

12. *Daños*

PARA LUCHAR CONTRA «la piratería», para proteger la «propiedad», la industria de contenidos ha iniciado una guerra. Empleando grupos de presión y con grandes donaciones a las campañas electorales la industria ahora ha arrastrado al gobierno a esta guerra. Como en cualquier guerra, habrá daños que serán tanto directos como colaterales. Como en cualquier guerra de prohibición, los que sufran estos daños serán sobre todo nuestros propios conciudadanos.

Mi objetivo, hasta ahora, ha sido describir las consecuencias de esta guerra, en particular las consecuencias para la «cultura libre». Sin embargo, ahora pretendo extender esta descripción sobre las consecuencias para convertirla en una discusión. ¿Está justificada esta guerra?

En mi opinión, no. No existe una buena razón por la que, por primera vez, las leyes deban defender lo viejo frente a lo nuevo, justo cuando el poder de esa propiedad llamada «propiedad intelectual» es el mayor de toda nuestra historia.

Sin embargo el «sentido común» no considera esto así. El sentido común está todavía del lado de los Causby y de la industria de contenidos. Todavía resuenan las reclamaciones extremas en nombre de la propiedad; el rechazo acrítico de la «piratería» aún tiene cuerda para rato.

Continuar esta guerra tendrá muchas consecuencias. Quiero describir solamente tres. Se puede decir de todas ellas que son involuntarias. Creo de verdad que la tercera es involuntaria. No estoy tan seguro de las otras dos. Las dos primeras protegen a las RCAs contemporáneas, pero no hay ningún Howard Armstrong apostado entre bastidores para luchar contra los que detentan los monopolios de la cultura de hoy en día.

Limitar a los creadores

En los próximos diez años veremos la explosión de las tecnologías digitales. Estas tecnologías harán posible que prácticamente cualquiera capture y comparta contenidos. Capturar y compartir contenidos, por supuesto, es lo que los seres humanos han hecho desde el despertar de la humanidad. Es la forma en la que aprendemos y nos comunicamos. Pero capturar y compartir por medio de la tecnología digital es algo diferente. Puedes enviar un mensaje electrónico contándole a alguien un chiste que viste en Comedy Central o puedes enviarle el segmento del video. Puedes escribir un ensayo sobre las contradicciones en los argumentos del político que más te gusta odiar o puedes hacer un corto que contenga una afirmación tras otra de este mismo político. Puedes escribir un poema para expresar tu amor o puedes ensartar en forma de collage un collar de canciones de tus artistas favoritos y ponerlo a disposición de todo el mundo en la Red.

«Capturar y compartir» de forma digital es en parte una extensión del capturar y compartir que ha sido siempre fundamental para nuestra cultura, pero es también en parte algo nuevo. Existe una continuidad con Kodak, pero hace estallar los límites de tecnologías como la Kodak. La tecnología del «capturar y compartir» digital promete un mundo de creatividad extraordinariamente diversa que puede compartirse amplia y fácilmente. Y conforme esa creatividad sea aplicada a la democracia, permitirá que una amplia gama de ciudadanos usen la tecnología para expresarse, criticar y contribuir a la cultura que los rodea.

La tecnología nos ha dado por tanto una oportunidad para hacer algo con la cultura que sólo ha sido posible en raras ocasiones y para individuos en pequeños grupos, aislados unos de otros. Piensa en un anciano contándole una historia a un grupo de vecinos en un pueblo. Ahora imagínate esa actividad de contar historias extendida por todo el globo.

Sin embargo, todo esto es posible solamente si la actividad es presuntamente legal. En el presente régimen de regulación legal, no lo es. Olvídate por un momento del intercambio de archivos. Piensa en tus sitios favoritos en la Red, sitios asombrosos. Sitios que ofrecen resúmenes argumentales de programas de televisión olvidados; sitios que catalogan dibujos animados de los sesenta; sitios que mezclan imágenes y sonidos para criticar a los políticos o a las empresas; sitios que recopilan artículos de revistas dedicadas a remotos temas científicos o culturales. Hay una inmensa cantidad de obra creativa difundida por toda la Red. Pero tal y como están diseñadas las leyes hoy día, esta obra es presuntamente ilegal.

Esta presunción congelará cada vez más la creatividad, conforme continúen proliferando los ejemplos de penas extremas por vagas violaciones. Es imposible lograr aclararse sobre lo que está permitido y lo que no, y al mismo tiempo las penas para quien cruce la raya son asombrosamente duras. Los cuatro estudiantes amenazados por la RIAA (Jesse Jordan en el capítulo 3 era sólo uno de ellos) recibieron la amenaza de una demanda por valor de 98.000 millones de dólares en razón de la construcción de motores de búsqueda que permitían que se copiaran canciones. Sin embargo, WorldCom —que defraudó a sus inversores 11.000 millones de dólares y que derivó en pérdidas por valor de más de 200.000 millones— recibió una multa de sólo 750 millones.¹ Bajo la legislación impulsada en el congreso ahora mismo, un médico que negligentemente amputa la pierna equivocada en una operación tendrá responsabilidades legales por no más de 250.000 dólares en concepto de daños por dolor y sufrimiento.² ¿Puede el sentido común reconocer lo absurdo de un mundo en el que la multa máxima para descargarse dos canciones de Internet es mayor que la multa para un médico que negligentemente haga una matanza con un paciente?

La consecuencia de esta incertidumbre legal, unida a estas penas extremadamente altas, es que una cantidad extraordinaria de creatividad nunca será ejercida, o nunca será ejercida en público. Estamos empujando este proceso creativo a las catacumbas llamando piratas a los Walt Disneys contemporáneos. Hacemos que sea imposible que las empresas se basen en el dominio público, porque los límites del dominio público están diseñados para que nunca estén claros. Nunca compensa hacer nada que no sea pagar por el derecho a crear y por lo tanto sólo los que pueden pagar reciben permiso para crear. Como en el caso de la Unión Soviética, aunque por muy diferentes razones, estamos empezando a ver un mundo de arte underground —no debido a que el mensaje sea necesariamente político o porque el tema sea polémico, sino porque el mismo acto de crear este arte está legalmente cargado de tensión. Ya hay exposiciones de «arte ilegal», recorriendo EE.UU.³ ¿En qué consiste su ilegalidad? En el acto de mezclar la cultura que nos rodea con una expresión que es crítica o reflexiva.

¹ Véase Lynne W. Jeter, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom*, Hoboken (N.J.), John Wiley & Sons, 2003, pp. 176 y 204; sobre los detalles del acuerdo, véase el comunicado de prensa de MCI, «MCI Wins U.S. District Court Approval for SEC Settlement» (7 de julio de 2003), disponible en el enlace #37.

² El proyecto de ley, modelado a partir del modelo de reforma del sistema de agravios californiano, fue aprobado en el Congreso, pero resultó derrotado en una votación del Senado en julio de 2003. Para formarse un panorama general, véase Tanya Albert, «Measure Stalls in Senate: 'We'll Be Back,' Say Tort Reformers», *amednews.com*, 28 de julio de 2003, disponible en el enlace #38, y «Senate Turns Back Malpractice Caps», *CBSNews.com*, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #39. El presidente Bush ha seguido presionando a favor de una reforma del sistema de agravios en los últimos meses.

³ Véase Danit Lidor, «Artists Just Wanna Be Free», *Wired*, 7 de julio de 2003, disponible en el enlace #40. Para una panorámica de la exhibición, véase el enlace #41.

