremismo en los derechos de la propiedad que la definen. Esto es lo que hoy en día temo que ocurra en nuestra cultura. Para combatir este extremismo he escrito este libro.

Introducción

EL DIECISIETE DE SEPTIEMBRE de 1903, en una playa de Carolina del Norte azotada por el viento, durante casi cien segundos, los hermanos Wright demostraron que un vehículo autopropulsado más pesado que el aire podía volar. Fue un momento eléctrico y su importancia fue reconocida de forma generalizada. Casi de inmediato, hubo una explosión de interés en esta recién descubierta tecnología del vuelo con seres humanos, y una manada de innovadores empezó a trabajar a partir de ella.

En la época en la que los hermanos Wright inventaron el aeroplano, las leyes estadounidenses mantenían que el dueño de una propiedad poseía presuntamente no sólo la superficie de sus tierras, sino todo lo que había por debajo hasta el centro de la tierra y todo el espacio por encima, en «una extensión indefinida hacia arriba».¹ Durante muchos años, los estudiosos se habían roto la cabeza intentando entender la idea de que los derechos sobre la tierra llegaban a los cielos. ¿Quería eso decir que eras dueño de las estrellas? ¿Podías procesar a los gansos por allanamiento premeditado y repetido?

Entonces llegaron los aviones y por primera vez este principio de las leyes estadounidenses —profundamente anclado en los cimientos de nuestra tradición, y reconocido por los pensadores legales más importantes de nuestro pasado— se volvió algo importante. Si mis tierras alcanzaban los cielos, ¿qué pasa cuando United Airlines sobrevuela mis campos? ¿Tengo derecho a expulsarla de mi propiedad? ¿Tengo derecho a negociar una licencia exclusiva con Delta? ¿Podemos celebrar una subasta para decidir cuánto valen estos derechos?

¹ St. George Tucker, *Blackstone's Commentaries*, 3, South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, 1969, p. 18.

En 1945, estas preguntas se convirtieron en objeto de un caso federal. Cuando Thomas Lee y Tinie Causby, granjeros de Carolina del Norte, empezaron a perder pollos debido a las aeronaves militares que volaban bajo (aparentemente los pollos aterrados echaban a volar contra las paredes de los cobertizos y morían), los Causby presentaron un demanda alegando que el gobierno estaba invadiendo sus tierras. Los aviones, por supuesto, nunca tocaron la superficie de las tierras de los Causby. Pero si, como Blackstone, Kent y Coke habían dicho, sus tierras se extendían «una longitud indefinida hacia arriba», entonces el gobierno estaba cometiendo allanamiento y los Causby querían que dejara de hacerlo.

El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo en oír el caso de los Causby. El Congreso había declarado que las vías aéreas eran públicas, pero si la propiedad de alguien llegaba de verdad hasta los cielos, entonces la declaración del Congreso podría ser vista como una «incautación» ilegal de propiedades sin compensación a cambio. El Tribunal reconoció que «es una doctrina antigua que según la jurisprudencia existente, la propiedad se extendía hasta la periferia del universo». Pero el juez Douglas no tenía paciencia alguna con respecto a la doctrina antigua. En un único párrafo, fueron borrados cientos de años de leyes sobre la propiedad. Tal y como escribió para el Tribunal:

[La] doctrina no tiene lugar alguno en el mundo moderno. El aire es una autopista pública, como ha declarado el Congreso. Si esto no fuera cierto, cualquier vuelo transcontinental sometería a los encargados del mismo a innumerables demandas por allanamiento. El sentido común se rebela ante esa idea. Reconocer semejantes reclamaciones privadas al espacio aéreo bloquearía estas autopistas, interferiría seriamente con su control y desarrollo en beneficio del público, y transferiría a manos privadas aquello a lo que sólo el público tiene justo derecho.²

«El sentido común se rebela ante esa idea».

Así es como la ley funciona habitualmente. No es tan corriente que lo haga de un modo tan abrupto o impaciente, pero al fin y al cabo es así como funciona. El estilo de Douglas consistía en no vacilar. Otros jueces habrían dicho bobadas página tras página hasta llegar a la misma conclusión que Douglas expresa en una línea: «El sentido común se rebela ante esa idea». Pero da igual que lleve páginas o unas pocas palabras, el genio especial

² *Los Estados Unidos contra Causby*, U.S. 328 (1946): 256, 261. El tribunal halló que podía haber una «expropiación» si el uso de sus tierras por parte del gobierno efectivamente destruía el valor de la tierra de los Causby. Este ejemplo me fue sugerido por el maravilloso artículo de Keith Aoki «(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship», *Stanford Law Review* 48 (1996), pp. 1293, 1333. Véase también Paul Goldstein, *Real Property* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1984), pp. 1112-13.

de un sistema de derecho basado en la jurisprudencia, como el nuestro, es que las leyes se ajustan a las tecnologías de su tiempo. Y conforme se ajustan, cambian. Ideas que eran sólidas como rocas en una época se desmoronan en la siguiente.

O al menos, ésta es la manera en la que las cosas ocurren cuando no hay nadie poderoso del otro lado, opuesto al cambio. Los Causby no eran más que granjeros. Y aunque sin duda habría muchos disgustados por el creciente tráfico aéreo (aunque uno espera que no muchos pollos se arrojasen contra las paredes), los Causby del mundo entero encontrarían muy difícil unirse y detener la idea —y la tecnología— a la que los hermanos Wright habían dado luz. Los hermanos Wright soltaron los aeroplanos en la piscina memética tecnológica; después la idea se difundió como un virus en un gallinero; granjeros como los Causby se encontraron rodeados de «lo que parecía razonable» dada la tecnología producida por los Wright. Podían estar de pie en sus granjas, con pollos muertos en las manos, y agitar los puños ante esas novedosas tecnologías todo lo que les diera la gana. Podían llamar a sus representantes e incluso presentar una demanda. Pero al final acabaría por prevalecer la fuerza de lo que parecía «obvio» a todos los demás —el poder del «sentido común». No se iba a permitir que sus «intereses privados» derrotaran lo que era obviamente un beneficio público.

EDWIN HOWARD ARMSTRONG es uno de los genios inventores estadounidenses olvidados. Llegó a la gran escena de los inventores estadounidenses justo después de los titanes Thomas Edison y Alexander Graham Bell. Pero su trabajo en el área de la tecnología radiofónica es quizá más importante que el de cualquier inventor individual en los primeros cincuenta años de la radio. Mejor preparado que Michael Faraday, que siendo aprendiz de un encuadernador había descubierto la inducción eléctrica en 1831, pero con la misma intuición acerca de como funcionaba el mundo de la radio, al menos en tres ocasiones Armstrong inventó tecnologías profundamente importantes que avanzaron nuestra comprensión de la radio.

El día después de la Navidad de 1933 a Armstrong se le otorgaron cuatro patentes por su invención más significativa —la radio FM. Hasta entonces, la radio comercial había sido de amplitud modulada (AM). Los teóricos de esa época habían dicho que una radio de frecuencia modulada jamás podría funcionar. Tenían razón en lo que respecta a una radio FM en una banda estrecha del espectro. Pero Armstrong descubrió que una radio de frecuencia modulada en una banda ancha del espectro podría proporcionar una calidad de sonido asombrosamente fiel, con mucho menos consumo del transmisor y con menos ruido estático.

El 5 de noviembre de 1935, hizo una demostración de esta tecnología en una reunión del Instituto de Ingenieros de Radio en el Empire State Building en Nueva York. Sintonizó su dial a través de una gama de emisoras de AM, hasta que la radio se quedó quieta en una emisión que había organizado a 27 kilómetros de distancia. La radio se quedó totalmente en silencio, como si estuviese muerta, y después, con una claridad que nadie en esa sala jamás había oído en un dispositivo eléctrico, produjo el sonido de la voz de un locutor: «Ésta es la emisora aficionada W2AG en Yorkers, Nueva York, operando en una frecuencia modulada de dos metros y medio».

La audiencia estaba oyendo algo que nadie había pensado que fuera posible:

Se vació un vaso de agua delante del micrófono en Yonkers; sonó como vaciar un vaso de agua... Se arrugó y rasgó un papel; sonó como un papel y no como un fuego crepitando en mitad del bosque... Se tocaron discos de marchas de Sousa y se interpretaron un solo de piano y una pieza para guitarra... La música se proyectó con una sensación de estar realmente en un concierto que raras veces se había experimentado con una «caja de música» radiofónica.³

Como nos muestra nuestro sentido común, Armstrong había descubierto una tecnología radiofónica manifiestamente superior. Pero en la época de su invento, Armstrong trabajaba para la RCA. La RCA era el actor dominante en el entonces dominante mercado de la radio AM. En 1935 había mil estaciones de radio en EE.UU., pero las emisoras de las grandes ciudades estaban en manos de un puñado de cadenas.

El presidente de la RCA, David Sarnoff, amigo de Armstrong, estaba deseando que Armstrong descubriera un medio para eliminar la distorsión estática de la radio AM. Así que Sarnoff estaba muy entusiasmado cuando Armstrong le dijo que tenía un dispositivo que eliminaba la estática de la «radio». Pero cuando Armstrong hizo una demostración de su invento, Sarnoff no se mostró satisfecho.

Pensaba que Armstrong inventaría algún tipo de filtro que eliminara el ruido estático de nuestra radio AM. No pensaba que empezaría una revolución —que empezaría toda una maldita industria que competiría con la RCA.⁴

³ Lawrence Lessing, *Man of High Fidelity: Edwin Howard Armstrong*, Philadelphia, J. B. Lipincott Company, 1956, p. 209.

⁴ Véase «Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era», First Electronic Church of America, en www.webstationone.com/fecha, disponible en el enlace #1.

El invento de Armstrong amenazaba el imperio AM de la RCA, así que la compañía lanzó una campaña para ahogar la radio FM. Si la FM podía ser una tecnología superior, Sarnoff era un estratega superior. Tal y como algún autor lo describe:

Las fuerzas a favor de la FM, en su mayoría del campo de la ingeniería, no pudieron superar el peso de la estrategia diseñada por las oficinas legales, de ventas y de patentes para derrotar a esta amenaza a la posición de la corporación. Porque la FM, en caso de que se le permitiera desarrollarse sin trabas, presentaba [...] un reordenamiento completo del poder en el campo de la radio [...] y la caída final del sistema cuidadosamente restringido de la AM sobre la cual la RCA había cultivado su poder.⁵

La RCA, en un principio, dejó la tecnología en casa, insistiendo en que hacían falta más pruebas. Cuando, después de dos años de pruebas, Armstrong empezó a impacientarse, la RCA comenzó a usar su poder con el gobierno para detener el despliegue generalizado de la FM. En 1936, la RCA contrató al anterior presidente de la FCC y le asignó la tarea de asegurarse de que la FCC asignara espectros de manera que castrara la FM —principalmente moviendo la radio FM a una banda del espectro diferente. En principio, estos esfuerzos fracasaron. Pero cuando Armstrong y el país estaban distraídos con la Segunda Guerra Mundial, el trabajo de la RCA empezó a dar sus frutos. Justo antes de que la guerra terminara, la FCC anunció una serie de medidas que tendrían un efecto claro: la radio FM quedaría mutilada. Tal y como describe Lessing:

La serie de golpes recibidos por la radio FM justo después de la guerra, por medio de una serie de decisiones manipuladas a través de la FCC por los grandes intereses radiofónicos, fue casi increíble en lo que respecta a su fuerza y perversidad.⁶

Para hacerle hueco en el espectro a la última gran apuesta de la RCA, la televisión, los usuarios de la radio FM tuvieron que ser trasladados a una banda del espectro totalmente nueva. También se disminuyó la potencia de las emisoras de FM, lo que significó que la FM ya no podía usarse para transmitir programas de un extremo a otro del país. (Este cambio fue fuertemente apoyado por la AT&T, debido a que la pérdida de estaciones repetidoras significaría que las estaciones de radio tendrían que comprarle cable a la AT&T para poder conectarse). Así se ahogó la difusión de la radio FM, al menos temporalmente. Armstrong ofreció resistencia a los esfuerzos de la

⁵ Lessing, p. 226.

⁶ Lessing, p. 256.

RCA. En respuesta, la RCA ofreció resistencia a las patentes de Armstrong. Después de incorporar la tecnología FM al estándar emergente para la televisión, la RCA declaró las patentes sin valor —sin base alguna, y casi quince años después de que se otorgaran. Se negó así a pagarle derechos a Armstrong. Durante cinco años, Armstrong peleó en una cara guerra de litigios para defender las patentes. Finalmente, justo cuando las patentes expiraban, la RCA ofreció un acuerdo con una compensación tan baja que ni siquiera cubriría las tarifas de los abogados de Armstrong. Derrotado, roto, y ahora en bancarota, en 1954 Armstrong le escribió una breve nota a su esposa y luego saltó desde la ventana de un decimotercer piso.

Así es como la ley funciona algunas veces. No es corriente que lo haga de esta manera tan trágica, y es raro que lo haga con este dramático heroísmo, pero, a veces, es así como funciona. Desde el principio, el gobierno y las agencias gubernamentales han corrido el peligro de que sean secuestradas. Es más probable que las secuestren cuando poderosos intereses sienten la amenaza de un cambio, ya sea legal o tecnológico. Con demasiada frecuencia, estos poderosos intereses emplean su influencia dentro del gobierno para que éste los proteja. Por supuesto, la retórica de esta protección está siempre inspirada en el beneficio público; la realidad, sin embargo, es algo distinta. Ideas que eran tan sólidas como una roca en una época pero que, sin más apoyo que sí mismas, se desmoronarían en la siguiente, se sostienen por medio de esta sutil corrupción de nuestro proceso político. La RCA tenía lo que no tenían los Causby: el poder necesario para asfixiar el efecto del cambio tecnológico.

NO HAY UN ÚNICO inventor de Internet. Ni hay una buena fecha para marcar su nacimiento. Sin embargo, en un tiempo muy corto, Internet se ha convertido en parte de la vida diaria de EE.UU. Según el Pew Internet and American Life Project, un 58% de los estadounidenses tenía acceso a Internet en 2002, subiendo así con respecto al 49% de dos años antes.⁷ Esa cifra podría perfectamente exceder dos tercios del país a finales del 2004.

Conforme Internet se ha integrado en la vida diaria, han cambiado las cosas. Algunos de esos cambios son técnicos —Internet ha hecho que las comunicaciones sean más rápidas, ha bajado los costes de recopilar datos, etc. Estos cambios técnicos no son el tema de este libro. Son importantes y

⁷ Amanda Lenhart, «The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide», Pew Internet and American Life Project, 15 de abril de 2003, p. 6, disponible en el enlace #2.

no se los comprende bien. Pero son el tipo de cosas que simplemente desaparecerían si apagáramos Internet. No afectan a la gente que no usa Internet, o al menos no la afectarían directamente. Son tema apropiado para un libro sobre Internet, pero este libro no es sobre Internet.

Por el contrario, este libro trata sobre el efecto que Internet tiene más allá de la propia Internet: el efecto que tiene sobre la forma en la que la cultura se produce. Mi tesis es que Internet ha inducido un importante y aún no reconocido cambio en ese proceso. Ese cambio transformará radicalmente una tradición que es tan vieja como nuestra república. La mayoría rechazaría este cambio, si lo reconociera. Sin embargo, la mayoría ni siquiera ve lo que ha introducido Internet.

Podemos vislumbrar algo si distinguimos entre cultura comercial y no comercial, y dibujamos un mapa de la forma en la que las leyes regulan cada una de ellas. Con «cultura comercial» me refiero a esa parte de nuestra cultura que se produce y se vende, o que se produce para ser vendida. Con «cultura no comercial» me refiero a todo lo demás. Cuando los ancianos se sentaban en los parques o en las esquinas de las calles y contaban historias que los niños y otra gente consumían, eso era cultura no comercial. Cuando Noah Webster publicaba su «Antología de artículos», o Joel Barlow sus poemas, eso es cultura comercial.

Al principio de nuestra historia, y durante casi toda la historia de nuestra tradición, la cultura no comercial básicamente no estaba sometida a regulación. Por supuesto, si tus historias eran obscenas o si tus canciones hacían demasiado ruido, las leyes podían intervenir. Pero las leyes nunca se preocupaban directamente de la creación o la difusión de esta forma de cultura y dejaban que esta cultura fuera «libre». La ley deja en paz los modos corrientes en los que los individuos normales compartían y transformaban su cultura —contando historias, recreando escenas de obras de teatro o de la televisión, participando en clubs de fans, compartiendo música, grabando cintas.

Las leyes se centraban en la creatividad comercial. Al principio de un modo leve, y después de una manera bastante más extensa, las leyes protegían los incentivos a los creadores concediéndoles derechos exclusivos sobre sus obras de creación, de manera que pudieran vender esos derechos exclusivos en el mercado.⁸ Esto es también, por supuesto, una parte importante

⁸ Éste no es el único propósito del copyright, aunque es abrumadoramente primordial en el copyright establecido por la constitución federal. La ley estatal del copyright históricamente no sólo protegía los intereses comerciales en lo que respecta a la publicación, sino también un interés por permanecer anónimo. Al conceder a los autores el derecho exclusivo a la primera publicación, la ley estatal del copyright les daba el poder de controlar la difusión de datos sobre ellos. Véase Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, pp. 198-200.

de la creatividad y la cultura y se ha convertido cada vez más en una parte importante de EE.UU. Pero de ningún modo era la parte dominante de nuestra tradición. Era, por el contrario, tan sólo una parte, una parte controlada, equilibrada por la parte libre.

Ahora se ha borrado esta división general entre lo libre y lo controlado.⁹ Internet ha preparado dicha disipación de los límites y, bajo la presión de los grandes medios de comunicación, ahora las leyes la han hecho efectiva esta disipación. Por primera vez en nuestra tradición, las formas habituales en las cuales los individuos crean y comparten la cultura caen dentro del ámbito de acción de las regulaciones impuestas por leyes, que se han expandido para poner bajo su control una enorme cantidad de cultura y creatividad a la que nunca antes habían llegado. La tecnología que preservaba el equilibrio de nuestra historia —entre los usos de nuestra cultura que eran libres y aquellos que tenían lugar solamente tras recibir permiso— ha sido destruida. La consecuencia es que de forma creciente somos menos una cultura libre y más una cultura del permiso.

Se justifica la necesidad de este cambio diciendo que es preciso para proteger la creatividad comercial. Y, de hecho, el proteccionismo es el motivo que tiene detrás. Pero el proteccionismo que justifica los cambios que describiré más adelante no es del tipo limitado y equilibrado que habían sido definido por las leyes en el pasado. No se trata de un proteccionismo que tiene como fin proteger a los artistas. Es, por el contrario, un proteccionismo que tiene como propósito proteger ciertas formas de negocio. Corporaciones amenazadas por el potencial de Internet para cambiar la forma en la que se produce y comparte la cultura, tanto comercial como no comercial, se han unido para inducir a los legisladores a que usen las leyes para protegerlos. Ésta es la historia de la RCA y Armstrong; es el sueño de los Causby.

Esto es porque Internet ha desencadenado una extraordinaria posibilidad de que muchos participen en este proceso de construir y cultivar una cultura que va mucho más allá de los límites locales. Ese poder ha cambiado el mercado en relación a las formas en las que se construye y se cultiva la cultura en general, y ese cambio, a su vez, amenaza a las industrias de contenidos asentadas en su poder. Por lo tanto, Internet es para estas industrias que construían y distribuían contenidos en el s. XX lo que la radio FM fue para la radio AM, o lo que el camión fue para la industria del ferrocarril en el s. XIX: el principio del fin, o al menos una transformación fundamental.

⁹ Amanda Lenhart, «The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide», Pew Internet and American Life Project, 15 de abril de 2003, p. 6, disponible en el enlace #2.

Las tecnologías digitales, ligadas a Internet, podrían producir un mercado para la construcción y el cultivo de la cultura, inmensamente más competitivo y vibrante; ese mercado podría incluir una gama mucho más amplia y diversa de creatividad; y, dependiendo de unos pocos factores importantes, esos creadores podrían ganar de media más de lo que ganan con el sistema de hoy en día —todo esto en tanto en cuanto las RCAs actuales no usen las leyes para protegerse contra esta competencia.

Sin embargo, como definiendo en las páginas que siguen, esto es precisamente lo que está ocurriendo en nuestra cultura. Los modernos equivalentes de la radio de principios del s. XX o de los ferrocarriles del s. XIX están usando su poder para conseguir que las leyes los protejan contra esta nueva tecnología que es más vibrante y eficiente para construir cultura que la antigua. Están triunfando en lo que respecta a su plan para reconfigurar Internet antes de que Internet los reconfigure a ellos.

A muchos no les parece que esto sea así. A la mayoría, las batallas sobre el copyright e Internet les parecen remotas. A los pocos que las siguen, les parecen que tratan principalmente acerca de una serie mucho más sencilla de cuestiones —sobre si se permitirá la «piratería» o no, sobre si se protegerá la «propiedad» o no. La «guerra» que se ha librado contra las tecnologías de Internet —lo que el presidente de la Asociación Estadounidense de Cine (MPAA en inglés), Jack Valenti, ha llamado su «propia guerra contra el terrorismo»¹⁰ — ha sido presentada como una batalla en torno al imperio de la ley y el respeto a la propiedad. Para saber de qué bando ponerse en esta guerra, la mayoría piensa que basta solamente con decidir si estamos a favor o en contra de la propiedad.

Si éstas fueran de verdad las opciones, entonces yo estaría de acuerdo con Jack Valenti y la industria de contenidos. Yo también creo en la propiedad, y especialmente en la importancia de lo que Valenti llama «la propiedad creativa». Creo que la «piratería» está mal, y que las leyes, bien afinadas, deberían castigar la «piratería», se produzca fuera o dentro de Internet.