Este miedo a la ilegalidad se explica en parte por los cambios en las leyes. He descrito ya esos cambios con detalle en el capítulo 10. Pero en una parte todavía mayor tiene que ver con la facilidad creciente con la que se pueden descubrir las infracciones. Como en 2002 descubrieron los usuarios de sistemas de intercambio de ficheros, para los dueños del copyright es algo trivial conseguir que los tribunales ordenen que los proveedores de acceso a Internet revelen quién tiene qué contenidos. Es como si tu reproductor de cassettes transmitiera una lista de las canciones que escuchas en la intimidad de tu propia casa y que cualquiera pudiera sintonizarla por cualquier motivo.

Nunca antes en nuestra historia un pintor ha tenido que preocuparse sobre si su pintura violaba la obra de otro; pero los pintores contemporáneos, que usan las herramientas de Photoshop, que comparten contenidos en la Red, deben preocuparse por ello todo el tiempo. Las imágenes están por todos sitios, pero las únicas imágenes de uso seguro en el acto de creación son las que le compras a Corbis o a otra granja de imágenes. Y al comprar se produce la censura. Hay un mercado libre de lápices; no tenemos que preocuparnos por su efecto en la creatividad. Pero hay un mercado altamente regulado y monopolizado de iconos culturales; el derecho a cultivarlos y transformarlos no es libre del mismo modo.

Los abogados raramente consideran esto porque raramente se basan en la experiencia. Tal y como he descrito en el capítulo 7, en respuesta a la historia sobre el documental del director Jon Else, una y otra vez ha habido abogados sermoneándome y afirmando que el uso de Else era un *fair use* y que por lo tanto me equivoco al decir que la ley regula semejante uso.

Pero el *fair use*, en EE.UU., significa solamente que tienes derecho a contratar un abogado para que defienda tu derecho a crear. Y como a los abogados les encanta olvidar, nuestro sistema para defender derechos como el del *fair use* es sorprendentemente malo —en prácticamente todos los contextos, pero especialmente en éste. Cuesta demasiado, cumple con su misión muy lentamente y lo que acaba dando, a menudo tiene poco que ver con la justicia en la que se basaba la reclamación. Puede que el sistema legal resulte tolerable a la gente muy rica. Para todos los demás es una vergüenza en una tradición que se enorgullece del imperio de la ley.

Los jueces y los abogados pueden decirse a sí mismos que el *fair use* proporciona suficiente «espacio para respirar» entre la regulación de la ley y el acceso que la ley debería permitir. Pero que alguien se crea verdaderamente esto, es una muestra de hasta qué punto nuestro sistema legal ha perdido contacto con la realidad. Las reglas que los editores imponen a los escritores, las reglas que las distribuidoras de cine imponen a los directores, las reglas que los periódicos imponen a los periodistas —éstas son las

leyes reales que gobiernan la creatividad. Y estas reglas tienen poca relación con la «ley» con la que se consuelan los jueces.

Porque en un mundo en el que por una sola violación voluntaria de copyright se amenaza con 150.000 dólares y en el que se exige decenas de miles de dólares para siquiera defenderte contra una demanda por violación de copyright, y que jamás será devuelto ningún coste que haya sufrido alguien acusado injustamente; en ese mundo, las regulaciones pasmosamente amplias que llevan el nombre de «copyright» silencian la palabra y la creatividad. Y en ese mundo una estudiada ceguera es requisito para que la gente siga creyendo que vive en una cultura libre.

Como me dijo Jed Horovitz, el empresario de Video Pipeline:

Estamos perdiendo oportunidades [creativas] en todos los aspectos. Están forzando a no expresarse a la gente creativa. Hay pensamientos que no se están expresando. Y mientras tanto, puede que [todavía] se estén creando un montón de obras, incluso cuando se distribuyan. De hecho, [...] no vas a conseguir que lo que se crea se distribuya en los medios para el gran público a menos que tengas una nota del abogado que diga: «Se han obtenido todos los permisos». Ni siquiera vas a conseguir que lo emitan en la PBS sin este tipo de permiso. Hasta este punto tienen control.

Limitar a los innovadores

La historia de la última sección era la historia de un izquierdista típico —la creatividad aplastada, artistas que no pueden hablar, bla bla bla... A lo mejor eso no te motiva. A lo mejor piensas que hay ya bastante arte raro y bastante expresión que parece criticarlo absolutamente todo. Si esto es lo que piensas, quizás creas que hay poco de que preocuparse en esta historia.

Pero hay un aspecto que no es en ningún sentido de izquierdas. De hecho, es un aspecto que podría escribirlo el ideólogo pro-mercado más extremista. Si eres uno de esos (y uno bastante especial, si has leído hasta aquí), entonces puedes ver este otro aspecto si sustituyes «cultura libre», en cada uno de los sitios en los que la menciono, por «mercado libre».

El alegato que he estado haciendo sobre la regulación de la cultura es el mismo alegato que los defensores del mercado libre formulan sobre la regulación de los mercados. Todo el mundo, por supuesto, concede que es necesaria alguna regulación de los mercados —como mínimo, necesitamos leyes contractuales y leyes de propiedad, además de tribunales que las hagan

cumplir. Igualmente, en este debate cultural todo el mundo concede que es también necesario al menos algún marco de copyright. Pero ambas perspectivas insisten vehementemente en que el hecho de que alguna regulación sea buena no implica que más regulación sea mejor. Y ambas perspectivas están en continua sintonía con las maneras en las que la regulación permite simplemente que las industrias poderosas de hoy en día se protejan contra los competidores del mañana.

Éste es el efecto singular más drástico del cambio en la estrategia reguladora que describí en el capítulo 10. La consecuencia de esta masiva amenaza de responsabilidades legales, unida a los límites borrosos de la ley del copyright, es que los innovadores que quieren innovar en este ámbito sólo pueden hacerlo con garantías si tienen permiso de la última generación de industrias dominantes. Hemos aprendido esta lección gracias a una serie de casos que fueron diseñados y ejecutados para dar esta misma lección a los inversores de riesgo. Esa lección —lo que el exconsejero delegado de Napster, Hank Barry, llama la «nube radioactiva» que ha caído sobre Silicon Valley— ha sido efectivamente aprendida.

Considera otro ejemplo con el fin de defender este argumento, una historia de la que ya conté su principio en *The Future of Ideas* y que ha progresado de una manera que ni siquiera yo (un extraordinario pesimista) habría predicho nunca.

En 1997 Michael Roberts lanzó una compañía llamada MP3.com. MP3.com ansiaba reformular el negocio musical. Su meta era no sólo facilitar nuevas formas de acceder a contenidos. Su meta era también facilitar nuevas formas de crear contenidos. A diferencia de las grandes discográficas, MP3.com ofrecía a los creadores una vía para distribuir su creatividad, sin exigirles un compromiso exclusivo.

Para hacer que este sistema funcionara, MP3.com necesitaba un sistema eficaz al objeto de recomendar música a sus usuarios. La idea detrás de esta alternativa era aprovecharse de las preferencias reveladas por los oyentes para recomendar nuevos artistas. Si te gusta Lyle Lovett, es probable que disfrutes con Bonnie Raitt, etc.

Esta idea requería una forma sencilla de recopilar datos sobre las preferencias de los usuarios. MP3.com se inventó un modo extraordinariamente ingenioso de recopilar esta información. En enero de 2000, la compañía lanzó un servicio llamado my.mp3.com. Usando software proporcionado por MP3.com, un usuario podía crear una cuenta y luego insertar un CD en su ordenador. El software identificaba el CD y luego daba al usuario acceso a ese contenido. Así por ejemplo, si insertabas un CD de Jill Sobule, entonces, en cualquier lugar que estuvieras —en el trabajo o en casa— podías tener acceso a esa música, después de que entraras en tu cuenta. El sistema era una especie de caja fuerte musical.

Sin duda algunos podrían usar este sistema para copiar contenidos ilegalmente. Pero esa oportunidad existía con o sin MP3.com. El objetivo del servicio de my.mp3.com era darles a los usuarios acceso a sus propios contenidos, y como efecto secundario, al ver los contenidos que ya tenían, descubrir qué tipo de contenidos les gustaban más a los propios usuarios.