Pero estas sencillas creencias enmascaran en realidad una cuestión mucho más fundamental y un cambio mucho más drástico. Lo que yo temo es que a menos que lleguemos a ver este cambio, la guerra para librar Internet de «piratas» también librará a nuestra cultura de valores que han sido claves en nuestra tradición desde el principio.

¹⁰ Amy Harmon, «Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club», *New York Times*, 17 de enero de 2002.

Estos valores construyeron una tradición que, durante al menos los primeros 180 años de nuestra República, garantizaba a los creadores el derecho a construir libremente a partir de su pasado, y protegía a los creadores y los innovadores tanto del Estado como del control privado. La Primera Enmienda protegía a los creadores contra el control del Estado. Y como el Profesor Neil Netanel argumenta convincentemente,¹¹ la ley del copyright, con los contrapesos adecuados, protegía a los creadores contra el control privado. Nuestra tradición no era ni soviética ni tampoco era la tradición de los mecenas de las artes. Antes bien, excavó un amplio espacio dentro del cual los creadores podían cultivar y extender nuestra cultura.

Sin embargo, la respuesta de las leyes a Internet, cuando van ligadas de los cambios en la misma tecnología de Internet, han incrementado masivamente la regulación efectiva de la creatividad en EE.UU. Para criticar o construir a partir de la cultura que nos rodea, uno tiene antes que pedir permiso, como si fuera *Oliver Twist*. Este permiso, por supuesto, se concede a menudo —pero no tan a menudo a los que son críticos o independientes. Hemos construido una especie de aristocracia cultural; aquellos que están dentro de la clase nobiliaria viven una vida cómoda; los que están fuera, no. Pero cualquier aristocracia es ajena a nuestra tradición.

La historia que sigue trata acerca de esta guerra. No trata de la «centralidad de la tecnología» en la vida diaria. No creo en dios alguno, ya sea digital o de cualquier otro tipo. La historia que sigue no supone tampoco un esfuerzo para demonizar a ningún individuo o grupo, porque no creo en el demonio, ya sea corporativo o de cualquier otro tipo. Esto no es un auto de fe, ni una fábula con moraleja, ni llamo tampoco a la guerra santa contra ninguna industria.

Por el contrario, supone un esfuerzo para comprender una guerra desesperadamente destructiva inspirada en las tecnologías de Internet pero con un alcance que va más allá de su código. Y al entender esta batalla, este libro supone un esfuerzo para diseñar la paz. No hay ni una sola buena razón para que continúe la lucha actual en torno a las tecnologías de Internet. Se hará gran daño a nuestra tradición y a nuestra cultura si se permite que siga sin control. Debemos llegar a comprender el origen de esta guerra. Debemos resolverla pronto.

¹¹ Neil W. Netanel, «Copyright and a Democratic Civil Society», *Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283.

IGUAL QUE EN la batalla de los Causby, esta guerra tiene que ver, en parte, con la «propiedad». La propiedad, en esta guerra, no es tan tangible como la de la guerra de los Causby y todavía no ha muerto ningún pollo inocente. Sin embargo, las ideas que hay en torno a esta «propiedad» resultan tan obvias a mucha gente como les parecía a los Causby las afirmaciones sobre la santidad de su granja. Nosotros somos los Causby. La mayoría de nosotros damos por sentado las reclamaciones extraordinariamente poderosas que ahora llevan a cabo los dueños de la «propiedad intelectual». La mayoría de nosotros, como los Causby, tratamos esas exigencias como si fuesen obvias. Y por lo tanto, como los Causby, estamos en contra cuando una nueva tecnología interfiere con esta propiedad. Nos resulta tan claro como lo era para ellos el que las nuevas tecnologías de Internet están «invadiendo» los derechos legítimos de su «propiedad». Nos resulta tan claro, a nosotros como a ellos, que las leyes deben intervenir para detener este allanamiento.

Y por tanto, cuando los *geeks* y los tecnólogos defienden a su Armstrong o a sus hermanos Wright, la mayoría de nosotros simplemente no estamos de su parte, ni tampoco los comprendemos. El sentido común no se rebela. A diferencia que en el caso de los pobres Causby, en esta guerra el sentido común está del lado de los propietarios. A diferencia de lo ocurrido con los afortunados hermanos Wright, Internet no ha inspirado una revolución de su parte.

Mi esperanza es agilizar este sentido común. Cada vez me he ido asombrando más ante el poder que tiene esta idea de la propiedad intelectual y, de un modo más importante, del poder que tiene para desactivar el pensamiento crítico por parte de los legisladores y los ciudadanos. En toda nuestra historia nunca ha habido un momento como el actual, en el que una parte tan grande de nuestra «cultura» fuera «posesión» de alguien. Y sin embargo jamás ha habido un momento en el que la concentración de poder para controlar los *usos* de la cultura se haya aceptado con menos preguntas que como ocurre hoy en día.

La complicada pregunta es: ¿por qué?

¿Es porque hemos llegado a comprender la verdad sobre el valor y la importancia de la propiedad absoluta sobre las ideas y la cultura? ¿Es porque hemos descubierto que nuestra tradición de rechazo a tales reclamaciones absolutas estaba equivocada?

¿O es porque la idea de propiedad absoluta sobre las ideas y la cultura beneficia a las RCAs de nuestro tiempo y se ajusta a nuestras intuiciones más espontáneas?

¿Es este cambio radical, que nos aleja de nuestra tradición de cultura libre, una instancia con la que EE.UU. corrige un error de su pasado, tal y como hicimos tras una sangrienta guerra contra la esclavitud, y estamos

haciendo poco a poco con las desigualdades? ¿O es este cambio radical un ejemplo más de un sistema político secuestrado por unos pocos y poderosos intereses privados?

¿El sentido común apoya los extremos en relación a esta cuestión debido a que el sentido común cree de verdad en estos extremos? ¿O está el sentido común callado ante estos extremos porque, como con Armstrong contra la RCA, el bando más poderoso se ha asegurado de tener la opinión más convincente?

No pretendo hacerme el misterioso. Mis propias opiniones están ya claras. Creo que fue bueno que el sentido común se rebelara contra el extremismo de los Causby. Creo que estaría bien que el sentido común volviera a rebelarse contra las afirmaciones extremas hechas hoy en día a favor de la «propiedad intelectual». Lo que actualmente exigen las leyes se acerca cada vez más a la estupidez de un sheriff que arrestara a un avión por allanamiento. Pero las consecuencias de esta estupidez serán mucho más profundas.

LA LUCHA QUE se libra ahora mismo se centra en dos ideas: «piratería» y «propiedad». El objetivo de las próximas dos partes de este libro es explorar estas dos ideas.

El método que sigo no es el habitual en un profesor universitario. No quiero sumergirte en un argumento complejo, reforzado por referencias a oscuros teóricos franceses —por muy natural que eso se haya vuelto para la clase de bichos raros en la que nos hemos convertido. En cada parte, más bien, comienzo con una colección de historias que dibujan el contexto dentro del cual se pueden comprender mejor estas ideas aparentemente sencillas.

Estas dos secciones establecen la tesis central de este libro: que mientras que Internet ha producido realmente algo fantástico y nuevo, nuestro gobierno, presionado por los grandes medios audiovisuales para que responda a esta «cosa nueva», está destruyendo algo muy antiguo. En lugar de comprender los cambios que Internet permitiría, y en lugar de dar tiempo para que el «sentido común» decida cuál es la mejor forma de responder a ellos, estamos dejando que aquellos más amenazados por los cambios usen su poder para cambiar las leyes —y, de un modo más importante, usen su poder para cambiar algo fundamental acerca de lo que siempre hemos sido.

Permitimos esto, creo, no porque esté bien, ni porque la mayoría de nosotros creamos en estos cambios legales. Lo permitimos porque entre los intereses más amenazados se hallan los principales agentes de nuestro proceso de

promulgación legislativa, tan deprimentemente lleno de compromisos. Este libro es la historia de una de las consecuencias más de esta forma de corrupción —una consecuencia que para la mayoría de nosotros está sumida en el olvido.

Parte I.

«Piratería»

DESDE LOS COMIENZOS de las leyes que regulan la propiedad creativa, ha existido una guerra contra la «piratería». Los contornos precisos de este concepto, «piratería», son difíciles de esbozar, pero la injusticia que lo anima es fácil de entender. Como escribió Lord Mansfield en relación con un caso que extendía el alcance de la ley inglesa de copyright para incluir las partituras:

Una persona puede usar la copia tocándola, pero no tiene ningún derecho a robarle al autor los beneficios multiplicando las copias y disponiendo de ellas para su propio uso.¹

Hoy día estamos en medio de otra «guerra» contra la «piratería». Internet ha causado esta guerra. Internet posibilita la difusión eficiente de contenidos. El intercambio de ficheros entre iguales (p2p) es una de las tecnologías más eficaces que permite Internet. Usando inteligencia distribuida, los sistemas p2p facilitan la difusión de contenidos de una forma que nadie habría imaginado hace una generación.

¹ *Bach contra Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777) (Mansfield), *Law Journal* 106 (1996), p. 283.

Esta eficiencia no respeta las líneas tradicionales del copyright. La red no discrimina entre el intercambio de contenidos con copyright y sin él. Por lo tanto se ha compartido una inmensa cantidad de contenidos con copyright. Ese intercambio a su vez ha animado la guerra, dado que los dueños de copyright temen que el intercambio «robe al autor sus legítimos beneficios».

Los guerreros han recurrido a los tribunales, a los legisladores y de un modo creciente a la tecnología para defender su «propiedad» contra esta «piratería». Una generación de estadounidenses, avisan los guerreros, se está criando en la creencia de que la «propiedad» debe ser «gratis». Olvídate de los tatuajes, olvídate de los *piercings* —¡nuestros chavales se están convirtiendo en *ladrones!*

No hay duda de que la «piratería» está mal y de que los piratas deberían ser castigados. Pero antes de llamar a los verdugos, deberíamos poner en contexto esta noción de «piratería». Porque conforme se usa cada vez más, se reconoce en su mismo centro una idea extraordinaria que, con casi completa seguridad, es un error.

Esta idea es una cosa así:

El trabajo creativo tiene un valor; cada vez que use, o tome, o me base en el trabajo creativo de otros, estoy tomando de ellos algo con valor. Cada vez que tomo de alguien algo con valor, debería tener su permiso. Tomar de alguien algo con valor sin su permiso está mal. Es una forma de piratería.

Esta opinión está profundamente incrustada en los debates de hoy. Es lo que critica el profesor de derecho de la New York University, Rochelle Dreyfuss, como la teoría de la propiedad creativa del «si hay valor, hay derecho»² —es decir, si hay un valor, entonces alguien debe tener un derecho sobre el mismo. Es el punto de vista que llevó a una organización de derechos de autor, la ASCAP, a demandar a las Girl Scouts por no pagar por las canciones que cantaban en sus fuegos de campamento.³ Si había «valor» (las canciones) entonces debía haber un «derecho» —incluso contra las Girl Scouts.

La idea es ciertamente una de las formas posibles de comprender cómo debería funcionar la propiedad creativa. Podría también ser un posible diseño para las leyes que defiendan la propiedad creativa. Pero la teoría de «si hay valor, hay derecho» nunca ha sido la teoría de la propiedad creativa de EE.UU. Nunca ha llegado a echar raíces en nuestras leyes.

² Véase Rochelle Dreyfuss, «Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation», *Notre Dame Law Review* 65 (1990), p. 397.

³ Lisa Bannon, «The Birds May Sing, but Campers Can't Unless They Pay Up», *Wall Street Journal*, 21 de agosto de 1996, disponible en el enlace #3; Jonathan Zittrain, «Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins», *Boston Globe*, 24 de noviembre de 2002.

En nuestra tradición, por el contrario, la propiedad intelectual es un instrumento. Crea los fundamentos para una sociedad rica en creatividad pero permanece en una posición subordinada con respeto al valor de la misma. El debate actual ha invertido la situación. Hemos llegado a preocuparnos tanto por proteger el instrumento que hemos perdido de vista el valor que promovía.

El origen de esta confusión está en una distinción que las leyes ya no se cuidan en hacer —la distinción entre volver a publicar la obra de alguien, por una parte, y transformar o basarse en esa obra, por otra. Cuando nacieron, las leyes de copyright sólo se preocupaban de que alguien publicara algo; hoy en día, las leyes del copyright se ocupan de ambas actividades.

Antes de las tecnologías de Internet, esta tendencia a confundir todo no importaba gran cosa. Las tecnologías de publicación eran caras; eso significaba que la mayoría de las publicaciones eran comerciales. Las entidades comerciales podían soportar el peso de la ley —incluso si ese peso tenía la misma complejidad bizantina que la que habían adquirido las leyes del copyright. Era simplemente un gasto más de estar en el negocio.

Pero con el nacimiento de Internet, este límite natural al alcance de la ley ha desaparecido. La ley controla no solamente la creatividad de los creadores comerciales, sino de hecho la de todos. Aunque esa expansión no importaría tanto si las leyes del copyright solamente regularan la «copia» de la forma tan amplia y oscura en la que lo hacen, la extensión importa mucho. El peso de esta ley supera ahora, de forma inmensa, cualquier beneficio original —ciertamente cuando afecta a la creatividad no comercial y de un modo creciente cuando afecta también a la creatividad comercial. De manera que, como veremos mejor en los capítulos que siguen, el papel de la ley es cada vez menos el de apoyar la creatividad y cada vez más el de proteger a ciertas industrias contra la competencia. Justo en el momento en el que la tecnología digital podría desatar una extraordinaria gama de creatividad comercial y no comercial, las leyes imponen a esta creatividad el peso de unas reglas irracionalmente complejas y vagas, además de la amenaza de penas obscuramente severas. Bien podemos estar viendo, como escribe Richard Florida, «la Emergencia de la Clase Creativa».⁴ Por desgracia, estamos también viendo la extraordinaria emergencia de la regulación de esta clase creativa.

⁴ En *The Rise of the Creative Class* (Nueva York, Basic Books, 2002) Richard Florida documenta un cambio en la naturaleza del trabajo, en la línea de un trabajo más creativo. Su obra, no obstante, no trata directamente de las condiciones legales bajo las cuales la creatividad se hace posible o queda asfixiada. Estoy ciertamente de acuerdo con él en lo que respecta a la importancia y la significación de estos cambios, pero también creo que las condiciones bajo las que serán posibles son mucho más tenues.

Estas cargas no tienen sentido en nuestra tradición. Deberíamos empezar por comprender esta tradición un poco mejor y por poner en el contexto apropiado las batallas actuales en torno a un comportamiento al que llaman «piratería».

1. Creadores

EN 1928 NACIÓ UN PERSONAJE DE DIBUJOS ANIMADOS. Un temprano Mickey Mouse hizo su debut en mayo de aquel año, en un corto mudo llamado *Plane Crazy*. En noviembre, en el Cine Colonia de la ciudad de Nueva York, en la primera cinta de dibujos animados sincronizados con sonido, *Steamboat Willie* sacó a la luz al personaje que se convertiría en Mickey Mouse.

El sonido sincronizado se había introducido en el cine un año antes con la película *El cantor de jazz*. Su éxito llevó a que Walt Disney copiara la técnica y mezclara el sonido con los dibujos animados. Nadie sabía si funcionaría o, si en caso de funcionar, llegaría a ganarse un público. Pero cuando Disney hizo una prueba en el verano de 1928, los resultados no dejaron lugar a dudas. Tal y como Disney describe aquel experimento:

Dos de mis muchachos sabían leer música, y uno de ellos sabía tocar el órgano. Los pusimos en una habitación en la que podían ver la pantalla y lo arreglamos todo para llevar el sonido a la habitación en la que nuestras esposas y amigos iban a ver la película.

Los muchachos trabajaban a partir de una partitura con música y efectos sonoros. Después de varias salidas en falso, el sonido y la acción echaron a correr juntos. El organista tocaba la melodía, el resto de nosotros en el departamento de sonido golpeábamos cacerolas y soplabamos silbatos. La sincronización era muy buena.

El efecto en nuestro pequeño público no fue nada menos que electrizante. Respondieron casi instintivamente a esta unión de sonido y animación. Pensé que se estaban burlando de mí. De manera que me senté entre el público y lo hicimos todo otra vez. ¡Era terrible, pero era maravilloso! ¡Y era algo nuevo!

¹ Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons*, Nueva York, Penguin Books, 1987, pp. 34-35.

El entonces socio de Disney, uno de los talentos más extraordinarios en el campo de la animación, Ub Iwerks, lo explica con mayor intensidad: «Nunca he recibido una emoción mayor en mi vida. Nada desde entonces ha estado a la misma altura».

Disney había creado algo muy nuevo, basándose en algo relativamente nuevo. El sonido sincronizado dio vida a una forma de creatividad que raramente había sido —excepto en manos de Disney— algo más que un relleno para otras películas. Durante toda la temprana historia de la animación, la invención de Disney marcó el estándar que otros se esforzaron por alcanzar. Y bastante a menudo el gran genio de Disney, su chispa de creatividad, se basó en el trabajo de otros.

Todo esto es algo familiar. Lo que ya quizá no sabrás es que 1928 también marcó otra transición importante. Ese mismo año otro genio, pero de la comedia y no de la animación creó su última película muda producida de forma independiente. Ése genio era Buster Keaton. La película era *Steamboat Bill, Jr.*

Keaton nació en una familia de actores de vodevil en 1895. En la era del cine mudo había sido el rey usando la comedia corporal como forma de arrancarle incontenibles carcajadas a su público. *Steamboat Bill, Jr.* era un clásico de este estilo, famoso entre los cinéfilos por sus números increíbles. La película era puro Keaton —extremadamente popular y de las mejores de su género.

Steamboat Bill, Jr. apareció antes de los dibujos animados de Disney, *Steamboat Willie*. La coincidencia de títulos no es casual. *Steamboat Willie* es una parodia directa en dibujos animados de *Steamboat Bill*,² y ambas tienen como fuente una misma canción. No se trata solamente de que a partir de la invención del sonido sincronizado en *El cantor de jazz* obtengamos *Steamboat Willie*. Sino que también lo obtenemos a partir de la invención de *Steamboat Bill, Jr.*, por parte de Buster Keaton, inspirado a su vez en la canción «*Steamboat Bill*». Y a partir de *Steamboat Willie* obtenemos Mickey Mouse.

Este «préstamo» no era algo único, ni para Disney ni para la industria. Disney siempre estuvo repitiendo como un loro los largometrajes destinados al gran público de su tiempo.³ Lo mismo hacían muchos otros. Los primeros

² Les estoy agradecido a David Gerstein y a su cuidadosa historia, descrita en el enlace #4. Según Dave Smith de los Archivos Disney, Disney pagó royalties para usar la música de cinco canciones en *Steamboat Willie*: «*Steamboat Bill*», «*The Simpleton*» (Delille), «*Mischief Makers*» (Carbonara), «*Joyful Hurry No. 1*» (Baron), and «*Gawky Rube*» (Lakay). Una sexta canción, «*The Turkey in the Straw*», ya estaba bajo dominio público. Carta de David Smith a Harry Surden, 10 de julio de 2003, copia en mano del autor.

³ Él también era un fan del dominio público. Véase Chris Sprigman, «*The Mouse that Ate the Public Domain*», Findlaw, 5 de marzo de 2002, en enlace #5.

dibujos animados están llenos de obras derivadas —ligeras variaciones de los temas populares; historias antiguas narradas de nuevo. La clave del éxito era la brillantez de las diferencias. Con Disney, fue el sonido lo que dio la chispa a sus animaciones. Más tarde, fue la calidad de su trabajo en comparación con los dibujos animados producidos en masa con los que competía. Sin embargo, estos añadidos fueron creados sobre una base que había tomado prestada. Disney añadió cosas al trabajo de otros antes que él, creando algo nuevo a partir de algo que era apenas viejo.

A veces el préstamo era poca cosa. A veces era significativo. Piensa en los cuentos de hadas de los hermanos Grimm. Si tienes tan mala memoria como yo, seguramente pensarás que estos cuentos son historias dulces y felices, apropiadas para cualquier niño a la hora de acostarse. En realidad, los cuentos de hadas de los hermanos Grimm nos resultan, bueno, bastante siniestros. Solamente unos pocos padres demasiado ambiciosos se atreverán a leerles a sus hijos, a la de hora de acostarse o a cualquier otra hora, esas historias llenas de sangre y moralina.

Disney tomó estas historias y las volvió a contar de una manera que las condujo a una nueva era. Las animó convirtiéndolas en dibujos animados, con personajes y luz. Sin eliminar por completo los elementos de miedo y peligro, hizo que lo oscuro fuera divertido e inyectó compasión genuina donde antes sólo había terror. Y esto no lo hizo únicamente con la obra de los hermanos Grimm. De hecho, el catálogo de las obras de Disney que se basan en la obra de otros es asombroso cuando se repasa en su totalidad: *Blancanieves* (1937), *Fantasia* (1940), *Pinocho* (1940), *Dumbo* (1941), *Bambi* (1942), *Canción del sur* (1946), *Cenicienta* (1950), *Alicia en el país de las maravillas* (1951), *Robin Hood* (1952), *Peter Pan* (1953), *La dama y el vagabundo* (1955), *Mulan* (1998), *La bella durmiente* (1959), *101 dalmatas* (1961), *Merlín el encantador* (1963) y *El libro de la selva* (1967)—sin mencionar un ejemplo reciente del que quizá nos deberíamos olvidar, *El planeta del tesoro* (2003). En todos estos casos, Disney (o Disney, Inc.) tomó creatividad de la cultura a su alrededor, mezcló esa creatividad con su propio talento extraordinario, y luego copió esa mezcla en el alma de su cultura. Toma, mezcla y copia.⁴

Esta es una forma de creatividad. Es una forma que deberíamos recordar y celebrar. Hay quien dice que no hay más forma de creatividad que ésta. No tenemos que ir tan lejos para reconocer su importancia. Podemos llamarla creatividad Disney, aunque eso sería un poco engañoso. Es, para ser más precisos, «la creatividad de Walt Disney» —una forma de expresión y de genio que se basa en la cultura que nos rodea y que la convierte en algo diferente.