Para hacer que este sistema funcionara, MP3.com necesitó copiar 50.000 CDs en un servidor. (En principio, podría haber sido el usuario el que subiera la música, pero eso hubiera exigido mucho tiempo y hubiera derivado en un producto de dudosa calidad). Por lo tanto, compró 50.000 CDs en una tienda y comenzó el proceso de copia de esos CDs. Una vez más, no serviría los contenidos de esas copias a nadie, excepto a aquellos que hubieran demostrado que tenían una copia del CD al que querían acceder. Así que si se trataba de 50.000 copias, se trataba de 50.000 copias dirigidas a darles a los clientes algo que ya habían comprado.

Nueve días después de que MP3.com lanzara su servicio, las cinco grandes discográficas, lideradas por la RIAA, demandaron a MP3.com. MP3.com logró un acuerdo con cuatro de las cinco. Nueve meses después, un juez federal decidió que MP3.com era culpable de una violación voluntaria con respecto a la quinta discográfica. Aplicándole la ley tal y como es, el juez le impuso una multa de 118 millones de dólares. MP3.com llegó entonces a un acuerdo con el demandante, Vivendi Universal, pagando más de 54 millones. Vivendi compró MP3.com sólo un año después.

Ya había contado antes esta parte de la historia. Ahora reflexionemos sobre su conclusión.

Después de que Vivendi comprara MP3.com, Vivendi dio la vuelta sobre sí misma y presentó una demanda por negligencia profesional contra los abogados que habían aconsejando a MP3.com que dijera que de buena fe creía que el servicio que quería ofrecer sería considerado legal bajo la ley del copyright. Esta demanda alegaba que debería haber sido obvio que los tribunales hallarían ilegal este comportamiento; por lo tanto, la demanda buscaba castigar a cualquier abogado que se atreviera a sugerir que las leyes eran menos restrictivas que lo que las discográficas exigían.

El objetivo claro de esta demanda (que terminó en un acuerdo por una cantidad no especificada, poco después de que la historia desapareciera de la prensa) era enviar un mensaje inequívoco a los abogados que aconsejan a sus clientes en este ámbito: no son solamente tus clientes quienes van a sufrir si la industria de contenidos apunta sus pistolas contra ellos. Tú también vas a sufrir. Así que quien crea que la ley debería ser menos restrictiva, debería darse cuenta de que esa opinión va a costarle mucho a él y a su bufete.

Esta estrategia no se limita sólo a los abogados. En abril de 2003, Universal y EMI demandaron a Hummer Windblad, la firma de capital de riesgo (VC en inglés) que había financiado a Napster durante una determinada etapa de su desarrollo, a su cofundador (John Hummer) y al socio general (Hank Barry).⁴ Su reclamación también era que la VC debería haber reconocido los derechos de la industria de contenidos a controlar cómo debía desarrollarse la propia industria. Se les debería considerar personalmente responsables de financiar una compañía que resultó estar fuera de la ley. Aquí también es transparente el objetivo de la demanda: ahora cualquier VC sabe que si financia una compañía cuyo negocio no recibe la aprobación de los dinosaurios, se arriesga no sólo en el mercado, sino también ante un tribunal. Tu inversión compra no sólo una compañía, sino también una demanda. El ambiente se ha vuelto tan extremo que hasta los fabricantes de automóviles tienen miedo de tecnologías que toquen contenidos. En un artículo en *Business 2.0*, Rafe Needleman describe una discusión con BMW:

Les pregunté por qué, con toda la capacidad de memoria y el poder del ordenador de a bordo en un coche, no había manera de escuchar archivos MP3. Me dijeron que los ingenieros de BMW en Alemania habían equipado un nuevo vehículo para reproduciera MP3s a través del sistema de sonido incorporado al vehículo, pero que el departamento legal y el de marketing no se sentían cómodos con la idea de impulsar este lanzamiento a nivel nacional. Incluso hoy día no hay nuevos coches que se vendan en los EE.UU. con reproductores de MP3 propiamente dichos.⁵

Éste es el mundo de la mafia —lleno de ofertas del tipo «el dinero o la vida», gobernado a fin de cuentas no por los tribunales, sino por las amenazas que la ley permite hacer a los dueños de copyright. Es un sistema que obvia, y necesariamente asfixiará, la nueva innovación. Ya es difícil iniciar una empresa. Pero es difícil en grado imposible si esta compañía está constantemente amenazada por litigios.

El argumento no es que las compañías tengan el derecho a empezar empresas ilegales. El problema radica en la definición de «ilegal». Las leyes son un lío de incertidumbres. No tenemos una buena forma de saber cómo debería aplicarse a las nuevas tecnologías. Sin embargo, si invertimos nuestra

⁴ Véase Joseph Menn, «Universal, EMI Sue Napster Investor», *Los Angeles Times*, 23 de abril de 2003. Un argumento paralelo acerca de los efectos en la innovación en la distribución musical puede encontrarse en Janelle Brown, «The Music Revolution Will Not Be Digitized», Salon.com, 1 de junio de 2001, disponible en el enlace #42. Véase también Jon Healey, «Online Music Services Besieged», *Los Angeles Times*, 28 de mayo de 2001.

⁵ Rafe Needleman, «Driving in Cars with MP3s», *Business 2.0*, 16 de junio de 2003, disponible en el enlace #43. Agradezco este ejemplo al Dr. Mohammad Al-Ubaydli.

tradición de respeto a los tribunales y abrazamos las penas sorprendentemente altas que impone la ley de copyright, esa incertidumbre crea una realidad que es mucho más conservadora que acertada. Si las leyes impusieran la pena de muerte por multas de aparcamiento no tendríamos solamente menos multas de aparcamiento, tendríamos mucha menos gente conduciendo. El mismo principio se aplica a la innovación. Si la innovación se ve constantemente obstaculizada por estas responsabilidades legales dudosas e ilimitadas, tendremos una innovación mucho menos viva y mucha menos creatividad.

Este argumento corre en paralelo con el anterior argumento tópicamente izquierdista sobre el *fair use*. Sea cual sea la ley «real», el realismo sobre el efecto de la ley en ambos contextos es el mismo. Este sistema de regulación salvajemente penalizador ahogará la creatividad y la innovación de modo sistemático. Protegerá a algunas industrias y a algunos creadores, pero perjudicará a la industria y a la creatividad en general. El mercado libre y la cultura libre dependen de una competencia llena de vida. Sin embargo el efecto de la ley, hoy en día, es el de ahogar este tipo de competencia. El efecto es producir una cultura excesivamente regulada, igual que el efecto de demasiado control sobre el mercado produce un mercado excesivamente regulado.

La construcción de una cultura del permiso, en lugar de una cultura libre, es la primera forma importante en la que los cambios que he descrito supondrán una carga para la innovación. Una cultura del permiso significa una cultura de abogados —una cultura en la que la capacidad de crear exige una llamada a tu abogado. De nuevo, no estoy en contra de los abogados, al menos si se los mantiene en su sitio. Ciertamente no estoy en contra de la ley. Pero nuestra profesión ha perdido el sentido de sus límites. Los líderes de nuestra profesión han perdido la capacidad de apreciar los altos costes que nuestra profesión impone a los demás. La ineficiencia de las leyes es una vergüenza para nuestra profesión. Y si bien creo que nuestra profesión debería, de este modo, hacer todo lo posible para hacer del derecho algo más eficiente, debería al menos hacer también todo lo posible para limitar el alcance de la ley allá donde la ley no está haciendo ningún bien. Los costes de las transacciones requeridas en una cultura del permiso son suficientes como para enterrar una amplia gama de creatividad. Alguien tendría que justificar muchísimas cosas para justificar ese resultado.