⁴ En el original, el slogan de Apple: «Rip, mix, and burn» [N. del T].

En 1928, la cultura de la que Disney tenía la libertad de nutrirse era relativamente fresca. En 1928 el dominio público no era muy antiguo y por lo tanto estaba muy vivo. El plazo medio del copyright era aproximadamente treinta años —para esa minoría de obras creativas que tenían efectivamente copyright.⁵ Eso significaba que durante una media de treinta años los autores y los dueños de copyright de una obra creativa tenían un «derecho exclusivo» para controlar ciertos usos de esa obra. Para usar esta obra con copyright de acuerdo con los usos protegidos se requería el permiso del dueño del copyright.

Al final del plazo de copyright, una obra pasaba al dominio público. Entonces no se necesitaba permiso alguno para usarla o para basarse en esa obra. Ningún permiso y, por tanto, ningún abogado. El dominio público era «zona libre de abogados». Así, en 1928 la mayoría de los contenidos del siglo XIX eran libres para que Disney los usara y se basara en ellos. Eran libres para que cualquiera —tuviera contactos o no, fuera rico o no, tuviera permiso o no— los usara y se basara en ellos.

Es la forma en la que las cosas habían sido siempre —hasta hace bien poco. Durante la mayoría de nuestra historia, el dominio público estaba justo detrás del horizonte. Desde 1790 a 1978, el plazo medio del copyright nunca fue más de treinta y dos años, lo cual significaba que la mayoría de la cultura que tuviera apenas una generación y media era libre para que cualquiera se basara en ella sin necesitar permiso de nadie. Hoy en día el equivalente sería que las obras creativas de los sesenta y los setenta fueran libres para que el próximo Walt Disney pudiera basarse en ellas sin permisos. No obstante, el dominio público hoy sólo está presuntamente libre en lo que respecta a los contenidos de antes de la Gran Depresión.

POR SUPUESTO, Walt Disney no tenía un monopolio sobre la «creatividad Walt Disney». Ni tampoco EE.UU. La norma de la cultura libre, salvo hasta hace poco, y con la excepción de los países totalitarios, ha sido ampliamente explotada y se puede considerar bastante universal.

⁵ Hasta 1976, la ley del copyright concedía al autor la posibilidad de tener dos plazos: un plazo inicial y un plazo renovado. He calculado el plazo «medio» determinando la media ponderada del total de registros para un año determinado y la proporción de renovaciones. De manera que, si se registran 100 copyrights en el año 1, y solamente 15 se renuevan, y el plazo de renovación es 28 años, entonces el plazo medio es 32.2. Para los datos de renovación y otros datos relevantes, véase el sitio web asociado a este libro, disponible en el enlace #6.

Consideremos, por ejemplo, una forma de creatividad que les parece extraña a muchos estadounidenses pero que es imposible de evitar en la cultura japonesa: el *manga*, o los comics. Los japoneses son fanáticos de los comics. Un 40 % de las publicaciones son comics y un 30 % de los ingresos de publicación proviene de los comics. Están por todos sitios, en cualquier kiosko, en las manos de muchos de los que van a trabajar usando el extraordinario sistema japonés de transporte público.

Los estadounidenses suelen mirar con desdén esta forma de cultura. Una característica nuestra poco atractiva. Tendemos a malinterpretar muchas cosas relacionadas con el manga, debido a que pocos de nosotros hemos leído algo semejante a las historias que cuentan estas «novelas gráficas». Para los japoneses el manga cubre todos los aspectos de la vida social. Para nosotros, los comics son «hombres con leotardos». Y de todas maneras no es que el metro de Nueva York esté lleno de lectores de Joyce o al menos de Hemingway. Gente de distintas culturas se distrae de formas distintas, los japoneses de esta forma tan interesantemente diferente.

Pero mi intención aquí no es comprender el manga. Es describir una variante del manga que desde la perspectiva de un abogado es muy extraña, pero que desde la perspectiva de Disney es muy familiar.

Se trata del fenómeno del *doujinshi*. Los *doujinshi* también son comics, pero son un tipo de imitaciones de comics. Una rica ética gobierna la creación de los *doujinshi*. No es un *doujinshi* si es sólo una copia; el artista tiene que contribuir de alguna forma al arte que está copiando, transformándolo de un modo sutil o significativo. Así un comic *doujinshi* puede tomar un comic para el público general y desarrollarlo de una manera distinta —con una trama diferente. O el comic puede mantener al personaje principal tal y como es pero cambiar ligeramente su aspecto. No hay ninguna fórmula para determinar qué hace que un *doujinshi* sea lo suficientemente «diferente». Pero debe ser diferente si se quiere que sea considerado un verdadero *doujinshi*. De hecho, hay comités que examinan *doujinshi* para incluirlos en exposiciones y rechazan cualquier imitación que sea meramente una copia.

Estos comics imitación no son una parte minúscula del mercado del manga. Son una parte enorme. Hay más de 33.000 «círculos» de creadores de todo Japón que producen estos pedacitos de creatividad Walt Disney. Más de 450.000 japoneses se reúnen dos veces al año, en la reunión pública más grande de país, para intercambiarlos y venderlos. Este mercado existe en paralelo al mercado comercial destinado al gran público. Es obvio que de alguna forma compite con ese mercado, pero no hay ningún esfuerzo sistemático por parte de aquellos que controlan el mercado comercial del manga para cerrar el mercado del *doujinshi*. Florece, a pesar de la competencia y a pesar de las leyes.

La característica más desconcertante del mercado del *doujinshi*, para, al menos, aquellos con una educación en derecho, es simplemente el hecho de que se permita que exista. Bajo las leyes del copyright japonesas, las cuales en este aspecto (sobre el papel) son un calco de las estadounidenses, el mercado del *doujinshi* es ilegal. Los *doujinshi* son simplemente «obras derivadas». No hay un método general por parte de los artistas del *doujinshi* para obtener el permiso de los creadores de manga. La práctica, por el contrario, consiste simplemente en tomar las creaciones de otros y modificarlas, como hizo Walt Disney con Steamboat Bill Jr. Tanto bajo las leyes japonesas como bajo las estadounidenses, ese «préstamo» sin el permiso del dueño del copyright original es ilegal. Se infringe el copyright original cuando se hace una copia o una obra derivada sin el permiso del dueño del copyright original.

Sin embargo, este mercado ilegal existe y, de hecho, florece en Japón, y en opinión de muchos, el manga florece precisamente porque existe. Tal y como me dijo Judd Winick, creadora de novelas gráficas estadounidense: «Los primeros días del comic en EE.UU. eran muy parecidos a lo que ocurre hoy en Japón. [...] Los comics estadounidenses nacieron por medio de la copia recíproca. [...] Así era como [los artistas] aprendían a dibujar —yendo a los libros de comics, no calcándolos, sino mirándolos y copiándolos» y basándose en ellos.⁶

Los actuales comics estadounidenses son muy diferentes, explica Winick, en parte debido a las dificultades legales para adaptar comics de la misma manera en la que se permite que los *doujinshi* lo hagan. Hablando de Superman, Winick me dijo que «éstas son las reglas y te tienes que atener a ellas». Hay cosas que Superman «no puede» hacer. «Como creadora es frustrante tener que adherirte a algunos parámetros que ya tienen cincuenta años».

La norma en Japón atenúa esta dificultad legal. Hay quien dice que el beneficio que recauda el mercado japonés del manga explica esta actitud indulgente. Por ejemplo, Salil Mehra, profesor de derecho de la Universidad de Temple, tiene la hipótesis de que el mercado del manga acepta lo que técnicamente son violaciones del derecho ya que incitan a que el mercado del manga sea más rico y productivo. Todos perderían si se prohibieran los *doujinshi*, de manera que las leyes no prohíben los *doujinshi*.⁷

⁶ Para una excelente historia, véase Scott McCloud, *Reinventing Comics*, Nueva York, Perennial, 2000.

⁷ Véase Salil K. Mehra, «Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?» *Rutgers Law Review* 55 (2002): 155, p. 182. «Debe haber una racionalidad económica colectiva que lleve a que los artistas de *manga* y *anime* renuncien a tomar acciones legales contra esta violación de copyright. Una hipótesis es que puede que todos los artistas de manga se beneficien colectivamente si ponen a un lado sus intereses individuales y deciden no hacer cumplir sus derechos legales. Este es esencialmente un dilema del prisionero resuelto».

El problema con esta historia, sin embargo, como Mehra simplemente reconoce, es que el mecanismo que produce esta respuesta modelo *laissez faire* no está claro. Bien pudiera ser que al mercado en general le vaya mejor si se permiten los doujinshi en lugar prohibirlos, pero eso no explica, sin embargo, por qué los dueños individuales de copyright no demandan a nadie. Si las leyes no hacen una excepción general para el *doujinshi*, y de hecho en algunos casos artistas individuales del manga han demandado a artistas del *doujinshi*, ¿por qué no hay un patrón más general que bloquee estos «prestatos libres y gratuitos» por parte de la cultura *doujinshi*?

Pasé cuatro meses maravillosos en Japón, e hice esta pregunta tan a menudo como me fue posible. Al final, quizás la mejor explicación me la dio un amigo en uno de los bufetes japoneses más importantes. «No tenemos suficientes abogados», me dijo una tarde. «Simplemente no hay suficientes recursos como para perseguir casos así».

Éste es un tema al que volveremos: la regulación legal es una función tanto de las palabras en los códigos como del coste de hacer que esas palabras tengan efecto. De momento, concentrémonos en la pregunta obvia que salta a la mente: ¿Estaría mejor Japón con más abogados? ¿Sería el manga más rico si los artistas del *doujinshi* fueran sistemáticamente perseguidos? ¿Ganarían algo importante los japoneses si pudieran acabar con esta práctica de intercambio sin compensaciones? ¿Perjudica en este caso la piratería a sus víctimas o las ayuda? ¿Ayudarían a sus clientes los abogados que lucharan contra esta piratería o los perjudicarían?

PARÉMONOS UN INSTANTE.

Si eres como yo hace una década, o como es la mayoría de la gente cuando empieza a pensar sobre estas cuestiones, entonces ahora mismo debes andar desconcertado acerca de algo en lo que no te habías parado a pensar en detalle con anterioridad.

Vivimos en un mundo que celebra la «propiedad». Yo soy de los que la celebran. Creo en el valor de la propiedad en general, y creo también en el valor de esa forma rara de propiedad que los abogados llaman «propiedad intelectual».⁸

⁸ El término *propiedad intelectual* tiene un origen relativamente reciente. Véase Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 11, Nueva York, New York University Press, 2001. Véase también Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, Nueva York, Random House, 2001, p. 293 n. 26. El término describe acertadamente una serie de derechos de «propiedad» —copyright, patentes, trademark y trade-secret— pero la naturaleza de esos derechos es muy diferente.

Una sociedad grande y diversa no puede sobrevivir sin propiedad; una sociedad grande, diversa y moderna no puede florecer sin propiedad intelectual.

Pero sólo hace falta un segundo de reflexión para darse cuenta que hay un montón de valor en las cosas de ahí afuera que la idea de «propiedad» no abarca. No me refiero a «que el dinero no te puede comprar amor», como dirían los Beatles, sino, más bien, al valor que sencillamente es parte de un proceso de producción, incluyendo la producción comercial y no comercial. Si los animadores de Disney hubieran robado unos cuantos lápices para dibujar Steamboat Willie, no tendríamos la menor duda para condenarlos por ello —por muy trivial que sea, por poco que se notase. Sin embargo, no hay nada malo, al menos según las leyes de su época, en que Disney tomara algo de Buster Keaton o de los hermanos Grimm. No había nada malo en tomar cosas de Buster Keaton debido a que el uso de Disney se habría considerado *fair use*.⁹ No había nada malo en tomar cosas de los Grimm debido a que la obra de los Grimm estaba en el dominio público.

Así, incluso si las cosas que tomó Disney —ligeramente o de modo más general, las cosas que cualquiera toma cuando practica la creatividad Walt Disney— tienen valor, nuestra tradición no ve esos préstamos como algo malo. Algunas cosas siempre permanecen libres para que cualquiera las tome dentro de una cultura libre, y la libertad es buena.

Lo mismo ocurre con la cultura del *doujinshi*. Si un artista del *doujinshi* entra por la fuerza en la oficina de un editor y saliera corriendo con mil copias de su última obra —o siquiera con una copia— sin pagar, no tendríamos ninguna duda para condenar al artista. Además del allanamiento, habría robado algo con un valor. Las leyes prohíben ese robo en cualquier forma que se produzca, ya sea un robo grande o pequeño.

Sin embargo hay una reticencia evidente, incluso entre los abogados japoneses, para decir que esos artistas de los comics de imitación están «robando». Esta forma de creatividad Walt Disney es vista como algo justo y que está bien, incluso si los abogados en particular lo tienen difícil a la hora de decir por qué.

Lo mismo ocurre con miles de ejemplos que aparecen por cualquier sitio una vez que empiezas a buscarlos. Los científicos se basan en el trabajo de otros científicos sin preguntar ni pagar por el privilegio de hacerlo. («Perdone, Profesor Einstein, pero ¿me podría dar permiso para usar su

⁹ Se prefiere la voz original inglesa *faire use*, ya que la traducción jurídica, «uso razonable» denota en la legislación española un menor número de casos y excepciones a los derechos de autor [N. del E.].

teoría de la relatividad para demostrar que usted estaba equivocado por lo que respecta a la física cuántica?»). Las compañías de teatro escenifican adaptaciones de las obras de Shakespeare sin obtener permiso de nadie. (¿Hay alguien que crea que se difundiría mejor a Shakespeare en nuestra cultura si hubiera una entidad central de derechos para Shakespeare a la que todas las producciones tuvieran que dirigirse antes de hacer nada?). Y Hollywood funciona en ciclos en relación a cierto tipo de películas: cinco películas de asteroides a finales de los noventa; dos cintas de desastres con volcanes en 1997.

Los creadores en este país y en cualquier sitio, siempre y en todo momento, se basan en la creatividad que vino antes y que los rodea ahora. Basarse en otras obras, siempre y en todos sitios, se realiza al menos en parte sin permiso y sin compensaciones al autor original. Ninguna sociedad, libre o controlada, ha exigido jamás que se pagara por todos los usos o que siempre hubiera que buscar permiso para la creatividad Walt Disney. Todas las sociedades, por el contrario, han dejado libres fragmentos de su cultura, con el fin de que se tomen para otras obras —quizás, las sociedades libres de una forma más completa que las no libres, pero en algún grado en todas las sociedades.

La pregunta, difícil de responder, es, por lo tanto, no *si* una cultura es libre. Todas las culturas son libres en cierto grado. La pregunta, por el contrario, es «¿Hasta qué punto es libre nuestra cultura?» ¿Cuánto, y con qué margen, es libre esta cultura para que otros tomen y se basen en ella? ¿Está esa libertad limitada a los miembros del partido? ¿A los miembros de la familia real? ¿A las diez corporaciones en lo alto de la lista de la bolsa de Nueva York? ¿O esta libertad está ampliamente difundida? ¿Para los artistas en general, estén afiliados al Met o no? ¿Para los músicos en general, sean blancos o no? ¿Para los directores de cine en general, estén afiliados o no a un estudio?

Las culturas libres son culturas que dejan una gran parte abierta a los demás para que se basen en ella; las que no son libres, las culturas del permiso, dejan mucho menos. La nuestra era una cultura libre. Se está convirtiendo en una que lo es en mucho menor grado.

2. «*Meros copistas*»

EN 1839, LOUIS DAGUERRE inventó la primera tecnología práctica para producir lo que hoy llamamos «fotografías». De un modo perfectamente apropiado, se llamaban «daguerrotipos». El proceso era complicado y caro, y el campo estaba por tanto limitado a profesionales y a unos pocos aficionados ricos y fervorosos. (Había incluso una Sociedad Estadounidense de Daguerre que ayudaba a regular la industria, del mismo modo que lo hacen todas las asociaciones semejantes, manteniendo la competencia en lo mínimo para mantener bien altos los precios).

Sin embargo, a pesar de los altos precios, la demanda de daguerrotipos era fuerte. Esto animó a los inventores a encontrar formas más sencillas y baratas de producir «imágenes automáticas». William Talbot pronto descubrió un proceso para hacer «negativos». Pero debido a que los negativos eran de cristal y tenían que estar siempre húmedos, el proceso era todavía caro y engorroso. En la década de 1870 se desarrollaron placas secas, facilitando la separación de la toma de fotografías del revelado. Había aún placas de cristal, y por tanto no era todavía un proceso al alcance de los aficionados.

El cambio tecnológico que hizo posible la fotografía como fenómeno de masas no ocurrió hasta 1888, y fue obra de un solo hombre. George Eastman, el mismo fotógrafo aficionado, estaba frustrado con la tecnología de placas para tomar fotografías. En un fogonazo (digámoslo así) de genialidad, Eastman vio que si se podía lograr que la película fuese flexible, podía quedar sujeta en torno a un solo eje. Ese rollo podía ser enviado más tarde a un estudio de revelado, lo cual disminuiría sustancialmente los costes de la fotografía. Bajando los costes Eastman esperaba que pudiera ampliar drásticamente la población de fotógrafos.

Eastman desarrolló películas flexibles hechas de papel bañado en una emulsión y las colocó en pequeños rollos en cámaras pequeñas y sencillas:

la Kodak. El aparato se lanzó al mercado enfatizando su sencillez de uso. «Apriete un botón y nosotros haremos todo lo demás».¹ Tal y como rezaba la descripción en Kodak para principiantes:

El principio del sistema de Kodak es la separación del trabajo que cualquier persona puede hacer al tomar una foto y el trabajo que sólo un experto puede hacer. [...] Nosotros le proporcionamos a cualquiera, hombre, mujer o niño, que tenga la suficiente inteligencia para apuntar una caja directamente a algo y después apretar un botón, un instrumento que elimina por completo de la práctica de la fotografía la necesidad de instalaciones excepcionales o, de hecho, cualquier conocimiento especial para este arte. Puede usarse sin ningún estudio previo, sin un cuarto oscuro y sin productos químicos.²

Por veinticinco dólares cualquiera podía hacer fotos. La cámara venía ya cargada con la película, y cuando se había usado se devolvía a una fábrica Eastman, donde se revelaba. Con el tiempo, por supuesto, se mejoraron tanto el coste de la cámara como la facilidad con la que podía usarse. La película de rollo se convirtió, por lo tanto, en la base de la explosión en el crecimiento de la fotografía popular. La cámara de Eastman salió a la venta por primera vez en 1888; un año más tarde, Kodak estaba pasando a papel más de seis mil negativos al día. Entre 1888 y 1909, mientras que la producción industrial crecía al 4.7 %, las ventas de equipo y material fotográfico lo hicieron al 11 %.³ Las ventas de la Kodak durante el mismo periodo experimentaron un incremento medio anual de más del 17 %.⁴

La importancia real del invento de Eastman, sin embargo, no era económica. Era social. La fotografía profesional permitía que los individuos vislumbraran lugares que no verían de otras formas. La fotografía amateur les daba la capacidad de registrar sus propias vidas de una manera en la que no podían haberlo hecho antes. Como Brian Coe apunta: «Por primera vez, el álbum de fotos le daba a la persona de la calle el registro permanente de su familia y sus actividades. [...] Por primera vez en la historia hay un verdadero registro visual de la apariencia y las actividades de las personas normales sin ninguna interpretación [literaria] o prejuicio».⁵

De este modo, las cámaras y películas Kodak eran tecnologías de expresión. El lápiz o el pincel eran también tecnologías de expresión, por supuesto. Pero se necesitaban años de aprendizaje hasta que los aficionados pudieran

¹ Reese V. Jenkins, *Images and Enterprise*, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975), p. 112.

² Brian Coe, *The Birth of Photography* (Nueva York: Taplinger Publishing 1977), p. 53.

³ Jenkins, *op.cit.*, p. 177.

⁴ Basado en una tabla en Jenkins, *op.cit.*, p. 178.

⁵ Coe, *op.cit.*, p. 58.

usarlos de una forma que fuera útil o efectiva. Con la Kodak, la expresión era posible mucho antes y de una forma mucho más sencilla. Se bajó la barrera de la expresión. Los snobs podían desdeñar su «calidad»; los profesionales podían descartarla por irrelevante. Pero mira a un niño estudiando la mejor manera de encuadrar una foto y te harás una idea del sentido de la creatividad que permitió la Kodak. Los instrumentos democráticos le dan a la gente corriente una forma de expresarse de una forma mucho más fácil que con cualquiera de los instrumentos que había antes.

¿Qué hacía falta para que esta tecnología floreciese? Obviamente, el genio creador de Eastman fue una parte importante. Pero también fue importante el entorno legal en el que creció el invento de Eastman. Desde muy temprano en la historia de la fotografía, hubo una serie de decisiones judiciales que podrían haber cambiado sustancialmente el camino de la misma. Les preguntaron a los tribunales si el fotógrafo, aficionado o profesional, necesitaba permiso antes de que pudiera capturar e imprimir cualquier imagen que quisiera. La respuesta fue que no.⁶

Estos argumentos a favor de exigir permiso nos sonarán sorprendentemente familiares. El fotógrafo estaba «tomando» algo de la persona o el edificio al que le hacía la fotografía —pirateando algo de valor. Algunos hasta pensaban que estaba tomando el alma del objeto fotografiado. Igual que Disney no era libre de tomar los lápices que sus animadores usaban para dibujar a Mickey, estos fotógrafos tampoco tenían la libertad de tomar imágenes que consideraran valiosas.

En el otro bando tenemos un argumento que también nos debería resultar familiar. Sí, por supuesto, claro que se usaba algo con valor. Pero los ciudadanos deberían tener la libertad de capturar al menos esas imágenes que están a la vista del público. (Louis Brandeis, quien llegaría a ser juez del Tribunal Supremo, pensaba que esta regla debería ser distinta para imágenes en espacios privados).⁷ Puede ser que el fotógrafo consiga algo a cambio de nada. Pero del mismo modo que Disney podía inspirarse en *Steamboat Bill, Jr.* o en los hermanos Grimm, el fotógrafo debería tener la libertad de capturar una imagen sin compensar a la fuente.

Afortunadamente para Eastman, y para la fotografía en general, estas decisiones tempranas fueron a favor de los piratas. En general, no se exigiría ningún permiso antes de atrapar una imagen y de compartirla con otros.

⁶ Para casos ilustrativos, véase, por ejemplo, *Pavesich contra N.E. Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905); *Foster-Milburn Co. contra Chimm*, 123090 S.W. 364, 366 (Ky. 1909); *Corliss contra Walker*, 64 F. 280 (Mass. Dist. Ct. 1894).

⁷ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193.

El permiso, por contrario, se presuponía. La libertad era la opción por defecto. (Esta ley acabaría diseñando una excepción para los famosos: los fotógrafos comerciales que toman instantáneas de famosos con propósitos comerciales tienen más restricciones que el resto de nosotros. Pero habitualmente la imagen puede tomarse sin pagar derechos por hacerlo).⁸

Solamente podemos especular sobre la dirección que habría tomado la fotografía si las leyes se hubieran inclinado del otro lado. Si la suposición general hubiera sido en contra del fotógrafo, entonces el fotógrafo tendría que haber demostrado que tenía permiso. Quizás Eastman Kodak también habría tenido que demostrar que tenía permiso antes de revelar la película en la que estaban capturadas esas imágenes. Después de todo, si no se había dado permiso, entonces Eastman Kodak se estaría beneficiando del «robo» cometido por el fotógrafo. Del mismo modo que Napster se beneficiaba cada vez que sus usuarios violaban el copyright, Kodak se estaría beneficiando de las violaciones de los derechos de imagen por parte de sus fotógrafos. Podemos imaginarnos, entonces, a las leyes exigiendo la demostración de que se estaba en posesión de algún tipo de permiso antes de que la compañía revelara las fotografías. Podemos imaginarnos el desarrollo de un sistema para demostrar ese permiso.

Pero aunque podemos imaginarnos este sistema de permisos, sería muy difícil ver de qué manera la fotografía podría haber florecido como lo ha hecho si este requisito del permiso se hubiera inscrito en las reglas que la gobernaban. Habría habido fotografía. Su importancia habría crecido con el tiempo. Los profesionales habrían seguido usando la tecnología de la misma forma en la que lo hacían —ya que los profesionales podrían haber soportado mejor las cargas del sistema de permisos. Pero la difusión de la fotografía entre la gente corriente nunca habría tenido lugar. Y, ciertamente, nada parecido a ese crecimiento de una tecnología democrática de expresión hubiera sucedido.

SI ATRAVIESAS CONDUCIENDO el barrio de Presidio en San Francisco, puede que veas dos autobuses de amarillo brillante sobre el que están pintadas sorprendentes imágenes llenas de color y el logo «¡Sólo piensa!» en lugar del nombre de la escuela. Pero poco hay que «sólo» sea cerebral en los proyectos

⁸ Véase Melville B. Nimmer, «The Right of Publicity», *Law and Contemporary Problems* 19 (1954), p. 203; William L. Prosser, «Privacy», *California Law Review* 48 (1960), pp. 398-407; *White contra Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993).

hechos posibles por esos autobuses. Estos autobuses están llenos de tecnologías que enseñan a los niños a jugar con películas, toqueteándolas, mirándolas, curioseando, modificándolas. No son las películas de Eastman. Ni siquiera las películas de tu reproductor de video. Más bien la «película» de las cámaras digitales. *Just Think!* es un proyecto que permite que los niños hagan películas, como forma de entender y criticar la cultura cinematográfica que los rodea por todos lados. Cada año estos autobuses viajan a más de treinta escuelas y permiten que entre trescientos y quinientos niños aprendan algo sobre los medios haciendo algo con ellos. Haciendo piensan. Jugando aprenden.

Estos autobuses no son baratos, pero la tecnología que transportan lo es cada vez más. El coste de un sistema de video de alta calidad ha caído drásticamente. Como explica un analista: «Hace cinco años, un sistema de edición de video realmente bueno costaba 25.000 dólares. Hoy puedes lograr calidad profesional por 595».⁹ Estos autobuses están llenos de tecnología que habría costado cientos de miles de dólares hace sólo diez años. Y ahora es factible imaginarse no solamente autobuses como éstos, sino aulas por todo el país en las que los chavales aprendan cada vez más acerca de algo que los maestros llaman «alfabetismo mediático».

El «alfabetismo mediático», tal y como lo define Dave Yanofsky, director ejecutivo de *Just Think!*, «es la capacidad [...] para entender, analizar y deconstruir las imágenes de los medios. Su meta es alfabetizar [a los chavales] acerca de la manera en la que funcionan los medios, la forma en la que se construyen, la forma en la que se distribuyen y la forma en la que la gente accede a ellos».

Puede parecer que ésta es una manera extraña de pensar sobre la «alfabetización». Para la mayoría de la gente, la alfabetización consiste en leer y escribir. Faulkner y Hemingway y los análisis sintácticos son las cosas que sabe la gente que ha sido «alfabetizada».

Quizás sí. Pero en un mundo en el que los niños ven, de media, 390 horas de anuncios en televisión al año, o entre 20.000 y 45.000 anuncios en general,¹⁰ es cada vez más importante entender la «gramática» de los medios. Porque igual que hay una gramática para la palabra escrita, hay también una para los medios. Y de la misma manera que los niños aprenden a escribir precisamente escribiendo una enorme cantidad de prosa horrible, los niños aprender a escribir con los medios construyendo una gran cantidad de productos mediáticos horribles (al menos al principio).

⁹ H. Edward Goldberg, «Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations», *cadalyst*, 1 febrero de 2002, disponible en el enlace #7.

¹⁰ Judith Van Evra, *Television and Child Development* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); «Findings on Family and TV Study», *Denver Post*, 25 mayo de 1997, B6.

Un campo creciente de investigadores universitarios y activistas ve esta forma de alfabetización como algo crucial para la próxima generación de nuestra cultura. Porque aunque cualquiera que ha escrito comprende cuán difícil es escribir —cuán difícil es darle un ritmo a la historia, conservar la atención del lector, crear un lenguaje que se entienda— pocos de nosotros comprendemos verdaderamente lo difícil que son los medios audiovisuales. O, de un modo más fundamental, pocos de nosotros comprendemos cómo funcionan los medios, cómo mantienen la atención del público o lo guían a través de una historia, cómo provocan emociones o construyen situaciones de suspense.

El cine tardó una generación en poder hacer bien todas estas cosas. Pero incluso entonces el saber estaba en la filmación, no en escritos sobre cómo se filmaba. La capacidad venía de experimentar la filmación de una película, no de leer un libro sobre la cuestión. Uno aprende a escribir escribiendo y después reflexiona sobre lo que ha escrito. Uno aprende a escribir con imágenes haciéndolas y luego reflexionando sobre lo que ha creado.

Esta gramática ha cambiado conforme los medios audiovisuales han cambiado. Cuando se trataba solamente del cine, como Elizabeth Daley, directora ejecutiva del Centro Annenberg para los Medios de la Universidad del Sur de California y decana de la Escuela de Cine-Televisión de la USC, me explicó, la gramática trataba «de cómo colocar los objetos, del color, [...] del ritmo, el avance de la acción, y la textura».¹¹ Pero cuando los ordenadores abrieron un espacio interactivo en el que una historia «se juega» tanto como se experimenta, esa gramática cambió. Se pierde el mero control de la narración y se precisan otras técnicas. Michael Crichton se había convertido en un maestro de las técnicas narrativas de la ciencia ficción, pero cuando intentó diseñar un videojuego basado en una de sus obras, tuvo que aprender un nuevo oficio. Cómo guiar a la gente a lo largo de un juego sin que sientan que la están guiando no era algo obvio, incluso para un autor de extraordinario éxito.¹²

Esta habilidad técnica es precisamente lo que aprende un cineasta. Tal y como lo describe Daley: «La gente se sorprendería si supiera cómo la guían a lo largo de una película. Está perfectamente construida para evitar que lo veas, así que no tienes ni idea. Si un director tiene éxito en esto no sabes de qué manera te ha guiado». Si sabes que te están guiando en una película, la película es un fracaso.

¹¹ Entrevista con Elizabeth Daley y Stephanie Barish, 13 de diciembre de 2002.

¹² Véase Scott Steinberg, «Crichton Gets Medieval on PCs», *E!online*, 4 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #8; «Timeline», 22 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #9.

Sin embargo, la presión a favor de una alfabetización más extendida —una que vaya más allá de los libros de texto para incluir elementos audiovisuales— no tiene nada que ver con hacer mejores directores. La meta no es en absoluto mejorar la profesión de cineasta. Por el contrario, como explica Daley:

Desde mi punto de vista, probablemente la brecha digital más importante no es el acceso a una caja. Es la capacidad de adquirir poder del lenguaje con el que funciona esa caja. En caso contrario, sólo un puñado de gente puede escribir con este lenguaje, y todos los demás quedamos reducidos a meros lectores.

«Meros lectores». Receptores pasivos de una cultura producida por otros. Homer Simpsons atados al televisor. Consumidores. Éste es el mundo de los medios legados por el siglo XX.

El siglo XXI podría ser diferente. Ésta es la cuestión crucial. Podría ser un mundo tanto de escritores como de lectores (y no hablo sólo de textos escritos). O al menos de lectores que entienden mejor el oficio de escribir. O mejor todavía, de lectores que comprenden la forma en la que los instrumentos permiten a alguien guiarnos por el buen o el mal camino. La meta de cualquier alfabetización, y de esta alfabetización en particular, es «darle poder a la gente para que escoja el lenguaje más apropiado para lo que necesita crear o expresar». ¹³ Es capacitar a los estudiantes para que «se comuniquen en el lenguaje del siglo XXI». ¹⁴

Como con cualquier lenguaje, este lenguaje les resulta más fácil a unos que a otros. No les resulta necesariamente más fácil a los que triunfan con el lenguaje escrito. Daley y Stephanie Barish, directora del Instituto para la Alfabetización Multimedia del Centro Annenberg, describen un ejemplo particularmente conmovedor de un proyecto que llevaron a cabo en una escuela secundaria. Este instituto era un instituto muy pobre del centro deprimido de Los Ángeles. Según todos los indicadores tradicionales, era un fracaso. Pero Daley y Barish llevaron a cabo un programa que les ofrecía a los chavales la oportunidad de usar el cine para expresarse sobre algo de lo que los estudiantes sabían bastante —la violencia con armas de fuego.

La clase tenía lugar los viernes por la tarde y creó un problema relativamente nuevo para el centro. Mientras que el reto en la mayoría de las clases era conseguir que los chavales vinieran, el reto en esta clase era que se quedasen fuera. Los «muchachos empezaban a llegar a las seis de la mañana y se marchaban a las cinco de la tarde», según Barish. Estaban trabajando más que en ninguna otra clase para hacer aquello en lo que debería consistir la educación —aprender a expresarse.

¹³ Entrevista con Daley y Barish.

¹⁴ *Ibidem*.

Usando cualquier «material libre que pudieran encontrar en Internet», y herramientas relativamente simples para permitir que los chavales mezclaran «imagen, sonido y texto», según Barish, esta clase produjo una serie de proyectos que mostraban algo sobre este tipo de violencia que pocos entenderían de otra manera. Se trataba de una cuestión muy cercana a sus vidas. El proyecto «les dio un instrumento y les permitió tener la capacidad para entenderlo y hablar sobre él», explica Barish. Ese instrumento tuvo éxito a la hora de producir una expresión —mucho más éxito y de una forma mucho más convincente que si lo hubieran creado sólo con texto. «Si les hubieras dicho a esos estudiantes “tienen que hacerlo con un texto”, simplemente habrían pasado del tema, se habrían ido y hecho otra cosa», tal y como describe Barish, en parte, sin duda, porque expresarse por medios textuales no es algo que a estos estudiantes se les dé muy bien. Ni tampoco los textos son una forma en la que estas ideas se puedan expresar bien. El poder de este mensaje depende de su conexión con esta forma de expresión.

«¿Pero no se trata de enseñar a los chavales a escribir en la escuela?» le pregunté yo. En parte, por supuesto, va de eso. ¿Pero por qué les enseñamos a los chavales a escribir? La educación, explica Daley, consiste en darles a los estudiantes una forma de «construir significado». Decir que eso significa solamente escribir es como decir que enseñar a escribir sólo consiste en enseñar a los niños a deletrear. El texto es una parte —y, de forma creciente, no la parte más efectiva— de la construcción de significado. Como explica Daley en la parte más conmovedora de nuestra entrevista:

Lo que uno quiere darles a estos estudiantes es maneras de construir significado. Si todo lo que quieres darles es texto, entonces no van a hacerlo. Porque no pueden. Ya sabes, tienes a Johnny que puede mirar un video, puede jugar a un videojuego, puede pintarte graffitis en todas tus paredes, puede desmontarte el coche entero, y puede hacer un montón de cosas más. Lo único que no puede hacer es leer un texto. Así que Johnny viene a clase y tú le dices: «Johnny, eres analfabeto. Lo que tú haces no vale nada». Bueno, Johnny tiene dos opciones: Puede rechazarte a ti, o puede rechazarse a sí mismo. Si tiene un ego sano, va a rechazarte a ti. Pero si en vez de decir eso, dices esto otro: «Bueno, con todas estas cosas que tú sabes hacer vamos a hablar de este tema. Tócame música que, según tú, refleje esto, o muéstrame imágenes que, según tú, reflejen esto, o dibújame algo que refleje esto». No se consigue dándole a un chaval una videocámara y diciéndole: «Venga, vamos a divertirnos con una cámara haciendo películitas». No, sino más bien ayudándole a tomar esos elementos que entiendes, que son el lenguaje que hablas, y construyendo significado sobre ese tema...

Eso capacita de una manera enorme. Y entonces lo que ocurre, por supuesto, es que al final, como ha pasado en todas estas clases, se dan de cabeza con el

hecho de que «tengo que explicar esto y de verdad tengo que escribir algo». Y entonces uno de los profesores le dijo a Stephanie que podían reescribir un párrafo cinco, seis, siete, ocho veces, hasta que les saliera bien.

Porque tenían que hacerlo. Había una razón para hacerlo. Tenían que decir algo, que es lo contrario a pasar simplemente por tu aro. Tenían que usar de verdad un lenguaje que no hablaban muy bien. Pero habían llegado a entender que tenían muchísimo poder con este lenguaje.

CUANDO DOS AVIONES se estrellaron contra el World Trade Center, otro contra el Pentágono y un cuarto en unos cultivos de Pennsylvania, todos los medios del mundo dieron la noticia. En todo momento de todos los días de esa semana, y durante semanas, la televisión, en particular, y los medios de comunicación, en general, volvieron a contar la historia de los acontecimientos de los que acabábamos de ser testigos. Contar fue volver a contar, porque ya habíamos visto los acontecimientos descritos. La genialidad de este horroroso atentado terrorista fue que el segundo ataque se produjo con un retraso perfectamente calculado para asegurarse que todo el mundo estaría mirando.

La narración repetida de esta historia causaba cada vez más la misma sensación. Había música para las interrupciones y gráficos sofisticados que parpadeaban en la pantalla. Había una fórmula para las entrevistas. Había «equilibrio» y seriedad. Se trataba de noticias contadas con la coreografía a la que nos hemos ido acostumbrando, «noticias como entretenimiento», incluso si el entretenimiento era una tragedia.

Pero además de estas noticias producidas sobre «la tragedia del 11 de septiembre», aquellos de nosotros ligados a Internet empezamos a ver también una producción muy diferente. Internet estaba llena de relatos sobre los mismos acontecimientos. Sin embargo, esos relatos tenían un sabor muy diferente. Algunos construyeron páginas de fotos que capturaban imágenes de todo el mundo y las presentaban como un pase de diapositivas con texto. Otros ofrecían cartas abiertas. Había grabaciones de sonido. Había rabia y frustración. Había intentos de proporcionar un contexto. Se daba, en definitiva, una reunión de apoyo extraordinaria a nivel mundial, en el sentido en el que Mike Godwin usa el término *burn raising*¹⁵ en su libro *Cyber Rights*, en torno a una noticia que había atrapado al mundo entero. Estaba la ABC y CBS, pero también Internet.

¹⁵ *Burn raising* en el original: fiesta en la que los miembros de una comunidad se reúnen para ayudar a un vecino a construir un cobertizo. Véase por ejemplo la película *Único testigo* (también traducida como *Testigo en peligro*), con Harrison Ford [N. del T.].

No quiero simplemente alabar Internet —aunque creo que debería alabarse a la gente que apoya esta forma de expresión. Mi intención, más bien, es señalar la importancia de esta forma de expresión. Porque igual que Kodak, Internet permite que la gente capture imágenes. Y como en una película de un estudiante en el autobús de Just Think!, las imágenes visuales pueden mezclarse con sonido o con texto.

Pero a diferencia de cualquier tecnología que simplemente captura imágenes, Internet permite compartir estas creaciones con un número extraordinario de personas de un modo prácticamente instantáneo. Esto es algo nuevo en nuestra tradición —no sólo que la cultura pueda capturarse mecánicamente, y obviamente no sólo que se comenten acontecimientos de una forma crítica, sino que esta mezcla de imágenes capturadas, sonidos y comentarios puede ser ampliamente difundida de un modo prácticamente instantáneo.

El 11 de septiembre no fue una aberración. Tuvo un comienzo. Más o menos en la misma fecha, una forma de comunicación, que ha crecido de forma exponencial, estaba empezando a llamar la atención de la conciencia pública: el *Weblog* o *blog*.¹⁶ El *blog* es un tipo de diario público, y en algunas culturas, como Japón, su función es muy parecida a la de un diario. En esas culturas registran hechos privados de una manera pública —es algo así como un *Jerry Springer* digital, disponible en cualquier lugar del mundo.

Pero en EE.UU. los blogs han tomado un carácter muy diferente. Hay quienes solamente usan ese espacio para hablar de su vida privada. Pero hay muchos que lo usan para participar en discusiones públicas. Discutir cuestiones de importancia pública, criticando a otros que tienen opiniones equivocadas, criticando a los políticos por las decisiones que toman, ofreciendo soluciones a problemas que todos podemos ver: los blogs crean la sensación de una reunión pública virtual, pero una en la que no todos esperamos estar al mismo tiempo y en la cual las conversaciones no están necesariamente relacionadas. Las mejores entradas en un blog son relativamente cortas; apuntan directamente a palabras pronunciadas por otros, criticándolas o añadiéndoles algo. Se puede sostener sin dificultad que son la forma de discurso público no controlado más importante que tenemos.

Esto es una afirmación muy tajante. Sin embargo, dice tanto sobre nuestra democracia como sobre los blogs. Es la parte más difícil de aceptar para los que amamos a EE.UU.: nuestra democracia se ha atrofiado. Por supuesto que tenemos elecciones, y la mayoría de las veces los tribunales permiten que esas elecciones cuenten. Un número relativamente pequeño de personas

¹⁶ O cuaderno de bitácora de navegación por la Red [N. del T].

vota en esas elecciones. El ciclo de esas elecciones ha llegado a ser algo totalmente profesionalizado y rutinario. La mayoría de nosotros piensa que eso es la democracia.

Pero la democracia nunca ha consistido solamente en las elecciones. La democracia significa el gobierno del pueblo, pero ese gobierno significa algo más que unas meras elecciones. En nuestra tradición también significa control por medio de un discurso razonado. Ésta fue la idea que atrapó la imaginación de Alexis de Tocqueville, el abogado francés del s. XIX que escribió la descripción más importante de la temprana *Democracia* en EE.UU. No fueron las elecciones populares lo que le fascinó —fue el jurado, una institución que le daba a la gente normal el derecho a decidir sobre la vida o la muerte de otros ciudadanos. Y lo más fascinante para él era que el jurado no votaba simplemente sobre el resultado que impondría. Deliberaban. Sus miembros discutían sobre el resultado «correcto»; trataban de persuadirse los unos a los otros acerca del resultado «correcto», y al menos en los casos criminales, tenían que estar de acuerdo en un resultado unánime para que el proceso terminara.¹⁷

Sin embargo, incluso esta institución flaquea hoy día en EE.UU. Y en su lugar no hay ningún esfuerzo sistemático para permitir que los ciudadanos deliberen. Hay quien está luchando para que se cree precisamente esa institución.¹⁸ Y en algunas ciudades de Nueva Inglaterra, algo parecido a estas deliberaciones permanece aún. Pero para la mayoría de nosotros, la mayor parte del tiempo, «no hay ni tiempo ni lugar para que la deliberación democrática» se produzca.

De un modo aún más extraño y sorprendente, ni siquiera hay permiso para que esto ocurra. Nosotros, la democracia más poderosa del mundo, hemos desarrollado una norma muy fuerte en contra de la conversación política. Está bien hablar de política con la gente con la que estamos de acuerdo. Pero es de mal gusto hablar de política con gente con la que estamos en desacuerdo. El discurso político se convierte en algo aislado, y el discurso aislado se hace más extremo.¹⁹ Decimos lo que nuestros amigos quieren que digamos, y oímos muy poco aparte de lo que nuestros amigos dicen.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, lib. 1, trad. Henry Reeve, Nueva York, Bantam Books, 2000, capítulo 16 [ed. cast. *La democracia en América*, 2 vol., Madrid, Alianza Editorial, 1995].

¹⁸ Bruce Ackerman y James Fishkin, «Deliberation Day», *Journal of Political Philosophy* 10 (2) (2002), p. 129.