LA INCERTIDUMBRE DE la ley es una carga para la innovación. Hay una segunda carga que opera de modo más directo. Se trata de la insistencia de muchos directivos de la industria de contenidos de usar la ley para regular de modo directo la tecnología de Internet, de manera que proteja mejor sus propios contenidos.

La motivación de esta respuesta es obvia. Internet hace posible la difusión eficaz de contenidos. Esa eficacia es una característica del diseño de Internet. Pero desde el punto de vista de la industria, esta característica es un «bug», un error informático. La difusión eficaz de contenidos significa que, a los distribuidores de contenidos, les resulta más difícil controlar la distribución. Una respuesta obvia a esta eficacia es, por lo tanto, hacer que Internet sea menos eficaz. Si Internet hace posible la «piratería», entonces, según esta respuesta, tenemos que romperle las piernas.

Hay muchos ejemplos de esta forma de legislación. Debido a las ansiosas peticiones de la industria de contenidos, algunos congresistas han amenazado con promulgar legislación que exigiría que los ordenadores determinen si los contenidos a los que acceden estén protegidos o no, y que desactiven la difusión de los contenidos protegidos.⁶ El Congreso ha lanzado ya medidas para explorar una «señal de emisión» obligatoria que se exigirá a cada aparato capaz de transmitir video digital (esto es, un ordenador), y que hará imposible la copia de cualquier contenido marcado con una señal de emisión. Otros miembros del Congreso han propuesto dar inmunidad legal a los proveedores de contenidos para que puedan desplegar tecnología que cazaría a los violadores del copyright y desactivaría sus máquinas.⁷

En cierto sentido, estas soluciones parecen razonables. Si el problema es el código, ¿por qué no regular el código para eliminar el problema? Pero cualquier regulación de la infraestructura tecnológica estará siempre en sintonía con la tecnología particular de ese momento. Impondrá cargas significativas y costes a esa tecnología, pero será probablemente eclipsada por avances que de forma precisa rodeen esos requisitos.

En marzo de 2002, una amplia coalición de compañías tecnológicas, encabezadas por Intel, intentó hacer que el Congreso considerara los daños que causaría semejante legislación.⁸ Obviamente su argumento no era que no debiera defenderse el copyright, sino que cualquier protección no debería producir más daños que beneficios.

DE UNA FORMA obvia esta guerra ha perjudicado a la innovación —de nuevo, una historia que resultará muy familiar para la gente del mercado libre.

⁶ «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», Gartner G2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School (2003), pp. 33-35, disponible en el enlace #44.

⁷ GartnerG2, 26-27.

⁸ Véase David McGuire, «Tech Execs Square Off Over Piracy», Newsbytes, 28 de febrero de 2002 (Entertainment).

Puede que el copyright sea una propiedad, pero como toda propiedad es también una forma de regulación. Es una regulación que beneficia a unos y perjudica a otros. Cuando se hace bien, beneficia a los creadores y perjudica a las sanguijuelas. Cuando se hace mal, es una regulación que los poderosos emplean para derrotar a sus competidores.

Tal y como describí en el capítulo 10, a pesar de esta naturaleza del copyright como regulación, sujeta a importantes matizaciones delineadas por Jessica Litman en su libro *Digital Copyright*,⁹ en conjunto la historia del copyright no es mala. Como detallaba el capítulo 10, cuando han aparecido nuevas tecnologías, el Congreso ha hallado un equilibrio que asegura que lo nuevo queda protegido de lo viejo. Las licencias obligatorias, o estatutarias, han sido parte de esta estrategia. El uso libre (como en el caso de los reproductores de video) ha sido otra.

Pero este modelo de respeto a las nuevas tecnologías ha cambiado con el surgimiento de Internet. En lugar de hallar un equilibrio entre las reclamaciones de la nueva tecnología y los derechos legítimos de los creadores de contenidos, tanto los tribunales como el Congreso han impuesto restricciones legales que tendrán el efecto de asfixiar lo nuevo en beneficio de lo viejo.

La respuesta de los tribunales ha sido bastante universal.¹⁰ Al nivel de los tribunales de distrito, la única excepción se halla en *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. contra Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal., 2003), un caso en el que el tribunal halló que el vínculo entre el distribuidor y la particular conducta de un usuario estaba demasiado atenuado como para hacer responsable al distribuidor de colaboración o sustitución por violación de copyright. Su reflejo exacto está en las respuestas con las que amenazó el Congreso y que de hecho implementó.¹¹

⁹ Jessica Litman, *Digital Copyright* (Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001).

¹⁰ La única excepción entre los circuitos judiciales se halla en *Recording Industry Association of America (RIAA) contra Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999). Allí el tribunal de apelación para el noveno distrito razonó que los fabricantes de un reproductor portátil de MP3 no eran responsables de colaboración en la violación de copyright por medio de un aparato que es incapaz de grabar o redistribuir música (un aparato cuya única función de copia es hacer portátil un archivo musical ya almacenado en el disco duro del usuario).

¹¹ Por ejemplo, en julio de 2002, el congresista Howard Berman presentó la Peer-to-Peer Piracy Prevention Act (H.R. 5211), que daría inmunidad a los dueños de copyright frente a los daños realizados a ordenadores, cuando los dueños de copyright usaran tecnología para detener la violación del copyright. En agosto de 2002, el congresista Billy Tauzin presentó un proyecto de ley que ordenaba que las tecnologías capaces de re-emitir copias digitales de películas emitidas en televisión (es decir, ordenadores) respetaran una «señal de emisión» que imposibilitaría la copia de esos contenidos. Y en marzo del mismo año, el Senador Fritz Hollings presentó la Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act, que hacía obligatoria la tecnología de protección del copyright en todos los aparatos de medios audiovisuales. Véase GartnerG2, «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», 27 de junio de 2003, 33-34, disponible en el enlace #44.

No haré aquí el catálogo completo de las mismas. Pero hay un ejemplo que captura el sabor de todas ellas. Éste es la historia del fallecimiento de la radio por Internet.

Como describí en el capítulo 4, cuando una estación de radio emite una canción, el artista que la ha grabado no recibe nada por esa «interpretación radiofónica» a menos de que sea también el compositor. Así que, por ejemplo, si Marilyn Monroe hubiera grabado una versión de «Cumpleaños feliz» —para conmemorar su famosa interpretación ante el presidente Kennedy en el Madison Square Garden— entonces cada vez que la canción se tocara en la radio, los dueños actuales del copyright de «Cumpleaños feliz» conseguirían algún dinero, mientras que no lo haría Marilyn Monroe.

La razón que está detrás de este equilibrio determinado por el Congreso tiene algún sentido. La justificación era que la radio era una forma de publicidad. De este modo, se beneficia el artista que graba una canción, porque al tocar su música, la radio está haciendo que sea más probable que venda discos. De manera que el artista recibe algo, aunque sólo sea indirectamente. Probablemente este razonamiento haya tenido menos que ver con los resultados que con el poder de las estaciones de radio. Su grupo de presión en Washington era muy bueno a la hora de detener cualquier esfuerzo para conseguir que el Congreso exigiera compensaciones para los artistas.

En esto llega la radio por Internet. Como la radio normal, la radio por Internet es una tecnología para transmitir contenidos de una emisora a un oyente. La emisión viaja a través de Internet, no a través del éter del espectro radiofónico. De este modo, puedo «sintonizar» una emisora de radio por Internet de Berlín mientras estoy sentado en San Francisco, incluso si no hay forma de que pueda sintonizar una emisora de radio estándar que esté mucho más allá del área metropolitana de San Francisco.