¹⁹ Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 65-80, 175, 182, 183 y 192.

Y aquí entra el *blog*. La misma arquitectura de los blogs resuelve parte del problema. La gente publica cuando quiere publicar, y la gente lee cuando quiere leer. El tiempo más inasequible es el de la sincronía. Las tecnologías que hacen posible una comunicación no sincrónica, tales como el correo electrónico, incrementan las oportunidades para la comunicación. Los blogs permiten el discurso público sin que el público ni siquiera tenga que reunirse en un único lugar público.

Pero más allá de la arquitectura, los blogs también han resuelto el problema de las normas. No hay ninguna norma (todavía) en la blogosfera en contra de hablar sobre política. De hecho, es un espacio lleno de discurso político, tanto de derechas como de izquierdas. Algunos de los sitios más populares son conservadores o libertarios, pero hay muchos de todos los colores políticos. E incluso blogs que no son sobre política cubren estas cuestiones cuando la ocasión lo merece.

La importancia de estos blogs es ahora mínima, aunque no tan mínima. El nombre de Howard Dean se podría haber esfumado de la carrera presidencial del 2004 de no ser por los blogs. Sin embargo, incluso si el número de lectores es reducido, su lectura está teniendo efecto.

Se produce un efecto directo sobre historias que tenían un ciclo vital distinto en los medios para el gran público. El asunto Trent Lott es un ejemplo. Cuando Lott «se equivocó al hablar» en una fiesta para el senador Strom Thurmond, alabando básicamente la política segregacionista de Thurmond, calculó bien al pensar que la historia desaparecería de la prensa en cuarenta y ocho horas. Lo hizo. Pero no calculó el ciclo vital en la blogosfera. Los *bloggers* siguieron investigando esta historia. Con el tiempo aparecieron más y más ejemplos de semejantes «equivocaciones». Finalmente, la historia volvió a la prensa. Y al final Lott se vio forzado a dimitir de su puesto de líder de su partido en el senado.²⁰

Este ciclo diferente es posible porque no hay las mismas presiones comerciales para los blogs que para otras empresas. La televisión y los periódicos son entidades comerciales. Deben trabajar para conservar la atención. Si pierden lectores, pierden ingresos. Como los tiburones, tienen que seguir moviéndose.

Pero los *bloggers* no tienen las mismas limitaciones. Pueden obsesionarse, concentrarse, ponerse serios. Si un blog en particular escribe una historia particularmente interesante, cada vez más gente enlazará esa historia. Y

²⁰ Noah Shachtman, «With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot», *New York Times*, 16 de enero de 2003, G5.

conforme aumenta el número de enlaces a una determinada historia, sube en los rankings de historias. La gente lee lo que es popular; lo que es popular ha sido seleccionado por el muy democrático proceso de rankings generados entre iguales.

Se da una segunda razón por el que los blogs tienen también un ciclo diferente de la prensa general. Como me dijo Dave Winer, uno de los padres de este movimiento y creador de software durante décadas, otra diferencia es la ausencia de «un conflicto de intereses» financieros. «Creo que tienes que sacar el conflicto de intereses» del periodismo, me dijo Winer. «Un periodista amateur simplemente no afronta un conflicto de intereses, o el conflicto de intereses es tan fácil de revelar que sabes que más o menos puedes quitártelo de en medio».

Estos conflictos se hacen cada vez más importantes conforme los medios se concentran cada vez más y más (volveremos sobre este asunto). Unos medios concentrados en pocas manos pueden ocultarle más cosas al público que unos medios en los que no se da esta concentración —tal y como la CNN admitió haber hecho durante la guerra de Irak por miedo a las consecuencias para sus propios empleados.²¹ También necesita sostener una posición más coherente. (En medio de la guerra de Irak, leí una entrada en Internet de alguien que estaba escuchando en ese momento una conexión vía satélite con una reportera en Irak. La central en Nueva York le decía a la reportera una y otra vez que su relato de la guerra era demasiado sombrío: tenía que ofrecer una historia más optimista. Cuando les dijo a Nueva York que no podía garantizar eso, le dijeron que ellos escribirían «la historia»).

La blogosfera ofrece a los amateurs una forma de entrar en el debate —«amateur» no en el sentido de falta de experiencia, sino en el sentido de deportista olímpico, alguien a quien no se le paga para que informe. Permite una gama mucho más amplia de fuentes para una historia, tal y como revelan las informaciones sobre el desastre del Columbia, cuando cientos de personas por todo el sudoeste de EE.UU. fueron a Internet a volver a contar lo que habían visto.²² Y hace que los lectores lean a través del espectro de relatos y, como dice Winer, «triangulen» la verdad. Los blogs, explica Winer, están «comunicándose directamente con nuestra circunscripción electoral, y el intermediario se queda fuera» —con todos los beneficios y costes que eso implica.

²¹ Entrevista telefónica con David Winer, 16 de abril de 2003.

²² John Schwartz, «Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online», *New York Times*, 2 de febrero de 2003, A28; Staci D. Kramer, «Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall», *Online Journalism Review*, 2 de febrero de 2003, disponible en el enlace #10.

Winer es optimista acerca del futuro del periodismo infectado por los blogs. «Se va a convertir en una capacidad esencial», predice Winer, para las figuras públicas y también crecientemente para figuras privadas. No está claro que el «periodismo» esté básicamente satisfecho con esto —a algunos periodistas les han dicho que corten tanto escribir para sus *blogs*.²³ Pero está claro que todavía estamos en la transición. «Gran parte de lo que estamos haciendo no es más que precalentamientos», me dijo Winer. Muchas cosas tienen todavía que madurar antes de que esta esfera tenga un efecto maduro. Y como la inclusión de contenidos en este espacio es el uso de Internet que menos viola las leyes (con lo que en realidad me refiero a las leyes del *copyright*), Winer dice que «será lo último que cierren».

Este discurso afecta a la democracia. Winer piensa que esto ocurre porque «no tienes que trabajar para alguien que te controla, no tienes que trabajar para alguien que se preocupa de quién cruza o no las puertas». Eso es verdad. Pero afecta a la democracia también de otra manera. Cuando cada vez más ciudadanos expresen lo que piensan y lo defiendan por escrito, esto afectará la forma en la que la gente entiende las cuestiones públicas. Si piensas tú solo es fácil confundirte e ir en la dirección equivocada. Es más difícil cuando el producto de lo que piensas puede recibir las críticas de los demás. Por supuesto, son pocos los seres humanos que admiten que los han convencido de que estaban equivocados. Pero es todavía más raro ignorar que te hayan demostrado que estabas equivocado. Escribir ideas, argumentos y críticas mejora la democracia. Hoy en día hay probablemente un par de millones de blogs en los que esta escritura tiene lugar. Cuando haya diez millones, habrá algo extraordinario sobre lo que informar.

JOHN SEELY BROWN es el científico principal de la Xerox Corporation. Su trabajo, tal y como describe su sitio web, es «el aprendizaje humano y [...] la creación de ecologías del conocimiento que creen [...] innovación».

²³ Véase Michael Falcone, «Does an Editor's Pencil Ruin a Web Log?» *New York Times*, 29 de septiembre de 2003, C4. («No todas las organizaciones de noticias han sido tan comprensivas con los empleados que tienen su blog. Kevin Sites, un corresponsal de la CNN en Irak que comenzó un blog sobre sus informaciones sobre la guerra el 9 de marzo, dejó de publicar doce días más tarde a petición de sus jefes. El año pasado, Steve Olafson, un reportero del *Houston Chronicle*, fue despedido por mantener un weblog personal, publicado bajo seudónimo, que trataba de algunos de los asuntos y las personas que estaba cubriendo»).

Brown, por lo tanto, observa estas tecnologías de creatividad digital desde una perspectiva un poco diferente a la que he descrito hasta ahora. Estoy seguro que él estaría entusiasmado con cualquier tecnología que pueda mejorar la democracia. Pero su verdadero entusiasmo viene de cómo estas tecnologías afectan al aprendizaje.

Tal y como cree Brown, aprendemos jugando, toqueteando cosas. Cuando «muchos de nosotros crecimos», explica, jugábamos a retocar «motores de motocicletas, de cortadoras de césped, de automóvil o radios, o cualquier otra cosa». Pero las tecnologías digitales permiten otra versión de este proceso —con ideas abstractas aunque en una forma concreta. Los chavales de *Just Think!* no solamente piensan sobre la forma en la que un anuncio pinta a un político; usando tecnología digital, pueden desmontar el anuncio y manipularlo, jugar con él para ver cómo hace lo que hace. Las tecnologías digitales suponen el lanzamiento de un tipo de bricolaje, o de «collage libre», como lo llama Brown. Muchos llegan a añadir cosas o a transformar los juegos y retoques de mucha otra gente.

El mejor ejemplo a gran escala de este tipo de jugueteo con la tecnología es de lejos el software libre o el software de código abierto (FS/OSS en inglés). El FS/OSS es software cuyo código se comparte. Cualquiera puede descargar la tecnología que hace que se ejecute un programa en FS/OSS. Y cualquiera deseoso de aprender como funciona algún elemento de tecnología FS/OSS puede ponerse a jugar con el código.

Esta oportunidad crea una «plataforma de aprendizaje de un tipo completamente nuevo», según Brown. «En cuanto empiezas a hacer eso, [...] dejas suelto en la comunidad un collage libre, de manera que otra gente puede empezar a mirar tu código, toqueteándolo aquí y allá, probándolo, viendo si pueden mejorarlo». Cada esfuerzo es una forma de aprendizaje. «El software de código abierto es una plataforma de aprendizaje de la mayor importancia».

En este proceso, «las cosas concretas con las que juegas son abstractas. Son código». Los chavales están «cambiando a la capacidad de jugar y toquetear en abstracto, y esto no es ya una actividad aislada que desarrollas en un garaje. Estás jugando con una plataforma comunitaria [...] Estás toqueteando las cosas de otra gente. Cuanto más juegues, más mejoras». Cuanto más mejoras, más aprendes.

Lo mismo ocurre también con los contenidos. Y ocurre de la misma manera cooperativa cuando esos contenidos son parte de la Red. Tal y como lo describe Brown: «La Red [es] el primer medio que verdaderamente hace honor a múltiples formas de inteligencia». Tecnologías más tempranas, como la máquina de escribir o los procesadores de texto ayudaron a ampliar los textos. Pero la Red amplía mucho más que el texto. «La Red

[...] dice que si tienes vocación musical, artística, visual, si estás interesado en el cine [...] [entonces] hay muchas cosas que puedes empezar a hacer en este medio. Ahora puede ampliar y hacer honor a estas múltiples formas de inteligencia».

Brown está hablando de lo que enseñan Elizabeth Daley, Stephanie Barish y *Just Think!*: que jugar con la cultura enseña en la misma medida en que crea. Desarrolla los talentos de una manera distinta, y construye una forma de comprensión diferente.

Sin embargo la libertad para jugar y toquetear estos objetos no está garantizada. De hecho, como veremos a lo largo de este libro, esa libertad encuentra una creciente y fuerte oposición. Mientras que no hay duda que tu padre tenía derecho a ponerse a toquetear el motor del coche, hay muchas dudas sobre el hecho de que tu hijo pueda hacer lo mismo con las imágenes que encuentra a su alrededor. Las leyes y, cada vez más, la tecnología interfieren con una libertad que la tecnología y la curiosidad asegurarían en cualquier otro caso.

Estas restricciones se han convertido en el objeto de investigadores y estudiosos. El profesor Ed Felten de Princeton (del que veremos algo más en el capítulo 10) ha desarrollado un argumento convincente a favor del «derecho a jugar» tal y como se aplica en la informática y al conocimiento en general.²⁴ Pero la preocupación de Brown es anterior, o más joven, o más fundamental. Tiene que ver con el tipo de aprendizaje que los chavales pueden hacer, o no, debido a las leyes.

«A esto es a lo que se encamina la educación del siglo XXI», explica Brown. Tenemos que «entender cómo los chavales que crecen en un ambiente digital que los hace a ellos mismo digitales piensan y quieren aprender».

«Sin embargo», como continúa Brown y como mostrará este libro, «estamos construyendo un sistema legal que suprime por completo las tendencias de los chavales digitales de hoy en día. [...] Estamos construyendo una arquitectura que libera el 60% del cerebro y un sistema legal que cierra esa misma parte del cerebro».

Estamos creando una tecnología que toma la magia de Kodak, la mezcla con imágenes en movimiento y con sonido, y añade un espacio para el comentario y una oportunidad para difundir esa creatividad en cualquier lugar. Pero estamos construyendo unas leyes que clausuran esa tecnología.

²⁴ Véase, por ejemplo, Edward Felten y Andrew Appel, «Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship», *Communications of the Association for Computer Machinery* 43 (2000), p. 9.

«Ésta no es forma de gestionar la cultura», como Brewster Kahle, a quien conoceremos en el capítulo 9, me soltó en un raro momento de desesperanza.

3. Catálogos

EN EL OTOÑO DEL 2002, Jesse Jordan de Oceanside, Nueva York, se matriculó como estudiante de primer año en el Instituto Politécnico de Rensselaer (RPI en inglés), en Troy, Nueva York. Su especialización en el RPI fue la de tecnologías informáticas. Aunque no es programador, en octubre Jesse decidió empezar a jugar con la tecnología de búsquedas que estaba disponible en la red del RPI.

El RPI es una de las principales instituciones de investigación tecnológica de los EE.UU. Ofrece titulaciones en campos que van desde la arquitectura y la ingeniería hasta las ciencias informáticas. Más de un 65 % de sus cinco mil estudiantes habían acabado entre el 10 % con mejores notas de sus promociones en la escuela secundaria. Esta escuela politécnica es por tanto una mezcla perfecta de talento y experiencia para primero imaginar y después construir una generación de la era de las redes.

La red de ordenadores del RPI conecta entre sí a estudiantes, profesores y administrativos. También conecta al RPI con Internet. No todo lo que está disponible en la red del RPI está disponible en Internet. Pero la red está diseñada para permitir que los estudiantes accedan a Internet, igual que para acceder de un modo más privado a otros miembros de la comunidad del RPI.

Los buscadores son una medida de la intimidad de una red. Google nos acercó Internet mucho más a todos nosotros al mejorar de una forma fantástica la calidad de las búsquedas en la Red los buscadores especializados pueden hacerlo aún mejor. El concepto de buscadores de «intranets», buscadores que buscan dentro de la red de una determinada institución, es proporcionar a los usuarios de esa institución un mejor acceso a materiales de esa institución. Las empresas lo hacen todo el tiempo, permitiendo que sus empleados tengan acceso a materiales que la gente fuera de la empresa no puede conseguir. Las universidades también.

La propia tecnología de estas redes permite estos motores de búsqueda. Microsoft, por ejemplo, tiene un sistema de red para sus archivos que hace que sea muy fácil que los buscadores sintonizados con esa red examinen el sistema en busca de los contenidos disponibles públicamente (dentro de esa red). Jesse construyó su buscador para aprovechar esta tecnología. Usó el sistema de red de archivos para construir un índice de todos los archivos disponibles en la red del RPI.

El de Jesse no era el primer motor de búsqueda construido para la red del RPI. De hecho, su buscador era una simple modificación de buscadores que otros habían producido anteriormente. En particular, su mejora más importante con respecto a los otros fue arreglar un error en el sistema de intercambio de ficheros de Microsoft que podía hacer que el ordenador de un usuario se colgara. Con los buscadores que había antes, si tratabas de acceder a un fichero a través de un buscador de Windows que estuviera en un ordenador desconectado, tu ordenador se podía colgar. Jesse modificó el sistema un poco para arreglar este problema, al añadirle un botón que el usuario podía pulsar con el ratón para ver si la máquina que contenía el fichero estaba todavía conectada.

Jesse colgó su buscador en la red a finales de octubre. Durante los seis meses siguientes continuó retocándolo para mejorar sus funciones. Para marzo, el sistema funcionaba bastante bien. Jesse tenía más de un millón de archivos en su directorio, incluyendo cualquier tipo de contenido que pudiera estar en los archivos de los usuarios.

De esta manera, el índice generado por su buscador incluía imágenes, que los estudiantes habían puesto en sus propias páginas; copias de apuntes o de notas de investigación; copias de folletos informativos; cortos de cine creados por los estudiantes; folletos de la universidad —básicamente cualquier cosa que los usuarios ponían a disposición de la comunidad al ponerlos en una carpeta pública en su ordenador.

Pero el índice también incluía archivos musicales. De hecho, un cuarto de los archivos en el listado del buscador de Jesse era archivos musicales. Pero eso significa, por supuesto, que tres cuartos no lo eran, y que —para dejar este punto perfectamente claro— Jesse no hacía nada para inducir a la gente a que los pusiera en su carpeta pública. Era sólo un chaval que trasteaba con una tecnología similar a la de Google en una universidad en la que estaba estudiando informática y en la que, por lo tanto, la meta era trastear con la tecnología. A diferencia de Google, o de Microsoft por lo que a esto respecta, no ganaba dinero alguno gracias a esto; no estaba conectado con ninguna empresa que pudiera ganar dinero con este experimento. Era un chaval que trasteaba con la tecnología en un entorno en el que se suponía que era precisamente eso lo que tenía que hacer.

El tres de abril del 2003, el decano de estudiantes del RPI se puso en contacto con Jesse. El decano informó a Jesse que la Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU. (RIAA en inglés) iba a presentar una demanda contra él y otros tres estudiantes a los que él ni siquiera conocía, dos de ellos de otra universidad. Unas horas más tarde, a Jesse le llegaron los papeles de la demanda. Mientras leía esos papeles y veía los reportajes en la prensa sobre ellos, se fue quedando cada vez más asombrado.

«Era absurdo», me contó, «no creo que hiciera nada malo. [...] No creo que haya nada malo en el buscador que administraba o [...] en lo que le había hecho. Quiero decir, no lo había modificado de ninguna manera que promoviera o facilitara el trabajo de los piratas. Sólo lo modifiqué de una manera que hacía más fácil su uso» —repito, un *buscador*, que el mismo Jesse no había construido, usando el sistema de intercambio de archivos de Windows, que el mismo Jesse no había construido, para permitir que los miembros de la comunidad del RPI accedieran a contenidos, que el mismo Jesse no había ni creado ni publicado, y que en su inmensa mayoría no tenían nada que ver con la música.

Pero la RIAA lo estigmatizó llamándolo pirata. Afirmaron que gestionaba una red y que por tanto había violado «voluntariamente» las leyes del copyright. Exigieron que les pagara los daños causados por sus malas acciones. Para casos de «violaciones voluntarias» la Ley de Copyright especifica algo que los abogados llaman «daños estatutarios».¹ Estas indemnizaciones permiten que el dueño de un copyright reclame 150.000 dólares por cada violación. Como la RIAA alegó más de cien violaciones específicas de copyright, exigieron que Jesse les pagara al menos quince millones de dólares.

Demandas semejantes fueron presentadas contra otros tres estudiantes: otro estudiante del RPI, uno de la Universidad Técnica de Michigan y uno de Princeton. La situación de cada uno era similar a la de Jesse. Aunque cada caso era diferente en los detalles, en el fondo todos eran exactamente lo mismo: enormes demandas por «daños» a los que la RIAA afirmaba tener derecho. Si las sumábamos, estas cuatro demandas les estaban pidiendo a los tribunales de los EE.UU. que les concedieran a los demandantes algo así como 100.000 millones de dólares —seis veces el beneficio total de la industria del cine en 2001.²

Jesse llamó a sus padres. Lo apoyaron pero estaban un tanto asustados. Su tío era abogado. Empezó a negociar con la RIAA. Exigieron saber cuánto dinero tenía Jesse. Jesse había ahorrado doce mil dólares gracias a trabajos veraniegos y otros empleos. Exigieron doce mil dólares para olvidarse del caso.

¹ Los abogados [de los EE.UU.] llaman «statutory damages» a las indemnizaciones tasadas [*N. del E.*].

² Tim Goral, «Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges \$97.8 Billion in Damages», *Professional Media Group LCC 6* (2003), p. 5, disponible en 2003 WL 55179443.

La RIAA quería que Jesse admitiera que había hecho algo malo. Se negó. Querían que estuviera de acuerdo con un mandato judicial que básicamente haría imposible que trabajara en muchos campos tecnológicos durante el resto de su vida. Se negó. Le hicieron comprender que el proceso de ser demandado no iba a ser agradable. (Como me contó el padre de Jesse, el abogado a cargo del caso, Matt Oppenheimer le dijo a Jesse: «No querrás hacerle otra visita a un dentista como yo»). Y en todo momento la RIAA insistió en que no dejaría el caso hasta que no se quedaría con el último centavo que Jesse había ahorrado.

La familia de Jesse estaba indignada ante estas demandas. Quería pelear. Pero el tío de Jesse se esforzó en educar a la familia sobre la naturaleza del sistema legal estadounidense. Jesse podía luchar contra la RIAA. Quizás hasta podría ganar. Pero el coste de luchar contra una demanda como ésta, le dijeron a Jesse, podía ser al menos de 250.000 dólares. Si ganaba, no recobraría ese dinero. Si ganaba, tendría un trozo de papel diciendo que había ganado, y otro trozo de papel diciendo que él y su familia estaban en bancarrota.

Así que Jesse se enfrentaba a una elección de tipo mafioso: 250.000 dólares y la oportunidad de ganar, o doce mil dólares y un acuerdo.

La industria musical insistía en que era una cuestión legal y moral. Dejemos las leyes a un lado y centrémonos en la moral. ¿Dónde está la moral en una demanda así? ¿Cuál es la virtud de escoger chivos expiatorios? La RIAA es un lobby extraordinariamente poderoso. Se dice que el presidente de la RIAA gana más de un millón de dólares al año. Los artistas, por otra parte, no están bien pagados. El músico con contrato discográfico medio gana 45.900 dólares.³ Hay muchas formas en las que la RIAA puede afectar y dirigir la política. ¿Así que dónde está la moral en tomar dinero de un estudiante por hacer funcionar un buscador?⁴ El 23 de junio Jesse le envió un giro postal con todo su dinero a un abogado que trabajaba para la RIAA. El caso contra él fue desestimado. Y con esto, este chaval que había jugado con un ordenador hasta meterse en una demanda por quince millones de dólares se convirtió en un activista:

Decididamente [antes] no era un activista. En realidad nunca pretendí ser un activista.[...] [Pero] me han empujado a esto. Nunca habría podido preveer algo así, pero creo que es completamente absurdo lo que ha hecho la RIAA.

³ Encuesta del empleo ocupacional, U.S. Dept. of Labor (2001) (27-2042 —Musicians and Singers).

Véase también National Endowment for the Arts, *More Than One in a Blue Moon* (2000).

⁴ Douglas Lichtman expresa una idea relacionada en «KaZaA and Punishment», *Wall Street Journal*, 10 de septiembre de 2003, A24.

Los padres de Jesse revelan un cierto orgullo por su activista reticente. Como me contó su padre, Jesse «se considera a sí mismo muy conservador, igual que yo [...] No es un idealista comeflores. [...] Creo que es muy extraño que fueran a por él. Pero quiere que la gente sepa que le están transmitiendo el mensaje equivocado. Y quiere corregir la historia».

4. «Piratas»

SI LA «PIRATERÍA» significa usar la propiedad creativa de otros sin su permiso —si es verdad lo de «si hay valor, hay derecho»— entonces la historia de la industria de contenidos es una historia de piratería. Cada uno de los sectores importantes de los «conglomerados de medios» de hoy en día —el cine, los discos, la radio y la televisión por cable— nació de una forma de piratería, si es así como la definimos. La historia, que se repite sistemáticamente, consiste en que la última generación de piratas se hace miembro del club de los privilegiados en esa generación —hasta ahora.

Cine

La industria del cine de Hollywood fue construida por piratas en fuga.¹ Muchos creadores y directores emigraron desde la costa este a California a principios del siglo XX, en buena medida para escapar de los controles de las patentes concedidas al inventor del cine, Thomas Edison. Estos controles se ejercían por medio de un «trust» de monopolio, la Compañía de Patentes de Películas (MPPC en inglés), y estaban basados en la propiedad creativa de Thomas Edison —estaban basados en patentes. Edison formó la MPPC para ejercer los derechos que le daba esta propiedad creativa; la MPPC era estricta en cuanto a los controles que exigía. Siguiendo a un comentarista que cuenta parte de la historia:

¹ Quiero darle las gracias a Peter DiMauro por dirigirme a esta historia extraordinaria. Véase también Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 87-93, que detalla las «aventuras» de Edison con el copyright y las patentes.

Se había fijado la fecha límite de enero de 1909 para que todas las compañías cumplieran con la licencia. Llegado febrero, los proscritos sin licencia, que se llamaban a sí mismos los independientes, protestaron contra el trust y siguieron con su negocio sin someterse al monopolio de Edison. En el verano de 1909 el movimiento independiente estaba en su punto álgido, con productores y dueños de cines que usaban equipo ilegal y celuloide importado para crear su propio mercado underground.

Con el país atravesando una tremenda expansión en el número de cines, la Compañía de Patentes reaccionó contra el movimiento independiente creando una malencarada empresa subsidiaria, conocida como la Compañía General del Cine, con el fin de bloquear la entrada de independientes sin licencia. Con tácticas de coacción que se han hecho legendarias, la subsidiaria confiscó equipo ilegal, suspendió la continuidad del suministro de producto a los cines que mostraban películas sin licencia y, de hecho, monopolizó la distribución con la adquisición de todos los sectores del mercado estadounidense de películas, excepto uno, que era propiedad del independiente William Fox, y que desafió al Trust incluso después de que su licencia fuera revocada.²

Los Napsters de aquel tiempo, los «independientes», eran compañías como la Fox. E igual que hoy, esos independientes encontraron una fuerte resistencia. «Se interrumpieron las filmaciones con el robo de la maquinaria, y con frecuencia ocurrían “accidentes” que acababan con la pérdida de negativos, equipo, edificios y a veces con la integridad física».³ Esto condujo a que los independientes huyeran de la costa este. California estaba suficientemente lejos del alcance de Edison para que allí los cineastas pudieran piratear sus inventos sin miedo a la ley. Y esto es simplemente lo que hicieron los líderes de la industria del cine de Hollywood, con Fox a la cabeza.

Por supuesto, California creció rápidamente y el cumplimiento efectivo de las leyes finalmente se expandió hasta el oeste. Pero como las patentes les concedían a sus dueños un monopolio verdaderamente «limitado» (sólo diecisiete años en aquella época), para cuando aparecieron suficientes policías federales, las patentes ya habían expirado. Una nueva industria había nacido, en parte a partir de la piratería de la propiedad creativa de Edison.

² J. A. Aberdeen, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers* (Cobblestone Entertainment, 2000) y textos expandidos publicados en «The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws», disponible en el enlace #11. Para una discusión sobre los motivos económicos, tanto detrás de estos límites como de los impuestos por Victor a los fonógrafos, véase Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright» (septiembre de 2002), University of Chicago Law School, James M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 159.

³ Marc Wanamaker, «The First Studios», *The Silents Majority*, archivado en el enlace #12.

Música grabada

La industria discográfica nació de otra forma de piratería, aunque para ver cómo ocurrió esto, es preciso hablar un poco más en detalle sobre la forma en la que las leyes regulan la música.

En la época en la que Edison y Henri Fourneauux inventaron máquinas para reproducir música (Edison el fonógrafo, Fourneauux la pianola), las leyes otorgaban a los compositores el derecho exclusivo a controlar las copias de su música y el derecho exclusivo a controlar los conciertos públicos de sus obras. En otras palabras, en 1900, si yo quería una copia del éxito de 1899 «Happy Mose», de Phil Russel, las leyes establecían que tendría que pagar por el derecho de obtener una copia de la partitura y también que tendría que pagar por el derecho a tocarla en público.

Pero ¿y si yo quería grabar «Happy Mose», usando el fonógrafo de Edison o la pianola de Fourneauux? Ahí la ley pegaba un tropezón. Estaba suficientemente claro que tendría que comprar una copia de la partitura que yo interpretaría para hacer este disco. Y estaba suficientemente claro que tendría que pagar por todos los conciertos públicos de esa pieza. Pero no estaba completamente claro que yo tuviera que pagar por «una interpretación pública» si grababa la canción en mi propia casa (incluso hoy día no les debes nada a los Beatles si cantas sus canciones en la ducha), o si grababa la canción de memoria (las copias en tu cerebro no están reguladas —todavía— por las leyes del copyright). Así que si sencillamente cantaba la canción delante de una grabadora en la intimidad de mi propia casa, no estaba claro que yo le debiera nada al compositor si luego hacía copias de esas grabaciones. Entonces, gracias a este agujero en las leyes, podía piratear de hecho una canción de otro sin pagarle nada a su creador.

Los compositores (y los editores) no estaban muy contentos con esta capacidad para piratear. Tal y como lo definió Alfred Kittredge, senador de Dakota del Sur:

Imaginen la injusticia. Un compositor escribe una canción o una ópera. Un editor compra a un alto precio los derechos y le aplica el copyright. En esto, llegan las compañías fonográficas y las compañías que hacen rollos de música y roban deliberadamente el trabajo mental del compositor y el editor sin el más mínimo respeto por [sus] derechos.⁴

⁴ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright: Hearings on S. 6330 and H.R. 19853 Before the (Joint) Committees on Patents, 59th Cong. 59, 1st sess. (1906) (declaración del senador Alfred B. Kittredge, de Dakota del Sur, presidente), reimpreso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hack- ensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

Los innovadores que desarrollaron la tecnología para grabar las obras de otra gente estaban «absorbiendo como esponjas el esfuerzo, el trabajo, el talento y el genio de los compositores estadounidenses»,⁵ y «la industria de las editoriales musicales» estaba por lo tanto «a completa merced de estos piratas».⁶ Como explicó John Philip Sousa, de la manera más directa posible: «Cuando ganan dinero con mis obras, yo quiero una parte».⁷

Estos argumentos suenan familiares en las guerras de hoy en día. Igual que también los argumentos del otro bando. Los innovadores que desarrollaron la pianola argumentaban que «se puede demostrar perfectamente que la introducción de pianolas no ha privado a ningún compositor de nada que no tuviera antes de dicha introducción». Antes bien, las máquinas incrementaban las ventas de partituras.⁸ En cualquier caso, argumentaban los innovadores, la tarea del Congreso era «considerar antes que nada los intereses del [público], al que representa y sirve». «Toda esa charla sobre el “robo”», escribió el consejo general de la American Gramophone Company, «no son mas que bobadas, porque no existe ninguna propiedad sobre ideas musicales, literarias o artísticas, excepto las que se definen por ley».⁹

Las leyes resolvieron pronto esta batalla en favor del compositor y el artista que grabase. El Congreso enmendó las leyes para asegurar que se pagara a los compositores por las «reproducciones mecánicas» de su música. Pero en lugar, de concederle simplemente al compositor un control completo sobre el derecho a hacer reproducciones mecánicas, el Congreso le dio al artista que grabase sus obras, el derecho a realizar esta grabación a un precio fijado por el Congreso, una vez que el compositor hubiera permitido que se grabara una vez. Ésta es la parte de la ley de copyright que hace posible las versiones. Una vez que un compositor autoriza una grabación de una obra, cualquier otro tiene la libertad de grabar la misma canción, siempre que le pague al compositor original una tarifa fijada por la ley.

⁵ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 223 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).

⁶ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 226 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).

⁷ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 23 (declaración de John Philip Sousa, compositor).

⁸ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 283-84 (declaración de Albert Walker, representante de la Auto-Music Perforating Company of New York).

⁹ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 376 (memorandum preparado por Philip Mauro, consejo general de patentes de la American Graphophone Company Association).

El derecho estadounidense lo llama «licencia obligatoria», pero yo me voy a referir a esto como «licencia estatutaria». Una licencia estatutaria es una licencia cuyos términos fundamentales están fijados por la ley. Después de la enmienda del Congreso de la Ley del Copyright en 1909, las discográficas tenían la libertad de distribuir copias de grabaciones en la medida en que pagaran al compositor (o al dueño del copyright) la tarifa fijada por ley.

Ésta es una excepción en las leyes del copyright. Cuando John Grisham escribe una novela, un editor tiene la libertad de publicar esa novela sólo si Grisham le da permiso. Grisham, a su vez, tiene la libertad de cobrar lo que quiera por este permiso. Por lo tanto, el precio de publicar a Grisham lo fija el propio Grisham, y las leyes del copyright habitualmente dictan que no tienes permiso para usar la obra de Grisham salvo con su permiso.

Pero la ley que gobierna las grabaciones da menos a los artistas que graban. Y de esta forma, de hecho, la ley ofrece *subsídios* a la industria discográfica por medio de una surte de piratería —al darle a los artistas que graban un derecho más débil que el que le concede a otros creativos. Los Beatles tenían menos control sobre su obra creativa que el que tiene Grisham. Y los beneficiarios de este control reducido son las discográficas y el público. La industria discográfica obtiene beneficios por menos de lo que pagaría si las cosas fuesen de otra forma; el público obtiene el acceso a un espectro mucho más amplio de la creatividad musical. En realidad, el Congreso fue muy explícito acerca de sus razones para conceder este derecho. Su preocupación estaba en el poder del monopolio de los dueños de derechos, y a que ese poder asfixiara la creatividad posterior.¹⁰

Mientras que la industria discográfica ha estado últimamente muy calladita acerca de esto, históricamente ha sido una fuerte defensora de la licencia estatutaria para los discos. Como cuenta un informe de 1967 del Comité Judicial del Congreso:

Los fabricantes de discos defendieron vigorosamente que se mantuviera el sistema de licencia obligatoria. Afirmaron que la industria discográfica es un negocio de quinientos mil millones de dólares con una gran importancia en EE.UU. y en todo el mundo; que los discos hoy en día son el medio principal para diseminar la música, y que esto crea problemas especiales, ya que los intérpretes precisan un acceso sin trabas a materiales musicales en términos no discriminatorios.

¹⁰ Copyright Law Revision: Hearings on S. 2499, S. 2900, H.R. 243, y H.R. 11794 Before the (Joint) Committee on Patents, 60th Cong., 1st sess., 217 (1908) (declaración del senador Reed Smoot, presidente), reimpresso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

Históricamente, apuntaron los fabricantes de discos, no había derechos de grabación antes de 1909 y el estatuto de 1909 adoptó la licencia obligatoria como una condición deliberadamente antimonopolio para conceder esos derechos. Argumentan que el resultado ha sido una inundación de música grabada, con el resultado de que se le ha dado al público precios más bajos, mejor calidad y una selección más amplia.¹¹

Limitando los derechos que tienen los músicos, pirateando parcialmente su obra creativa, los fabricantes de discos y el público se benefician.

Radio

La radio también nació de la piratería.

Cuando una emisora de radio reproduce un disco en antena constituye una «comunicación pública» de la obra del autor.¹² Como ya describí, la ley otorga al compositor (o al dueño del copyright) un derecho exclusivo sobre las interpretaciones en público de su obra. La emisora de radio debe, por lo tanto, dinero al compositor por esa interpretación.

Pero cuando la estación de radio ejecuta un disco, no está solamente interpretando una copia de la obra del compositor. La emisora está también interpretando una copia de la obra del artista que ha grabado esa canción. Una cosa es tener «Cumpleaños feliz» cantado por el coro infantil de tu pueblo; otra muy distinta es tenerlo cantado por los Rolling Stones o Lyle Lovett. El artista que graba añade algo al valor de la composición difundida por la emisora. Y si la ley fuera perfectamente sistemática, tendría que pagar al artista por su obra, de la misma manera que paga al compositor de la melodía por su trabajo.

¹¹ Copyright Law Revision: Report to Accompany H.R. 2512, House Committee on the Judiciary, 90th Cong., 1st sess., House Document no. 83, 66 (8 March 1967). Le agradezco a Glenn Brown haberme llamado la atención sobre este informe.

¹² Véase 17 *United States Code*, secciones 106 and 110. Al principio, las discográficas imprimían «no licenciado para emisión radiofónica» y otros mensajes con el propósito de restringir la capacidad de ejecutar un disco en una emisora de radio. El juez Learned Hard rechazó el argumento de que un aviso pegado en un disco podía restringir los derechos de la emisora. Véase *RCA Manufacturing Co. contra Whiteman*, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). Véase también Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), p. 281.

Pero no lo hace. Bajo las leyes que gobiernan las interpretaciones radiofónicas, la emisora de radio no tiene que pagar al artista que graba. La estación solamente paga al compositor. La estación de radio consigue así algo a cambio de nada. Logra interpretar gratis la obra del artista que graba la canción, incluso si debe pagarle algo al compositor a cambio del derecho de tocar la canción.*

Esta diferencia puede ser enorme. Imagínate que compones una pieza musical. Imagínate que es tu primera obra. Eres el dueño del derecho exclusivo a autorizar interpretaciones en público de esa obra. Así que si Madonna quiere cantar tu canción en público, tiene que obtener tu permiso.

Imagínate que canta tu canción, e imagínate que le encanta. Entonces decide grabar tu canción y se convierte en un gran éxito. Bajo nuestras leyes, cada vez que una estación de radio toca tu canción recibes dinero. Pero Madonna no consigue nada, salvo el efecto indirecto en las ventas de sus CDs. La interpretación pública de su grabación no es un derecho «protegido». La estación de radio logra piratear así el valor del trabajo de Madonna sin pagarle nada.

Sin duda uno podría argumentar que, después de todo, los artistas que graban se benefician. De media, la promoción que obtienen vale más que los derechos de interpretación a los que renuncian. Tal vez. Pero incluso si esto es efectivamente así, las leyes habitualmente otorgan al creador el derecho a escoger. Al tomar decisiones por él, la ley le ofrece a la emisora el derecho a tomar algo a cambio de nada.

Televisión por cable

La televisión por cable también nació como un tipo de piratería.

Cuando los empresarios del cable empezaron por primera vez a cablear comunidades en 1948, la mayoría de ellos se negaron a pagar a las emisoras en abierto los contenidos que repetían para sus clientes. Incluso cuando las compañías de cable empezaron a vender acceso a emisiones de televisión, se negaron a pagar por lo que vendían. Las compañías de cable estaban así aplicando el modelo de Napster a los contenidos de las emisoras en abierto, pero de una forma más infame que cualquier cosa que haya hecho Napster —Napster nunca cobró por los contenidos que permitía que otros regalaran.

* De nuevo Lessig habla sobre la legislación Norteamericana. En España, los intérpretes sí que son acreedores de derechos.

Las emisoras y los dueños del copyright se dieron prisa en atacar este robo. Rosel Hyde, director de la FCC, veía esta práctica como una forma de «competencia desleal y potencialmente destructiva».¹³ Puede que hubiera un «interés público» en difundir el alcance de la televisión por cable, pero como Douglas Anello, consejero general para la National Association of Broadcasters, le pregunto al senador Quentin Burdick durante su testimonio: «¿Es que el interés público dicta que uses la propiedad de otros?»¹⁴ Como el directivo de otra emisora explicó:

Lo extraordinario del negocio de la CATV es que es el único negocio que conozco en el que no han pagado por el producto que venden.¹⁵

De nuevo, las exigencias de los dueños de copyright parecían bastante razonables:

Estamos pidiendo algo muy sencillo, que la gente que ahora toma nuestra propiedad pague por ella. Estamos intentando detener la piratería y no creo que haya ninguna palabra más suave para describirlo. Creo que hay palabras más duras que encajarían perfectamente.¹⁶

Esta gente era «gente que viaja gratis», dijo Charlton Heston, presidente del Sindicato de Actores Cinematográficos, gente que «estaba privando a los actores de una compensación».¹⁷

Pero, de nuevo, había otro bando en este debate. Tal y como lo explicó Edwin Zimmerman, ayudante del fiscal general:

Aquí nuestro argumento es que a diferencia del problema de si tienes en absoluto alguna protección de copyright o no, aquí el problema es si a los dueños de copyright a los que ya se compensa, que ya tienen un monopolio, se les debería

¹³ Copyright Law Revision—CATV: Hearing on S. 1006 Before the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 89th Cong., 2nd sess., 78 (1966) (declaración de Rosel H. Hyde, presidente de la Federal Communications Commission).

¹⁴ Copyright Law Revision—CATV, 116 (declaración de Douglas A. Anello, consejero general de la National Association of Broadcasters).

¹⁵ Copyright Law Revision—CATV, 126 (declaración de Ernest W. Jennes, consejero general de la Association of Maximum Service Telecasters, Inc.).

¹⁶ Copyright Law Revision—CATV, 169 (declaración conjunta de Arthur B. Krim, presidente de United Artists Corp., y John Sinn, presidente de United Artists Television, Inc.).

¹⁷ Copyright Law Revision—CATV, 209 (declaración de Charlton Heston, presidente del Screen Actors Guild).

permitir que extiendan ese monopolio. [...] Aquí la cuestión es cuánta compensación deberían tener y hasta qué momento podrían remontarse al exigir su derecho a una compensación.¹⁸

Los dueños de copyright llevaron a las compañías de cable a los tribunales. En dos ocasiones el Tribunal Supremo mantuvo que las compañías de cable no les debían nada a los dueños del copyright.

El Congreso tardó casi treinta años en decidir si las compañías de cable tenían que pagar por los contenidos que «pirateaban». Al final, el Congreso resolvió esta cuestión de la misma manera que resolvió la cuestión de los tocadiscos y las pianolas. Sí, las compañías de cable tendrían que pagar por los contenidos que emitían; pero el precio que tendrían que pagar no sería fijado por el dueño del copyright. El precio sería fijado por ley, de manera que las emisoras en abierto no ejercieran un poder de veto sobre la tecnología emergente del cable. Las compañías de cable construyeron así su imperio en parte sobre la «piratería» del valor creado por los contenidos de las emisoras en abierto.

ESTAS HISTORIAS SEPARADAS entonan la misma canción. Si la «piratería» significa usar algo del valor de la propiedad creativa de otro sin su permiso — tal y como se describe cada vez más hoy en día¹⁹ — entonces todas las industrias afectadas por el copyright hoy en día son el producto o la beneficiaria de algún tipo de piratería. El cine, los discos, la radio, la televisión por cable... La lista es larga y bien podría expandirse. Cada generación le da la bienvenida a los piratas del pasado. Cada generación — hasta ahora.

¹⁸ Copyright Law Revision—CATV, 216 (declaración de Edwin M. Zimmerman, actuando como ayudante del fiscal general).

¹⁹ Véase, por ejemplo, National Music Publisher's Association, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet—The Myth of Free Information*, disponible en el enlace #13. «La amenaza de la piratería — el uso de la obra creativa de otro sin permiso o compensación— ha crecido con Internet».

5. «Piratería»

Hay piratería de materiales con copyright. Un montón. Esta piratería tiene muchas formas. La más importante es la piratería comercial, la toma no autorizada de los contenidos de otra gente dentro de un contexto comercial. A pesar de todas las justificaciones que se ofrecen en su defensa, está mal. Nadie debería aprobarla y las leyes deberían acabar con ella.

Pero igual que hay una piratería que copia para el mercado, también hay otra manera de «tomar» cosas que está relacionada más directamente con Internet. Esto también le parece algo malo a mucha gente, y efectivamente es malo en muchas ocasiones. Sin embargo, antes de que describamos este fenómeno como «piratería», tenemos que comprender su naturaleza un poco mejor. Porque el daño que causa es significativamente más ambiguo que la mera copia, y las leyes deberían tomar en cuenta esta ambigüedad, tal y como tantas veces se ha hecho en el pasado.