Esta característica de la arquitectura de la radio por Internet significa que hay potencialmente un número ilimitado de estaciones de radio a las que un usuario pueda sintonizarse empleando su ordenador, mientras que bajo la arquitectura actual de la radio electromagnética, hay un límite obvio al número de emisoras y de frecuencias claras de emisión. La radio por Internet puede ser por lo tanto mucho más competitiva que la radio estándar; puede proporcionar una gama más amplia de selecciones musicales. Y debido a que el público potencial de la radio digital es todo el mundo, las estaciones especializadas podrían desarrollarse fácilmente y vender sus contenidos a un número relativamente grande de oyentes en todo el mundo. Según algunas estimaciones, más de ochenta millones de usuarios, en todo el mundo, han sintonizado con esta nueva forma de radio.

Por lo tanto, la radio por Internet es a la radio lo que la FM fue a la AM. Es una mejora potencialmente más significativa, en un grado inmensamente mayor, que la mejora que supuso la FM con respecto de la AM, ya que no sólo la tecnología es superior, sino que también lo es la magnitud de la competencia. De hecho, hay un paralelismo directo entre la lucha para establecer la radio FM y la lucha para proteger la radio por Internet. Así describe un autor la lucha de Howard Armstrong para hacer posible la radio FM:

En la onda corta era posible un número casi ilimitado de emisoras de FM, terminando así con las restricciones artificiales impuestas a la radio en la atestada onda larga. Si se desarrollaba libremente la FM, el número de emisoras sólo estaría limitada por la economía y la competencia en lugar de las restricciones técnicas. [...] Armstrong comparó la situación que había surgido en la radio a la que siguió a la invención de la imprenta, cuando los gobiernos y los intereses dominantes intentaron controlar este nuevo instrumento de comunicación masiva imponiéndole licencias restrictivas. Esta tiranía fue rota sólo cuando fue posible que la gente adquiriera imprentas libremente y pudiera hacerlas funcionar libremente. La FM en ese sentido era un invento tan grande como la imprenta, porque le daba a la radio la libertad de romper sus cadenas.¹²

Este potencial para la radio FM nunca se hizo realidad —no porque Armstrong estuviera equivocado acerca de la tecnología, sino porque subestimó el poder de los «intereses privados, los hábitos, las costumbres y la legislación»¹³ para retrasar el crecimiento de esta tecnología competidora.

Ahora la misma afirmación puede hacerse acerca de la radio por Internet. Porque, de nuevo, no hay ninguna limitación técnica que pueda restringir el número de emisoras de radio digitales. La única restricción es la que imponen las leyes. La ley del copyright es una de ellas. Así que la primera pregunta que tenemos que hacer es «¿qué reglas de copyright deberían gobernar la radio digital?»

Pero aquí el poder de los lobbies se invierte. La radio por Internet es una nueva industria. Los artistas, por otra parte, tienen un grupo de presión muy poderoso, la RIAA. Así que cuando el Congreso consideró el fenómeno de la radio por Internet en 1995, este lobby había preparado al Congreso para que aplicara una regla diferente de la que se aplica a la radio terrestre. Mientras que la radio terrestre no tiene que pagarle a nuestra hipotética Marilyn Monroe cuando toca su hipotética grabación de «Happy Birthday», *la radio por Internet sí que tiene que hacerlo*. No sólo la ley no es neutral con respecto a la radio por Internet —la ley le impone una carga que es realmente mayor que la que impone a la radio terrestre.

¹² Lessing, *op. cit.*, p. 239.

¹³ *Ibidem*, 229.

Esta carga financiera no es pequeña. Como calcula William Fisher, profesor de derecho de Harvard, si una radio digital distribuyera música popular sin publicidad a (una media de) diez mil oyentes, veinticuatro horas al día, las tarifas totales que la radio debería a los artistas superarían el millón de dólares al año.¹⁴ Para un excelente análisis que expresa una idea similar, véase Randal C. Picker, «Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution», *Antitrust Bulletin* (Verano/Otoño 2002), p. 461: «No se trata de una confusión, se trata de anticuadas barreras de entrada. Las emisoras de radio analógica son protegidas de los nuevos participantes digitales, reduciendo la entrada en la radio y la diversidad. Sí, se hace esto en nombre de conseguir royalties para los dueños de los copyrights, pero de haber estado ausente la acción de poderosos intereses privados, se podría haber hecho de una forma neutral». Una radio estándar que emitiera los mismos contenidos no pagaría una tarifa equivalente.

La carga no es sólo financiera. Bajo las leyes propuestas originalmente, una emisora de radio por Internet (pero no una emisora de radio terrestre) tendría que recopilar la siguiente información sobre cada *transacción de escucha*:

1. nombre del servicio;
2. canal del programa (las emisoras AM/FM usan un Identificación de Emisora);
3. tipo de programa (archivado/bucle de emisión/en directo);
4. fecha de la emisión;
5. hora de la emisión;
6. zona horaria del origen de la emisión;
7. designación numérica del lugar de la grabación sonora dentro del programa;
8. duración de la transmisión (medida hasta el último segundo);
9. título de la grabación;
10. código ISRC de la grabación;
11. año de publicación del álbum de acuerdo con la nota del copyright y, en el caso de recopilatorios, el año de publicación del álbum y fecha del copyright de la canción;
12. nombre del artista que grabó la canción;
13. título comercial del álbum;

¹⁴ Este ejemplo derivó de las tarifas fijadas por el procedimiento original del Copyright Arbitration Royalty Panel (CARP), y ha sido extraído de un ejemplo ofrecido por el profesor William Fisher: Conference Proceedings, iLaw (Stanford), 3 de julio de 2003, en manos del autor. Los profesores Fisher and Zittrain dieron testimonio en el procedimiento de la CARP que fue finalmente rechazado. Véase Jonathan Zittrain, *Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings*, Docket No. 2000-9, CARP DTRA 1 y 2, disponible en el enlace #45.

14. sello discográfico;
15. código UPC del álbum;
16. número de catálogo;
17. información sobre el dueño del copyright;
18. género musical del canal o del programa (en formato de emisora);
19. nombre del servicio o entidad;
20. canal o programa;
21. fecha y hora a la que el usuario se conectó (en la zona horaria del usuario);
22. fecha y hora a la que el usuario se desconectó (en la zona horaria del usuario);
23. zona horaria en la que se recibió la señal (usuario);
24. identificador único de usuario;
25. el país en el cual el usuario recibió la transmisión.

El Bibliotecario del Congreso suspendió en su momento estos requisitos hasta que se realizaran más estudios. Y también cambió las tarifas originales asignadas por el panel arbitral encargado de fijarlas. Pero la diferencia básica entre la radio por Internet y la terrestre permanece: la radio por Internet tiene que pagar *un tipo de copyright* que la radio terrestre no tiene que pagar.

¿Por qué? ¿Qué justifica esta diferencia? ¿Hubo algún estudio de las consecuencias económicas resultantes de la radio por Internet que justificara estas diferencias? ¿Cuál fue el motivo para proteger a los artistas contra la piratería?

En un raro ejemplo de sinceridad, un experto de la RIAA admitió lo que en ese momento le parecía obvio a todo el mundo. Como me contó Alex Alben, vicepresidente de políticas públicas de Real Networks:

La RIAA, que representaba a las discográficas, presentó algunos testimonios sobre lo que pensaban que un comprador interesado le pagaría a un vendedor interesado, y era mucho más alto. Era diez veces más alto que lo que pagan las estaciones de radio para emitir la misma canción durante el mismo periodo de tiempo. De manera que los abogados representantes de las emisoras digitales le preguntaron a la RIAA [...]: «¿Cómo llegan a esta cifra que es mucho más alta? ¿Por qué vale más que la radio? Porque aquí estamos reunidos cientos de emisoras que queremos pagar, y eso establecería la tarifa de mercado, y si ustedes fijan una tarifa tan alta, van a expulsar del negocio a las emisoras más pequeñas [...].»