Piratería I

Por todo el mundo, pero especialmente en Asia y en Europa Oriental, hay empresas que no hacen nada salvo tomar los contenidos con copyright de otra gente, copiarlos y venderlos — todo esto sin el permiso del dueño del copyright. La industria discográfica estima que pierde 4.600 mil millones de dólares cada año por la piratería física¹ (eso resulta ser uno de cada tres

¹ Véase IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), *The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003*, julio de 2003, disponible en el enlace #14. Véase también Ben Hunt, «Companies Warned on Music Piracy Risk», *Financial Times*, 14 de febrero de 2003, p. 11.

CDs que se venden en el mundo). La MPAA calcula que pierde tres mil millones de dólares anualmente por la piratería.

Esto es piratería pura y dura. Nada en los argumentos de este libro, ni en los argumentos que la mayoría de la gente formula cuando habla de las cuestiones referidas en este libro, debería poner en duda esta simple idea: esta piratería está mal.

Lo cual no significa que no se puedan ofrecer excusas y justificaciones en favor de ella. Podríamos, por ejemplo, acordarnos de que durante el primer siglo de la historia de los EE.UU. no se reconocieron los derechos de los copyrights extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación de piratas. Parecería hipócrita, por lo tanto, insistir demasiado en que otros países en vías de desarrollo hacen algo malo cuando durante el primer siglo de nuestra historia esto mismo nos pareció que estaba bien.

Esta excusa no es demasiado convincente. Técnicamente, nuestras leyes no prohibían tomar obras extranjeras. Se limitaban explícitamente a las obras estadounidenses. Así, los editores estadounidenses que publicaban obras extranjeras sin el permiso de los autores extranjeros no estaban violando ninguna regla. Las fábricas de copias en Asia, por el contrario, sí están violando las leyes asiáticas. Las leyes asiáticas protegen los copyrights extranjeros, y las acciones de estas fábricas violan estas leyes. De manera que el mal en lo que hacen no es solamente un mal moral, sino también un mal legal, y no sólo de acuerdo con las leyes internacionales, sino también con las locales.

Sí, es verdad que esas leyes locales han sido impuestas a estos países. Ningún país puede ser parte de la economía mundial y decidir no proteger el copyright a escala internacional. Puede que hayamos nacido como una nación de piratas, pero no le permitiremos a ningún otro país que tenga una infancia semejante.

Si un país ha de ser tratado como una entidad soberana, sin embargo, sus leyes son sus leyes sin que importen sus fuentes. El derecho internacional bajo el que viven estas naciones les da algunas oportunidades para escapar de las cargas de la propiedad intelectual.² En mi opinión, más países en vías

² Véase Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Nueva York, The New Press, 2003, pp. 10-13 y 209. El acuerdo sobre los Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual (TRIPS en inglés) obliga a las naciones miembro a crear mecanismos administrativos y punitivos en relación a los derechos de propiedad intelectual, una propuesta que resulta costosa para los países en vías de desarrollo. Además, los derechos de patentes pueden dar lugar a precios más altos en industrias básicas como la agricultura. Los críticos de los TRIPS cuestionan la disparidad entre las cargas impuestas a los países en vías de desarrollo y los beneficios conferidos a los países

de desarrollo deberían aprovecharse de esa oportunidad, pero cuando no lo hacen, entonces hay que respetar sus leyes. Y según las leyes de estos países, la piratería está mal.

Alternativamente, podríamos intentar disculpar esta piratería señalando que, en cualquier caso, no le hace ningún daño a la industria. Los chinos que pueden acceder a CDs estadounidenses a cincuenta centavos la copia no es gente que los habría comprado a quince dólares. Así que en realidad nadie gana menos dinero del que ganaría de ser otra la situación.³

Esto es a menudo verdad (aunque tengo amigos que han comprado muchos miles de DVDs pirateados que ciertamente tienen dinero suficiente como para pagar por los contenidos que han tomado), y mitiga hasta cierto punto el daño causado. A los extremistas en este debate les encanta decir que «tú no irías a Barnes & Noble a llevarte un libro de las estanterías sin pagarlo; ¿por qué esto va a ser diferente con la música en Internet?» La diferencia, por supuesto, es que cuando te llevas un libro de Barnes & Noble tienen un libro menos para vender. Por el contrario, cuando tomas un MP3 de una red digital no hay un CD menos para vender. La reglas de la física de la piratería de lo intangible son diferentes de la física de la piratería de lo tangible.

Este argumento es todavía muy débil. Sin embargo, aunque el copyright es un derecho de propiedad de un tipo muy especial, es un derecho de propiedad. Como todos los derechos de propiedad, el copyright otorga a su dueño el derecho a decidir los términos bajo los cuales se comparten los contenidos. Si el dueño del copyright decide no vender, no tiene por qué hacerlo. Hay excepciones: importantes licencias estatutarias que se aplican a contenidos con copyright sin que importen los deseos del dueño del copyright. Estas licencias le ofrecen a la gente el derecho a «tomar» materiales con copyright sin que importe si el dueño del copyright quiera o no vender. Pero allí donde la ley no le ofrece a la gente el derecho a tomar contenidos, está mal tomar esos contenidos incluso si ese mal no hace daño

industrializados. Los TRIPS permiten que los gobiernos empleen patentes para usos públicos y no comerciales sin obtener previamente el permiso de los dueños de la patente. Las naciones en vías de desarrollo pueden hacer uso de esta cláusula para recibir los beneficios de las patentes extranjeras a precios más bajos. Ésta es una estrategia prometedora para estos países dentro del marco de los TRIPS.

³ Para un análisis del impacto económico de la tecnología de copia, véase Stan Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, Nueva York, Amacom, 2002, pp. 144-90. «En algunas instancias [...] el impacto de la piratería en la capacidad del dueño del copyright para obtener el valor de la obra será insignificante. Un ejemplo obvio es el caso en el que el individuo que se involucra en la piratería no habría comprado un original incluso si la piratería no hubiera sido una opción». *Ibidem*, p. 149.

alguno. Si tenemos un sistema de propiedad, y ese sistema está apropiadamente diseñado, entonces está mal tomar una propiedad sin permiso de su propietario. Esto es precisamente lo que significa «propiedad».

Finalmente, podríamos intentar disculpar esta piratería con el argumento de que ayuda en realidad al dueño del copyright. Cuando los chinos «roban» Windows, eso hace que los chinos dependan de Microsoft. Microsoft pierde el valor del software que ha tomado, pero gana usuarios que se acostumbran a vivir en el mundo de Microsoft. Con el tiempo, conforme el país se haga cada vez más rico, más gente comprará software en lugar de robarlo. Y por lo tanto, con el tiempo, como esa compra beneficiará a Microsoft, Microsoft se beneficiará de la piratería. Si en lugar de piratear Windows de Microsoft los chinos usaran el sistema operativo libre y gratuito GNU/Linux, entonces esos usuarios chinos no acabarían comprando Microsoft. Sin la piratería, entonces, Microsoft saldría perdiendo.

Este argumento también tiene parte de verdad. La estrategia de adicción es una buena estrategia. Muchas empresas la practican. Algunas prosperan gracias a ella. Los estudiantes de derecho, por ejemplo, reciben acceso gratuito a dos bases de datos legales. Las compañías que las venden esperan que los estudiantes se acostumbren tanto a su servicio como para que quieran usar la suya frente a las otra cuando se conviertan en abogados (y deban pagar una suscripción bastante alta).

Incluso así, el argumento no es demasiado persuasivo. Nosotros no defendemos a un alcohólico cuando roba su primera cerveza simplemente porque eso hará que sea más probable que compre las tres siguientes. Por el contrario, habitualmente permitimos que sean las empresas las que decidan por sí mismas cuando es el mejor momento para regalar su producto. Si Microsoft teme la competencia de GNU/Linux, entonces Microsoft puede regalar su producto, como hizo, por ejemplo, con Internet Explorer para luchar contra Netscape. Un derecho de propiedad significa darle al dueño de la propiedad el derecho a decir quién tiene acceso a qué —al menos habitualmente. Y si la ley equilibra de modo apropiado los derechos del dueño del copyright con los derechos de acceso, entonces violar la ley sigue estando mal.

Así que, al tiempo que entiendo el atractivo de estas justificaciones de la piratería, y ciertamente veo su motivación, en mi opinión al final estos esfuerzos para justificar la piratería comercial no funcionan. Este tipo de piratería está fuera de control y sencillamente es algo malo. No transforma el contenido que roba; no transforma el mercado en el que compite. Simplemente le da a alguien acceso a algo a lo que, según las leyes, no debería tenerlo. Nada ha cambiado para poner esas leyes en duda. Esta forma de piratería está mal y punto.

Pero como sugieren los ejemplos de los cuatro capítulos que introdujeron esta parte, incluso si alguna piratería está sencillamente mal, no todo es «piratería». O al menos, no toda la «piratería» está mal si ese término es entendido en la forma en la que se entiende cada vez más hoy en día. Muchas formas de «piratería» son útiles y productivas para producir nuevos contenidos o nuevos modelos de negocio. Ni nuestra tradición ni ninguna otra tradición ha prohibido nunca toda la «piratería» en ese sentido de la palabra.

Esto no significa que la última preocupación en términos de piratería, las redes de pares (p2p en inglés), no provoque preguntas. Pero significa que tenemos que entender un poco mejor el daño que causa el intercambio p2p antes de mandarlo al patíbulo bajo la acusación de piratería.

Porque (1) como Hollywood en sus orígenes, el intercambio p2p se escapa de una industria obsesionada con el control; y (2) como la industria discográfica en sus orígenes, simplemente explota una nueva forma de distribuir contenidos; pero (3) a diferencia de la televisión por cable, nadie está vendiendo los contenidos que se comparten en los servicios p2p.

Estas diferencias distinguen el intercambio p2p de la verdadera piratería. Deberían impulsarnos a encontrar un modo de proteger a los artistas que al mismo tiempo permita que este intercambio sobreviva.

Piratería II

La clave para la «piratería» que la ley pretende aplastar es un uso que «roba al autor en sus beneficios».⁴ Esto significa que debemos determinar si el intercambio p2p hace daño y en qué medida, antes de que sepamos con qué fuerza la ley debe o bien prevenirlo, o bien encontrar una alternativa para asegurar al autor sus beneficios.

Las redes de pares se hicieron famosas con Napster. Pero los inventores de la tecnología de Napster no habían hecho ninguna innovación tecnológica de primera magnitud. Como todos los grandes avances en innovación de Internet (y, muy probablemente, también fuera de Internet),⁵ Shawn Fanning y su equipo simplemente habían ensamblado componentes que habían sido desarrollados por separado.

⁴ *Bach contra Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777).

⁵ Véase Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business*, Nueva York, HarperBusiness, 2000. El profesor Christensen examina por qué las compañías que crean y después dominan un sector

El resultado fue una combustión espontánea. Lanzado en julio de 1999, Napster amasó más de diez millones de usuarios en nueve meses. Después de dieciocho meses había cerca de ochenta millones de usuarios registrados en el sistema.⁶ Los tribunales cerraron Napster con rapidez, pero otros servicios aparecieron para ocupar su lugar. (Kazaa es actualmente el servicio p2p más popular. Presume de tener más de cien millones de usuarios). Los sistemas de estos servicios son diferentes en arquitectura, aunque no muy distintos en lo que se refiere a la función: todos ellos permiten que sus usuarios pongan contenidos a disposición de los demás usuarios. Con un sistema p2p, puedes compartir tus canciones favoritas con tu mejor amigo —o con tus veinte mil mejores amigos.

Según algunas estimaciones, una inmensa proporción de estadounidenses han probado la tecnología de las redes de pares para el intercambio de ficheros. Un estudio de Ipsos-Insight en septiembre del 2002 estimaba que sesenta millones de estadounidenses se habían descargado música —un 28 % de los estadounidenses mayores de doce años.⁷ Una encuesta del grupo NDP citada por el *New York Times* estimaba que en mayo del 2003 cuarenta y tres millones de ciudadanos usaban redes de intercambio de ficheros para intercambiar contenidos.⁸ La inmensa mayoría no son chavales. Sea cual sea el número real, en estas redes se está «tomando» una cantidad masiva de contenidos. La facilidad y el mínimo coste de las redes de intercambio de ficheros han inspirado que millones de personas disfruten la música de una manera en la que no lo habían hecho antes.

Una parte de este goce implica violaciones de copyright. Y otra parte no. E incluso si entramos en la parte que es técnicamente una violación del copyright, calcular el daño real para los dueños de copyright es más complicado de lo que uno podría pensar. Así que considera —con más cuidado con

de producción son frecuentemente incapaces de hallar los paradigmas de uso más creativos y transformadores de sus propios productos. Éste trabajo habitualmente recae sobre innovadores externos, que reensamblan las tecnologías ya existentes de forma innovadora. Para una discusión de las ideas de Christensen, véase Lawrence Lessig, *Future...*, pp. 89-92 y 139.

⁶ Véase Carolyn Lochhead, «Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare», *San Francisco Chronicle*, 24 de septiembre de 2002, A1; «Rock 'n' Roll Suicide», *New Scientist*, 6 de julio de 2002, p. 42; Benny Evangelista, «Napster Names CEO, Secures New Financing», *San Francisco Chronicle*, 23 de mayo de 2003, C1; «Napster's Wake-Up Call», *Economist*, 24 de junio de 2000, p. 23; John Naughton, «Hollywood at War with the Internet» (*Londres Times*, 26 de julio 2002, p. 18).

⁷ Véase Ipsos-Insight, *TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution* (septiembre 2002), que informa de que el 28% de los estadounidenses de más de once años de edad ha descargado música de Internet y un 30% ha escuchado archivos musicales almacenados en sus computadoras.

⁸ Amy Harmon, «Industry Offers a Carrot in Online Music Fight», *New York Times*, 6 de junio de 2003, A1.

el que frecuentemente lo hacen las voces polarizadas en este debate— los tipos de intercambio permitidos por el intercambio de ficheros, y el tipo de daños que implican.

Los usuarios de estas redes comparten cuatro tipos de contenidos y por ello podemos dividirlos en cuatro grupos:

- A. Hay quien usa estas redes como sustituto de la compra de contenidos. Así, cuando aparece un nuevo CD de Madonna en el mercado, en lugar de comprar el CD, estos usuarios simplemente lo toman de la red. Podemos discutir sobre si todo el mundo que lo obtiene de este modo verdaderamente lo compraría en caso de que el intercambio no lo hubiera puesto a su disposición gratis. La mayoría de la gente no haría esto, pero claramente hay algunos que sí. Estos últimos son el objetivo de la categoría A: usuarios que descargan en lugar de comprar.
- B. Hay quien usa estas redes para «probar» la música antes de comprarla. Así, un amigo le envía a otro un MP3 de un artista que no ha oído. El otro amigo entonces compra CDs de ese artista. Esto es un tipo de publicidad dirigida, con grandes probabilidades de éxito. Si el amigo que recomienda el álbum no gana nada por una mala recomendación, entonces uno podría esperar que las recomendaciones serán verdaderamente buenas. El efecto neto de este intercambio podría incrementar las ventas de música.
- C. Hay quien usa las redes de intercambio para acceder a material con copyright que ya no está a la venta o que no habría comprado porque los costes de la transacción fuera de la Red son demasiado altos. Para muchos este uso de las redes de intercambio es uno de los más satisfactorios. Canciones que eran parte de nuestra infancia pero que se han esfumado del mercado reaparecen mágicamente en la red. (Una amiga me contó que cuando descubrió Napster pasó todo un fin de semana «recordando» canciones antiguas. Estaba asombrada de la variedad y mezcla de contenidos que estaban disponibles). Debido a que los contenidos no se venden, técnicamente se trata todavía de una violación del copyright, aunque debido a que los dueños del copyright ya no venden este contenido, el daño económico es cero —el mismo daño que se da cuando yo le vendo a un coleccionista mi colección de discos de los sesenta a 45 revoluciones.
- D. Finalmente, hay muchos que usan las redes de intercambio para acceder a contenidos que no tienen copyright o que el dueño del copyright quiere regalar.

¿Qué equilibrio existe entre estos distintos tipos de usuarios?

Empecemos con algunas ideas sencillas pero importantes. Desde el punto de vista de la ley, solamente el tipo D es claramente legal. Desde el punto de vista económico, solamente el tipo A es claramente perjudicial.⁹ El tipo B es ilegal pero evidentemente beneficioso. El tipo C es ilegal, pero bueno para la sociedad (ya que conocer más música es bueno). Así que decidir al final la importancia del intercambio es una pregunta difícil de responder —y ciertamente mucho más difícil que lo que sugiere la retórica actual sobre este asunto.

Si al final el intercambio es perjudicial depende de un modo importante de hasta qué punto el tipo A es perjudicial. Igual que Edison se quejaba de Hollywood, los compositores de los rollos de música, los artistas de la radio, y las emisoras en abierto de la televisión por cable, la industria musical se queja de que el intercambio del tipo A es una forma de «robo» que está «devastando» la industria.

Si bien las cifras verdaderamente sugieren que el intercambio es perjudicial, es difícil de determinar en qué medida. Hace mucho tiempo que la práctica habitual de la industria es culpar a la tecnología de cualquier descenso en las ventas. La historia de la grabación de cintas de cassette es un buen ejemplo. Según un estudio de Cap Gemini Ernst & Young: «Más que explotar esta tecnología nueva y popular, los sellos lucharon contra ella».¹⁰ Los sellos afirmaron que cada álbum grabado era un álbum sin vender, y cuando las ventas de discos cayeron un 11.4% en 1981, la industria afirmó que sus argumentos habían quedado demostrados. La tecnología era el problema, y prohibir o regular la tecnología era la solución.

Sin embargo, poco después, y antes de que el Congreso tuviera la oportunidad de promulgar leyes al efecto, apareció MTV y la industria vio cómo las cosas cambiaban por completo. «Al final», concluye Cap Gemini, «la

⁹ Véase Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, pp. 148-49.

¹⁰ Véase Cap Gemini Ernst & Young, *Technology Evolution and the Music Industry's Business Model Crisis* (2003), p. 3. Este informe describe el esfuerzo de la industria musical para estigmatizar la práctica naciente de grabar cassettes en los setenta, incluyendo una campaña de publicidad que incluía una cassette con forma de calavera y el mensaje: «Las grabaciones caseras están matando la música». Cuando la cinta digital de audio se convirtió en una amenaza, la Oficina de Valoración Técnica realizó un estudio del comportamiento de los consumidores. En 1988, el 40% de los consumidores mayores de diez años de edad habían grabado música en un formato de cassette. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, octubre de 1989, pp. 145-56.

“crisis” [...] no fue culpa de quienes grababan cintas —que no [dejaron de hacerlo después del nacimiento de MTV]— sino resultado del estancamiento de la innovación musical en las discográficas más importantes»¹¹

Pero sólo porque la industria estuviera equivocada entonces no significa que esté equivocada hoy. Para evaluar la verdadera amenaza que el intercambio p2p presenta a la industria en particular, y a la sociedad en general —o al menos a la sociedad que hereda la tradición que nos dio la industria del cine, del disco, de la radio, de la televisión por cable y del video— la pregunta no es sólo si el tipo A de intercambio es perjudicial. La pregunta es también cuán perjudicial es el tipo A, y hasta qué punto son beneficiosos los otros tipos de intercambio. Podemos empezar a responder a esta pregunta concentrándonos en el daño neto, desde el punto de vista de la industria en su totalidad, causado por las redes de intercambio. El «daño neto» a la industria en su totalidad es la medida en la que el tipo A supera al tipo B. Si las discográficas vendieran más discos por medio de estas pruebas que los que dejan de vender por la sustitución, entonces las redes de intercambio benefician en realidad a las discográficas. Por lo tanto, deberían tener pocas razones estáticas para resistirse a ellas.¹²

¿Podría ser verdad? ¿Podría ser que la industria en su totalidad esté ganando gracias al intercambio de ficheros? Aunque suene extraño, en realidad los datos de ventas de CDs sugieren algo muy cercano a esto.

En el 2002 la RIAA informó que las ventas de CDs habían caído un 8.9 %, de 882 millones a 803 millones de unidades; los ingresos cayeron un 6.7 %.¹³ Esto confirma la tendencia de los últimos años. La RIAA culpa a la piratería en Internet por esta tendencia, aunque hay muchas otras causas que podrían explicar esta caída. SoundScan, por ejemplo, informa de una caída de más del 20 % en el número de CDs lanzados desde 1999. Eso sin duda explica parte del descenso en ventas. La subida de precios podría explicar al

¹¹ U.S. Congress, Copyright and Home Copying, p. 4.

¹² Véase Recording Industry Association of America, *2002 Yearend Statistics*, disponible en el enlace #15. Un informe posterior indica pérdidas aún mayores. Véase Recording Industry Association of America, *Some Facts About Music Piracy*, 25 de junio de 2003, disponible en el enlace #16: «En los últimos cuatro años, las remesas de música grabada han caído en un 26%, de 1.160 millones de unidades en 1999 a 860 millones de unidades en 2002 en EE.UU. (cifras basadas en unidades enviadas). En términos de ventas, los ingresos han caído un 14%, de 14.600 millones de dólares en 1999 a 12.600 millones de dólares el año pasado (cifras basadas en el valor de las remesas en dólares estadounidenses). La industria musical a nivel mundial ha pasado de facturar 39.000 millones de dólares en 2000 a 32.000 millones de dólares en 2002 (cifras basadas en el valor de las remesas en dólares estadounidenses)».

¹³ Jane Black, «Big Music's Broken Record», *BusinessWeek* online, 13 de febrero de 2003, disponible en el enlace #17.

menos parte de esta pérdida. «Entre 1999 y 2001, el precio medio de un CD subió un 7.2 %, de 13.04 dólares a 14.19». La competencia de otros medios también podría explicar parte del declive. Como apunta Jane Black en *BusinessWeek*: «La banda sonora de la película *High Fidelity* costaba 18.98 dólares. Podías comprarte toda la película [en DVD] por 19.99 dólares».¹⁴

Pero asumamos que la RIAA tiene razón, y que todo el declive en las ventas de CDs se debe al intercambio en Internet. He aquí el problema: en el mismo periodo en el que la RIAA estima que se vendieron 803 millones de CDs, la RIAA estima que se descargaron gratuitamente 2.100 millones de CDs. Así que aunque se descargaron 2.6 veces más CDs que los que se vendieron, los ingresos por ventas descendieron sólo en un 6.7 %.