Y los expertos de la RIAA dijeron: «Bueno, la verdad es que no queremos que el modelo sea el de una industria con miles de emisoras, *creemos que debería ser una industria con, ya saben, cinco o siete grandes actores que puedan pagar una tarifa alta y que sea un mercado estable, predecible*» [las cursiva son mías].

Traducción: el objetivo es usar las leyes para eliminar competidores, de manera que esta plataforma de competencia potencialmente inmensa, que podría hacer que la diversidad y la gama de contenidos disponibles experimentarían una explosión, no perjudique a los viejos dinosaurios. Nadie debería apoyar este uso de la ley, ni en la derecha ni en la izquierda. Y sin embargo no hay prácticamente nadie, ni en la derecha ni en la izquierda, que esté haciendo nada efectivo para impedirlo.

Corromper a los ciudadanos

El exceso de regulación ahoga la creatividad. Asfixia la innovación. Otorga a los dinosaurios un derecho de veto sobre el futuro. Desperdicia la extraordinaria oportunidad para una creatividad democrática que la tecnología digital hace posible.

Además de estos daños importantes, se da un daño más que nuestros predecesores consideraban importante, pero que hoy parece haber caído en el olvido. El exceso de regulación corrompe a los ciudadanos y debilita el imperio de la ley.

La guerra que hoy se dirime es una guerra de prohibición. Como con cualquier guerra de prohibición, su objetivo es el comportamiento de un gran número de ciudadanos. Según *The New York Times*, 43 millones de estadounidenses descargaron música en mayo de 2002.¹⁵ Según la RIAA, el comportamiento de estos 43 millones de estadounidenses es un delito. Por lo tanto, debemos tener una serie de reglas que convierta al 20% de los estadounidenses en criminales. En la medida en que la RIAA lanza demandas no sólo contra los Napsters y Kazaas del mundo, sino contra estudiantes que construyen buscadores, y cada vez más contra usuarios corrientes que se descargan contenidos, las tecnologías de intercambio progresarán para proteger y ocultar mejor los usos ilegales. Es una carrera armamentística o una guerra civil, en la que los extremos de un bando invitan a una respuesta más extrema por parte del otro.

La táctica de la industria de contenidos explota los defectos del sistema legal estadounidense. Cuando la RIAA presentó una demanda contra Jesse Jordan sabía que en Jordan había encontrado un chivo expiatorio, no un acusado. La

¹⁵ Mike Graziano y Lee Rainie, «The Music Downloading Deluge», Pew Internet and American Life Project (24 de abril de 2001), disponible en el enlace #46. El Pew Internet and American Life Project informó de que 37 millones de estadounidenses habían descargado archivos musicales de Internet a principios de 2001.

amenaza de tener que pagar todo el dinero del mundo en daños y perjuicios (quince millones de dólares) o casi todo el dinero del mundo para defenderse de tener que pagar por daños y perjuicios (250.000 dólares en abogados) hizo que Jordan escogiera pagar todo el dinero que tenía en el mundo (doce mil dólares) para conseguir que la demanda se esfumara. La misma estrategia anima las demandas de la RIAA contra los usuarios individuales. En septiembre de 2003 la RIAA demandó a 261 individuos —incluyendo a una niña de doce años que vivía en una vivienda de propiedad pública y un hombre de setenta años que no tenía ni idea de lo que era el intercambio de ficheros.¹⁶ Tal y como estos chivos expiatorios descubrieron, cuesta más, siempre, defenderse de una demanda que llegar simplemente a un acuerdo. (La chica de doce años, por ejemplo, igual que Jesse Jordan pagó todos sus ahorros, dos mil dólares, para alcanzar un acuerdo). Nuestras leyes son un sistema horrible para defender derechos. Es una vergüenza para nuestra tradición. Y la consecuencia de nuestras leyes, tal y como están, es que aquellos que tienen poder pueden usarlas para aplastar aquellos derechos que no son de su agrado.

Las guerras de prohibición no son nada nuevo en Estados Unidos. Esta es sólo más extrema que cualquiera de las que hayamos visto antes. Experimentamos con la prohibición del alcohol, en un tiempo en el que el consumo por persona y año era de unos seis litros. La guerra contra la bebida redujo inicialmente ese consumo a sólo un 30 % de sus niveles originales, pero para finales de la prohibición el consumo había subido a un 70 % del nivel original. Los estadounidenses estaban bebiendo casi como siempre, pero con esa legislación un número inmenso de ellos eran criminales.¹⁷ Hemos lanzado una guerra contra las drogas con la intención de reducir el consumo de narcóticos controlados que consumen hoy un 7 % (o dieciséis millones) de estadounidenses.¹⁸ Significa una caída respecto del máximo de 1979 del 14% de la población. Regulamos los automóviles hasta el punto de que la inmensa mayoría de los estadounidenses violan las leyes cada día. Tenemos un sistema de impuestos tan complejo que la mayoría de los negocios que manejan metálico hacen trampa con regularidad.¹⁹ Nos enorgullecemos de

¹⁶ Alex Pham, «The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case», *Los Angeles Times*, 10 de septiembre de 2003, Business.

¹⁷ Jeffrey A. Miron and Jeffrey Zwiebel, «Alcohol Consumption During Prohibition», *American Economic Review* 81, num. 2 (1991), p. 242.

¹⁸ National Drug Control Policy: Hearing Before the House Government Reform Committee, 108th Cong., 1st sess. (5 de marzo 2003) (declaración de John P. Walters, director de National Drug Control Policy).

¹⁹ Véase James Andreoni, Brian Erard, y Jonathon Feinstein, «Tax Compliance», *Journal of Economic Literature* 36 (1998), p. 818 (visión panorámica de la literatura sobre la conformidad económica).

nuestra «sociedad libre», pero una serie interminable de los comportamientos cotidianos están regulados en nuestra sociedad. Y de resultas, una enorme proporción de estadounidenses violan con regularidad al menos alguna ley.

Este estado de cosas no carece de consecuencias. Es una cuestión particularmente notable para profesores como yo, cuyo trabajo es enseñar a estudiantes de derecho la importancia de la «ética». Como mi colega Charlie Nelson dijo en una clase de Stanford, cada año las escuelas de derecho aceptan a miles de estudiantes que han descargado música ilegalmente, consumido alcohol y a veces drogas ilegalmente, trabajado ilegalmente sin pagar impuestos, conducido coches ilegalmente. Éstos son chavales para los que comportarse ilegalmente es cada vez más la norma. Y se supone que nosotros, como profesores de derecho, tenemos que enseñarles cómo comportarse éticamente —cómo rechazar sobornos, o mantener separados los fondos de los distintos clientes, o respetar una petición para hacer público un documento que significa que tu caso se ha terminado. Generaciones de estadounidenses —de un modo más significativo en algunas partes de EE.UU. que en otras, pero incluso así, en todos los lugares de los EE.UU. de hoy en día— no pueden vivir su vida a la vez de forma normal y legal, puesto que la «normalidad» implica un cierto grado de ilegalidad.

La respuesta a esta ilegalidad generalizada es, o hacer cumplir las leyes con más severidad, o cambiar las leyes. Como sociedad, hemos de aprender a tomar decisiones de forma más racional. Que una ley tenga sentido depende, en parte al menos, de si los costes de la ley, tanto previstos como colaterales, superan los beneficios. Si los costes, previstos y colaterales, superan los beneficios, la ley debería cambiarse entonces. En cambio, si los costes del sistema actual son mucho mayores que los costes de una alternativa, entonces tenemos buenas razones para considerar una alternativa.