Hay demasiadas cosas sucediendo a la vez como para explicar estas cifras de una forma definitiva, pero hay una conclusión inevitable: la industria musical constantemente pregunta: «¿Cuál es la diferencia entre bajarse una canción y robar un CD?» —y sin embargo sus propias cifras revelan la diferencia. Si yo robo un CD, entonces hay un CD menos que vender. Cada vez que tomo uno se pierde una venta. Pero sobre la base de las cifras que da la RIAA, está absolutamente claro que no ocurre lo mismo con las descargas. Si cada descarga fuese una venta perdida —si cada usuario de Kazaa «le robara algo de su beneficio al autor»— entonces la industria habría sufrido una caída en ventas del 100 % el año pasado, no de un 7 %. Si 2.6 veces el número de CDs vendidos fueron descargados gratuitamente, y sin embargo los ingresos sólo cayeron un 6.7 %, entonces hay una enorme diferencia entre «descargarse una canción y robar un CD».

Estos son los daños —alegados y seguramente exagerados pero, asumámoslo, reales. ¿Qué pasa con los beneficios? Puede que el intercambio de ficheros le imponga costes a la industria discográfica. ¿Qué valor produce aparte de estos costes?

Un beneficio es el intercambio de tipo C —poner a disposición del público en general contenidos que técnicamente tienen copyright pero que ya no están comercialmente disponibles. Esta categoría de contenidos no es en absoluto pequeña. Hay millones de canciones que ya no están disponibles comercialmente.¹⁵ Y mientras que se puede concebir que parte de estos contenidos no estén disponibles debido a que el artista que los produjo no

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Según un cálculo, el 75% de la música publicada por las grandes discográficas ya está descatalogada. Véase Online Entertainment and Copyright Law —Coming Soon to a Digital Device Near You: Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary, 107th Cong., 1st sess. (3 de abril de 2001) (declaración preparada por la Future of Music Coalition), disponible en el enlace #18.

quiere que lo estén, la inmensa mayoría no está disponible debido únicamente a que los sellos o los distribuidores han decidido que ya no tiene sentido para la compañía ponerlos a disposición del público.

En el espacio real —mucho tiempo antes de Internet— el mercado tenía una respuesta muy sencilla a este problema: las librerías y tiendas de discos de segunda mano. Hay miles de tiendas semejantes hoy en día en EE.UU.¹⁶ Estas tiendas compran contenidos a sus dueños, después venden los contenidos que compran. Y bajo las leyes estadounidenses del copyright, cuando compran y venden estos contenidos, incluso si los contenidos tienen todavía copyright los dueños del copyright no reciben ni un centavo. Las librerías y tiendas de discos de segunda mano son entidades comerciales; sus dueños ganan dinero con los contenidos que venden; pero igual que con la televisión por cable antes de las licencias estatutarias, no tienen que pagarle al dueño del copyright por los contenidos que venden.

El intercambio de tipo C, por lo tanto, es muy parecido a las librerías o tiendas de discos de segunda mano. Es diferente, por supuesto, porque la persona que pone los contenidos a disposición del público no está ganando dinero al hacerlo. Es también diferente, por supuesto, porque en el espacio real, cuando vendo un disco, ya no lo tengo, mientras que en el ciberespacio, cuando alguien comparte mi grabación de 1949 de «Two Love Songs» de Bernstein, todavía la conservo. Esa diferencia tendría importancia económica si el dueño del copyright de 1949 estuviera vendiendo el disco en competencia con mi intercambio. Pero estamos hablando de una clase de contenidos que no está actualmente disponible comercialmente. Internet está haciendo que esté disponible, por medio del intercambio cooperativo, sin competir con el mercado.

Bien podría ser, si lo consideramos todo, que sería mejor que el dueño del copyright sacara algo de esto. Pero simplemente porque sería mejor que esto ocurriera no hay por qué prohibir las librerías de segunda mano. O por ponerlo en términos diferentes, si crees que habría que detener el intercambio tipo C, ¿crees que habría que cerrar también las bibliotecas y las librerías de segunda mano?

¹⁶ Mientras que no hay buenas estimaciones del número de tiendas existentes de discos usados, en 2002 había en EE.UU. 7.198 libreros de segunda mano, un incremento del 20% desde 1993. Véase Book Hunter Press, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market* (2002), disponible en el enlace #19. Los discos de segunda mano supusieron 260 millones de dólares en 2002. Véase National Association of Recording Merchandisers, «2002 Annual Survey Results», disponible en el enlace #20.

Finalmente, y quizá de un modo más importante, las redes de intercambio de ficheros permiten el tipo D —el intercambio de contenidos que los dueños del copyright quieren que se compartan o para los que no hay copyright. Este intercambio claramente beneficia a los autores y a la sociedad. El autor de ciencia ficción Cory Doctorow, por ejemplo, publicó su primera novela, *Down and Out in the Magic Kingdom*, tanto de forma gratuita en la Red como en librerías, el mismo día. Su idea (y la de su editor) era que la distribución on-line sería una gran publicidad para el libro «de verdad». La gente leería una parte en la Red y luego decidiría si le gustaba o no. Si le gustaba, sería más probable que lo compraran. Los contenidos de Doctorow pertenecen al tipo D. Si las redes de intercambio permiten que su obra se difunda, entonces ganan tanto la sociedad como él mismo. (En realidad, ganan muchísimo: ¡Es un gran libro!)

Lo mismo ocurre con las obras de dominio público: este intercambio beneficia a la sociedad sin ningún daño legal a los autores. Si los esfuerzos para resolver el problema del intercambio tipo A destruyen las oportunidades para el tipo D, entonces perdemos algo importante para proteger los contenidos del tipo A.

La idea en todo esto es ésta: mientras que la industria discográfica comprensiblemente dice «esto es lo que hemos perdido», debemos preguntarnos también: «¿Cuánto ha ganado la sociedad con las redes p2p? ¿Para qué son eficaces? ¿Qué contenidos no estarían disponibles de otra forma?»

Porque a diferencia de la piratería que describí en la primera sección de este capítulo, gran parte de la «piratería» permitida por el intercambio de ficheros es algo claramente bueno y legal. Y como la piratería que describí en el capítulo 4, gran parte de esta piratería está motivada por una nueva forma de difundir contenidos generada por avances en la tecnología de distribución. Así, de una manera coherente con la tradición que nos ha dado Hollywood, la radio, la industria discográfica y la televisión por cable, la pregunta que deberíamos hacer acerca del intercambio de ficheros es: cuál es el mejor modo de preservar sus beneficios al tiempo que minimizamos (en la medida posible) el daño que les causa a los artistas. Se trata de una cuestión de equilibrio. Las leyes deberían buscar ese equilibrio, y ese equilibrio sólo se encontrará con el tiempo.

«¿Pero esta guerra no es sólo contra el intercambio ilegal? ¿El objetivo no es únicamente lo que llamas el tipo A?»

Eso es lo que uno pensaría. Eso es lo que uno esperaría. Pero hasta hoy no lo es. El efecto de la guerra, presuntamente tan sólo, contra el intercambio del tipo A se ha sentido mucho más allá de esa clase de intercambio. Esto es obvio en el mismo caso de Napster. Cuando Napster le dijo al tribunal que ha había

desarrollado una tecnología que bloqueaba la transferencia de un 99.4 % del material identificado como una violación del copyright, el tribunal dijo que el 99.4 % no era bastante. Napster tenía que reducir las violaciones «a cero».¹⁷

Si un 99.4% no es bastante, entonces esta es una guerra contra las tecnologías de intercambio de ficheros, no una guerra contra la violación del copyright. No hay forma de asegurar que un sistema p2p se usa el 100% del tiempo sin vulnerar la ley, de la misma manera que no hay forma de asegurar que el 100% de los reproductores de video o que el 100% de las fotocopadoras o que el 100% de las pistolas se usan sin vulnerar la ley. Tolerancia cero significa cero p2p. La decisión del tribunal significa que nosotros como sociedad debemos perder los beneficios del p2p, incluso los derivados de los usos completamente legales y beneficiosos que permite, simplemente para asegurar que no haya ni una violación de copyright provocada por el p2p.

La tolerancia cero no es parte de nuestra historia. No ha producido la industria de los contenidos que tenemos hoy. La historia del derecho estadounidense ha sido un proceso de equilibrio. Conforme nuevas tecnologías han cambiado la manera en la que se distribuían los contenidos, las leyes se ajustaron, después de un tiempo, a la nueva tecnología. En este ajuste las leyes buscaban asegurar los derechos legítimos de los creadores, al tiempo que protegían la innovación. A veces esto ha significado más derechos para los creadores y a veces menos.

Así, tal y como hemos visto, cuando la «reproducción mecánica» amenazó los intereses de los compositores, el Congreso sopesó los derechos de los compositores frente a los de la industria discográfica. Concedió derechos a los compositores, pero también a los intérpretes: se iba a pagar a los compositores, pero al precio marcado por el Congreso. Pero cuando la radio empezó a emitir las grabaciones hechas por esos artistas, y éstos se quejaron de que no se estaba respetando su «propiedad creativa» (ya que las emisoras de radio no tenían que pagarles por la creatividad que emitían), el Congreso rechazó sus reclamaciones. Un beneficio indirecto era suficiente.

La televisión por cable siguió el patrón de los discos. Cuando los tribunales rechazaron las reclamaciones para que la industria del cable pagara por los contenidos que volvían a emitir, el Congreso respondió dándoles a las emisoras en abierto el derecho a una compensación, pero a un nivel fijado por la ley. Del mismo modo les dio a las compañías de cable el derecho a los contenidos, siempre que pagaran el precio marcado por la ley.

¹⁷ Véase Transcript of Proceedings, In Re: Napster Copyright Litigation at 34- 35 (N.D. Cal., 11 July 2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP, disponible en el enlace #21. Para un relato del litigio y su efecto negativo en Napster, véase Joseph Menn, *All the Rage: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster*, Nueva York, Crown Business, 2003, 269-82.

Este compromiso, igual que el compromiso que afectaba a los discos y las pianolas, cumplía dos importantes funciones —de hecho, dos propósitos centrales de cualquier legislación del copyright. Primero, las leyes aseguraban que los nuevos innovadores tendrían la libertad para desarrollar nuevas formas de distribuir contenidos. Segundo, las leyes aseguraban que se pagaría a los dueños del copyright por los contenidos que se distribuían. Se temía que si el Congreso simplemente exigiera que la televisión por cable les pagara a los dueños del copyright lo que éstos pidieran por sus contenidos, entonces los dueños del copyright en asociación con las emisoras en abierto usarían su poder para ahogar esta nueva tecnología, el cable. Pero si el Congreso hubiera permitido que el cable usara estos contenidos gratuitamente, entonces habría subsidiado el cable injustamente. Así que el Congreso escogió un camino que aseguraría una compensación sin darle al pasado (las emisoras en abierto) control sobre el futuro (el cable).

El mismo año que el Congreso estableció este equilibrio, dos de los principales productoras y distribuidoras de contenidos cinematográficos presentaron una demanda contra otra tecnología, las grabadoras de video (VTRs [en inglés] o como las llamamos hoy VCRs [en inglés]) producidas por Sony, el Betamax. La reclamación de Disney y Universal contra Sony era relativamente sencilla: Sony producía un aparato, afirmaban Disney y Universal, que permitía que los consumidores se dedicaran a la violación del copyright. Debido a que el aparato construido por Sony tenía un botón de «grabación», el aparato podía usarse para grabar películas y programas con copyright. Sony, por tanto, estaba beneficiándose de las violaciones del copyright de sus clientes. Por tanto, según Disney y Universal, debía ser responsable legal parcial de esta violación.

La reclamación de Disney y Universal tenía algo de razón. Sony efectivamente decidió diseñar su máquina para hacer que fuera muy sencillo grabar programas de televisión. Podría haber construido la máquina para bloquear o inhibir cualquier grabación de una emisora de televisión. O posiblemente podría haber construido la máquina para que hiciera copias sólo si había una marca especial de «cópíame» en la señal recibida. Estaba claro que había muchos programas de televisión que no le concedían permiso de copia a nadie. De hecho, si alguien hubiera preguntado, sin duda la mayoría de los programas no habría autorizado las copias. Y a la luz de esta preferencia evidente, Sony podría haber diseñado su sistema para minimizar las oportunidades de violar el copyright. No lo hizo, y por eso Disney y Universal querían que se la considerara responsable de la arquitectura que había escogido.

El presidente de la MPAA, Jack Valenti, se convirtió en el más elocuente campeón de los estudios. Valenti llamó a los aparatos de video «tenias». ¹⁸ Avisó de que «cuando haya veinte, treinta, cuarenta millones de estos aparatos en este país, seremos invadidos por millones de “tenias”, que devorarán el mismo corazón y esencia de la propiedad más preciosa que tiene el dueño de copyright, su derecho de copia». ¹⁹ «Uno no tiene que tener una preparación sofisticada en marketing y valoración creativa», le dijo al Congreso, «para entender la devastación causada al mercado posterior a los cines por cientos de millones de grabaciones que tendrán un impacto negativo en el futuro de la comunidad creativa de este país. Es simplemente una cuestión de economía básica y de mero sentido común». ²⁰ De hecho, como mostrarían estudios posteriores, el 45 % de los dueños de reproductores de video tenían videotecas de diez títulos o más ²¹ —un uso que el Tribunal consideraría más tarde no «justo». Al «permitir que los dueños de estos aparatos copiaran libremente por medio de una exención de la violación del copyright sin crear un mecanismo para compensar a los dueños de copyright», testificó Valenti, el Congreso «estaba tomando de los dueños la misma esencia de su propiedad: el derecho exclusivo a controlar quién puede usar su obra, esto es, quién puede copiarla y beneficiarse así de su reproducción». ²²

El Tribunal Supremo tardó ocho años en resolver este caso. En tanto, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que incluye a Hollywood dentro de su jurisdicción —lo cual hace que el magistrado Alex Kozinski, quien es parte de ese tribunal, lo llame el «Circuito de Hollywood»— consideró que Sony era responsable de las violaciones de copyright permitidas por sus máquinas. Bajo esta decisión, esta tecnología perfectamente familiar —que Jack Valenti había llamado «el estrangulador de Boston de la industria cinematográfica estadounidense» (peor aún, era el estrangulador japonés de la industria cinematográfica estadounidense)— era una tecnología ilegal. ²³

Pero el Tribunal Supremo revocó esta decisión. Y el Tribunal claramente articuló de qué forma entendía cuándo los tribunales debían intervenir en tales disputas y si debían hacerlo. Tal y como dictaminó el Tribunal:

¹⁸ En el original, «tapeworm». Valenti hace un juego de palabras entre «cinta de grabación» y el nombre de este parásito en inglés [*N. del T.*].

¹⁹ Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): Hearing on S. 1758 Before the Senate Committee on the Judiciary, 97th Cong., 1st and 2nd sess., 459 (1982) (testimonio de Jack Valenti, presidente, Motion Picture Association of America, Inc.).

²⁰ Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 475.

²¹ *Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, 438 (C.D. Cal., 1979).

²² Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 485 (testimonio de Jack Valenti).

²³ *Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America*, 659 F. 2d 963 (9th Cir. 1981).

Una política y una historia sensatas apoyan nuestra deferencia sistemática para con el Congreso cuando las innovaciones tecnológicas de primera magnitud alteran el mercado de los materiales con copyright. El Congreso tiene la autoridad constitucional y la capacidad institucional para acomodar todas las combinaciones de intereses opuestos que inevitablemente entran en conflicto ante la aparición de tales tecnologías.²⁴

Se le pidió al Congreso que respondiera a la decisión del Tribunal Supremo. Pero igual que ocurrió con la petición de los intérpretes en relación a las emisiones de radio, el Congreso la ignoró. El Congreso estaba convencido de que el cine estadounidense ya sacaba bastante, a pesar de que se «tomaran» estos contenidos.

Si juntamos todos estos casos, emerge un patrón claro:

CASO	QUIÉN ERA PIRATEADO	RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES	RESPUESTA DEL CONGRESO
Grabaciones	Compositores	Sin protección	Licencias estatutarias
Radio	Intérpretes	No hubo	Nada
Cable	Emisoras en abierto	Sin protección	Licencias estatutarias
Vídeo	Cineastas	Sin protección	Nada

En cada caso a lo largo de nuestra historia, una nueva tecnología cambió la forma en la que se distribuían los contenidos.²⁵ En cada caso, a lo largo de nuestra historia, eso significó que alguien «viajó gratis» a costa del trabajo de otros.

En *ninguno* de esos casos ni los tribunales ni el Congreso eliminan por completo este viaje gratis. En *ninguno* de estos casos ni los tribunales ni el Congreso insisten en que las leyes aseguren que el dueño de copyright consiga todo el valor creado por su copyright. En cada caso, los dueños del

²⁴ *Sony Corp. of America contra Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431 (1984).

²⁵ Éstas son las instancias más importantes en nuestra historia, pero también hay otros casos. La tecnología de la cinta de audio digital (DAT en inglés), por ejemplo, fue regulada por el Congreso para minimizar el riesgo de piratería. El remedio impuesto por el Congreso supuso una carga para los productores de DATs, al gravar las ventas de cintas y controlar la tecnología de la DAT. Véase Audio Home Recording Act of 1992 (Title 17 of the *United States Code*), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237, codified at 17 U.S.C. §1001. Una vez más, sin embargo, esta regulación no eliminó la oportunidad para un «viaje gratis» en el sentido en el que se ha he descrito. Véase Lessig, *Future...*, p. 71. Véase también Picker, «From Edison to the Broadcast Flag», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), pp. 293-96.

copyright se quejaron de «piratería». En cada caso, el Congreso actuó para reconocerle cierta legitimidad al comportamiento de los «piratas». En cada caso, el Congreso permitió que una nueva tecnología se beneficiara del contenido producido antes. Equilibró los intereses implicados.

Cuando reflexionas sobre estos ejemplos, y los otros ejemplos que componían los cuatro primeros capítulos de esta sección, se ve que este equilibrio tiene sentido. ¿Era Walt Disney un pirata? ¿Mejoraría el *doujinshi* si sus autores tuvieran que pedir permiso? ¿Habría que regular mejor los instrumentos que permiten a otra gente capturar y difundir imágenes como una forma de cultivar o criticar nuestra cultura? ¿Está bien que construir un motor de búsqueda te exponga a quince millones de dólares en daños y perjuicios? ¿Habría sido mejor que Edison hubiera controlado el cine? ¿Debería cada banda que hace versiones contratar un abogado para obtener permiso para grabar una canción?

Podríamos responder que sí a todas estas preguntas, pero nuestra tradición ha respondido que no. En nuestra tradición, como declaró el Tribunal Supremo, el copyright «nunca le ha otorgado al dueño del copyright completo control sobre todos los usos posibles de su obra».²⁶ Por el contrario, los usos particulares que la ley regula han sido definidos equilibrando el bien que se deriva de conceder un derecho exclusivo y las cargas creadas por semejante derecho exclusivo. Y este equilibrio se ha alcanzado históricamente *después* de que una tecnología haya madurado, o se haya asentado en la combinación de tecnologías que facilitan la distribución de contenidos.

Hoy día deberíamos estar haciendo lo mismo. La tecnología de Internet está cambiando rápidamente. La forma en la que la gente se conecta a Internet (cables frente a inalámbrica) está cambiando muy rápidamente. Sin duda la Red no debería convertirse en un instrumento para «robar» a los artistas. Pero las leyes tampoco deberían convertirse en un instrumento para blindar una forma particular en la que se paga a los artistas (o, para ser más precisos, a los distribuidores). Como describo con más detalle en el último capítulo de este libro, debemos asegurarles ingresos a los artistas al tiempo que permitimos que los mercados logren el modo más eficiente para promover y distribuir contenidos. Esto exigirá que se cambien las leyes, al menos durante el periodo de transición. Estos cambios se deberían diseñar para equilibrar la protección de la ley y el fuerte interés público en que continúe la innovación.

Esto es especialmente cierto cuando una nueva tecnología permite un modo de distribución inmensamente superior. Y esto es lo que ha hecho el p2p. Las tecnologías p2p pueden ser eficientes hasta un punto ideal a la hora

²⁶ Sony Corp. of America contra Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 432 (1984).

de mover contenidos a través de una red muy diversa. Si se deja que se desarrollen, podrían hacer que la Red fuese inmensamente más eficiente. Sin embargo, estos «potenciales beneficios públicos», como escribe John Schwartz en el *New York Times*, «podrían retrasarse en la lucha del P2P».²⁷

SIN EMBARGO, CUANDO alguien empieza a hablar de «equilibrio», los guerreros del copyright recurren a un argumento diferente. «Todos estos dedos apuntando al equilibrio y a los incentivos», dicen, «ignoran un punto fundamental. Nuestros contenidos», insisten los guerreros, «son nuestra *propiedad*». ¿Por qué deberíamos esperar a que el Congreso «reequibre» nuestros derechos a la propiedad? ¿Es que tú tienes que esperar antes de llamar a la policía cuando te roban el coche? ¿Y, para empezar, por qué tendría que deliberar el Congreso sobre los méritos de este robo? ¿Es que nos preguntamos si el ladrón de un coche lo usó bien antes de arrestarlo?»

«Es *nuestra propiedad*», insisten los guerreros. «Y debería estar protegida igual que cualquier otra propiedad».

²⁷ John Schwartz, «New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts», *New York Times*, 22 de septiembre de 2003, C3.