Mi propósito no es estúpido: dado que la gente viola las leyes, deberíamos revocarlas. Obviamente, podríamos reducir drásticamente las estadísticas de asesinatos si legalizáramos el asesinato los miércoles y los viernes. Pero eso no tendría ningún sentido, ya que el asesinato está mal en cualquier día de la semana. Una sociedad acierta cuando prohíbe el asesinato en cualquier sitio a cualquier hora.

Más bien, mi propósito coincide con lo que las democracias han comprendido durante generaciones, pero que recientemente hemos comenzado a olvidar. El imperio de la ley depende de que la gente obedezca la ley. Cuanto más a menudo y de forma más repetida los ciudadanos tenemos la experiencia de violar una ley, menos la respetamos. Obviamente, en la mayoría de los casos la cuestión importante son las leyes, no el respeto a las

leyes. Me da igual que un violador respete las leyes o no; quiero atraparlo y encancelarlo. Pero sí me importa que mi estudiantes respeten las leyes. Y sí me importa que las reglas de la ley siembren una falta de respeto creciente debido a la regulación extrema que imponen. Veinte millones de estadounidenses han llegado a la mayoría de edad desde que Internet introdujo esta idea diferente del hecho «compartir». Tenemos que ser capaces de llamar a estos veinte millones de estadounidenses «ciudadanos», no «delincuentes».

Cuando al menos 43 millones de ciudadanos se descargan contenidos de Internet, y cuando usas herramientas para combinar esos contenidos de forma no autorizada por los dueños del copyright, la primera pregunta que deberíamos hacer no es como involucrar mejor al FBI. La primera pregunta debería ser si esta prohibición en particular es verdaderamente necesaria para lograr los justos fines a los que sirve la ley del copyright. ¿Hay otra forma de asegurar que los artistas cobren sin convertir en criminales a 43 millones de estadounidenses? ¿Tiene sentido si hay otras maneras de asegurar que se pague a los artistas sin convertir a los EE.UU. en un país de criminales?

Este propósito abstracto puede quedar más claro con un ejemplo particular.

Todos tenemos CDs. Muchos de nosotros todavía tenemos discos de vinilo. Estos pedazos de plástico codifican música que en cierto sentido hemos comprado. La ley protege nuestro derecho a comprar y vender ese plástico. No violo el copyright si vendo todos mis discos de música clásica a una tienda de segunda mano y compro discos de jazz para reemplazarlos. Ese «uso» de las grabaciones es libre.

Pero como ha demostrado la locura por los MP3, hay otro uso de los vinilos que es efectivamente libre. Como esos discos fueron hechos sin tecnologías de protección anti-copia, soy libre de copiar, o «arrancar», música de mis vinilos en el disco duro de un ordenador. De hecho, Apple fue tan lejos como para sugerir que esa «libertad» era un derecho: en una serie de anuncios, Apple apoyó la capacidades de «tomar, mezclar, grabar» de las tecnologías digitales.

Este «uso» de mis discos es ciertamente valioso. En casa he comenzado un largo proceso de copiar todos mis CDs y los de mi esposa, y guardarlos en un archivo. Después, usando iTunes de Apple, o un programa maravilloso llamado Andromeda, podemos elaborar y escuchar distintas listas de nuestra música —Bach, música barroca, canciones de amor, canciones de amor para parejas— el potencial es interminable. Y al reducir los costes de mezclar estas listas, estas tecnologías ayudan a construir de forma creativa las listas de música, que tienen su propio valor independiente. Las recopilaciones de canciones son creativas y significativas en sí mismas.

Este uso se ha hecho posible en unos medio audiovisuales no protegidos —CDs o vinilos. Pero estos medios sin protección también hacen posible el intercambio de ficheros. El intercambio de ficheros amenaza (o eso es lo que cree la industria de los contenidos) la capacidad de los creadores para recibir ganancias justas a cambio de su creatividad. Y, por lo tanto, muchos están empezando a experimentar con tecnologías que eliminan los medios sin protección. Estas tecnologías, por ejemplo, harían posibles CDs que no se podrían copiar en el ordenador. O podrían hacer realidad programas espía para identificar contenidos copiados en las máquinas de la gente.

Si estas tecnologías llegan a despegar, la construcción de grandes archivos con tu propia música se hará muy difícil. Puedes pasar el tiempo con hackers y obtener tecnologías que desactiven las tecnologías que protegen los contenidos. Comerciar con esas tecnologías es ilegal, pero quizás eso no te importe mucho. En cualquier caso, para la inmensa mayoría de la gente, estas tecnologías de protección destruirían de un modo efectivo el uso de los CDs para crear archivos. La tecnología, en otras palabras, nos forzaría a todos nosotros a volver a un mundo en el que o escucharíamos música manipulando pedazos de plástico, o seríamos parte de un sistema «de administración de derechos digitales» inmensamente complejo.

Si la única manera de asegurar que se pague a los artistas fuera eliminar la capacidad para mover contenidos libremente, entonces estas tecnologías para interferir con esta libertad podrían estar justificadas. Pero ¿y si hubiera otra manera de asegurar que se paga a los artistas, sin echarle el candado a ningún contenido? ¿Y si, en otras palabras, un sistema diferente pudiera asegurarles una compensación al tiempo que preservara la libertad de mover contenidos fácilmente?

Mi propósito ahora no es demostrar que semejante sistema existe. Ofrezco una versión de un sistema semejante en el último capítulo de este libro. De momento la única idea es relativamente poco polémica: si un sistema diferente lograra los mismos objetivos legítimos que logró el sistema de copyright existente, pero hiciera a los consumidores y creadores mucho más libres, entonces tendríamos una muy buena razón para perseguir esa alternativa —esto es, la libertad. La decisión, en otras palabras, no sería entre propiedad y piratería; la decisión sería entre diferentes sistemas de propiedad y las libertades que cada uno permitiría.

Creo que hay una manera de asegurar que se paga a los artistas sin convertir en criminales a 43 millones de estadounidenses. Pero la característica destacada de esta alternativa es que conduciría a un mercado muy diferente con el fin de producir y distribuir creatividad. Aquellos pocos con poder, quienes controlan hoy en día la inmensa mayoría de la distribución de contenidos en el mundo, ya no ejercerían esta forma extrema de control. Por el contrario, tomarían el mismo camino que la carroza de caballos.

Excepto que los fabricantes de carrozas de esta generación ya han ensillado al Congreso y cabalgan a lomos de la ley para protegerse de esta nueva forma de competencia. Para ellos la decisión está entre 43 millones de estadounidenses convertidos en criminales y su propia supervivencia.

Es fácil de entender por qué deciden hacer lo que hacen. No es fácil de entender por qué nosotros como democracia seguimos decidiendo lo que decidimos. Jack Valenti es encantador; pero no tan encantador como para justificar el abandono de una tradición tan profunda e importante como nuestra tradición de cultura libre.

HAY UN ASPECTO más de esta corrupción que es particularmente importante para las libertades civiles y que es resultado directo de cualquier guerra de prohibición. Tal y como describe el abogado de la Electronic Frontier Foundation, se trata de los «daños colaterales» que «surgen siempre que conviertes en criminales a un porcentaje muy alto de la población». Son los daños colaterales para las libertades civiles en general.

«Si puedes tratar a alguien como a un presunto delincuente», explica Von Lohmann,

Entonces, de repente, muchas de las protecciones básicas de las libertades civiles se evaporan en uno y otro grado [...] Si violas el copyright ¿cómo puedes esperar mantener cualquier derecho a la intimidad? Si violas el copyright ¿cómo puedes esperar que no van a decomisar tu ordenador? [...] Nuestros sentimientos cambian cuando pensamos: «Ah, bueno, pero esa persona es un delincuente, un criminal». Bien lo que esta campaña contra el intercambio de ficheros ha conseguido ha sido que ha convertido en «delincuentes» a un notable porcentaje de la población de los internautas estadounidenses.

Y la consecuencia de esta transformación del público estadounidense en criminales es que convierte en algo trivial, al igual que una parte más del proceso, eliminar de un modo efectivo gran parte de la privacidad que la mayoría daría por sentada.

Los usuarios de Internet empezaron a considerar esto de una forma general en 2000, cuando la RIAA lanzó su campaña para forzar a los proveedores de Internet a entregar los nombres de los clientes que la RIAA pensaba que estaban violando la ley de copyright. Verizon luchó contra esa petición y perdió. Con una simple petición al juez, y sin ningún aviso al cliente en absoluto, la identidad de un usuario queda revelada.

Entonces la RIAA expandió esta campaña, anunciando una estrategia general de demandas a usuarios individuales de Internet que se alegraba que habían descargado música de los sistemas de intercambio de ficheros. Pero como hemos visto, los daños y perjuicios potenciales resultantes de estas demandas son astronómicos: si la computadora familiar se usa para descargar música que cabría en un solo CD, la familia podría tener responsabilidades legales por dos millones de dólares por daños. Esto no evitó que la RIAA demandara a unas cuantas familias, igual que habían demandado a Jesse Jordan.²⁰

Incluso esto minimiza la magnitud del espionaje desarrollado por la RIAA. Un informe de la CNN a finales del verano pasado describía la estrategia que la RIAA había adoptado para rastrear usuarios de Napster.²¹ Usando un sofisticado algoritmo, la RIAA tomó lo que de hecho era una huella digital de cada canción en el catálogo de Napster. Cualquier copia de uno de esos MP3s tendría la misma «huella».

Así que imagínate el siguiente y verosímil escenario: imagina que un amigo le da un CD a tu hija —una selección de canciones igual que las cintas que solías hacer cuando eras joven. Ni tú ni tu hija sabéis de dónde vienen esas canciones. Pero ella copia esas canciones en su ordenador. Luego se lleva su ordenador a la universidad y se conecta a la red de la misma, y si esta red está «cooperando» con el espionaje de la RIAA, y si ella no ha protegido apropiadamente su contenido de la red (¿sabrías hacerlo tú?), entonces la RIAA será capaz de identificar a tu hija como «criminal». Bajo las reglas que las universidades están empezando a aplicar,²² tu hija puede perder el derecho a emplear la red informática de su universidad. En algunos casos puede que la expulsen.

²⁰ Véase Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», *Washington Post*, 10 de septiembre de 2003, E1; Chris Cobbs, «Worried Parents Pull Plug on File 'Stealing'; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued», *Orlando Sentinel Tribune*, 30 de agosto de 2003, C1; Jefferson Graham, «Recording Industry Sues Parents», *USA Today*, 15 de septiembre de 2003, 4D; John Schwartz, «She Says She's No Music Pirate. No Snoop Fan, Either», *New York Times*, 25 de septiembre de 2003, C1; Margo Varadi, «Is Brianna a Criminal?» *Toronto Star*, 18 de septiembre de 2003, P7.

²¹ Véase «Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used», CNN.com, disponible en el enlace #47.

²² Véase Jeff Adler, «Cambridge: On Campus, Pirates Are Not Penitent», *Boston Globe*, 18 de mayo de 2003, City Weekly, 1; Frank Ahrens, «Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at Colleges», *Washington Post*, 4 de abril de 2003, E1; Elizabeth Armstrong, «Students 'Rip, Mix, Burn' at Their Own Risk», *Christian Science Monitor*, 2 de septiembre de 2003, 20; Robert Becker and Angela Rozas, «Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible», *Chicago Tribune*, 16 de julio de 2003, 1C; Beth Cox, «RIAA Trains Antipiracy Guns on Universities», *Internet News*, 30 de enero de 2003, disponible en el enlace #48; Benny Evangelista, «Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing», *San Francisco Chronicle*, 11 de agosto de 2003, E11; «Raid, Letters Are Weapons at Universities», *USA Today*, 26 de septiembre de 2000, 3D.

Ahora bien, por supuesto, ella tendrá el derecho a defenderse. Puedes contratar un abogado (a trescientos dólares la hora, con suerte) y ella puede argumentar que no sabía nada de la fuente de las canciones o que venían de Napster. Y bien puede ser que la universidad la crea. Pero puede que la universidad no la crea. Puede tratar este «material ilegal» como una presunción de culpabilidad. Y como ya han aprendido un cierto número de estudiantes universitarios, nuestra presunción de inocencia se desvanece en medio de las guerras de prohibición. Esta guerra no es diferente.

Dice Von Lohman:

Así que cuando hablamos de cifras como que entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses están esencialmente violando el copyright, creas una situación en la que las libertades civiles de esa gente están en grave peligro de una forma general. [No] creo [que haya] ninguna situación análoga en la que uno pudiera escoger al azar a alguien en mitad de la calle y tuviera la seguridad de que está cometiendo un acto delictivo, que pudiera meterlo en un jaleo por potenciales responsabilidades criminales o por cientos de miles de dólares de responsabilidades civiles. Ciertamente todos pisamos el acelerador, pero conducir demasiado rápido no es el tipo de acción por el que rutinariamente renunciamos a nuestras libertades civiles. Hay quien consume drogas, y creo que ese es el paralelismo más cercano, [pero] muchos han señalado que la guerra contra las drogas ha erosionado todas nuestras libertades civiles porque ha tratado a muchísimos estadounidenses como a criminales. Bueno, creo que es justo decir que el intercambio de ficheros en términos de usuarios es un grado de magnitud mayor que el consumo de drogas. [...] Si entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses se han convertido en delincuentes, entonces estamos de verdad en una ladera resbaladiza que puede terminar con la pérdida de muchas libertades civiles para todos los que se hallen entre esos cuarenta o sesenta millones.

Cuando se considera que entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses son «criminales» según las leyes y cuando las leyes podrían alcanzar el mismo objetivo —asegurar los derechos de los autores— sin que esos millones sean considerados «criminales», ¿quién es el malo? ¿Los estadounidenses o la ley? ¿Qué es más estadounidense, una guerra constante contra la propia población o un esfuerzo concertado de toda nuestra democracia para cambiar nuestras leyes?

Parte IV.

Equilibrios

ASÍ ESTÁN LAS COSAS: estás de pie en el arcén de la autopista. Tu coche está en llamas. Estás enojado y disgustado porque ayudaste en parte a iniciar el fuego. Ahora no sabes cómo apagarlo. A tu lado hay un cubo, lleno de gasolina. La gasolina, obviamente, no apagará el fuego.

Mientras reflexionas sobre el desastre, llega alguien. Presa del pánico, agarra el cubo. Antes de que te dé tiempo a decirle que se detenga —o antes de que comprenda porqué debería detenerse— el contenido del cubo está en el aire. La gasolina está en el aire. La gasolina está a punto de caer sobre el coche ardiendo. Y las llamas de la gasolina incendiarán todo lo que hay alrededor.

HAY UNA GUERRA en torno al *copyright* que se está combatiendo en todas partes a nuestro alrededor —nos estamos fijando en el tema equivocado. Sin duda, las tecnologías actuales amenazan a las actuales empresas. Sin duda, puede que amenacen a los artistas. Pero las tecnologías cambian. La industria y los técnicos tienen medios de sobra para usar la tecnología para protegerse de las amenazas de Internet. Se trata de un fuego que si se deja en paz se apagará por sí solo.

Sin embargo, los legisladores no están dispuestos a dejar este fuego en paz. Apremiados por la enorme cantidad de dinero de los grupos de presión, están deseosos de intervenir para eliminar el problema localizado. Sin embargo, el problema que han localizado no es la verdadera amenaza a la que se enfrenta la cultura. Porque mientras miramos a este pequeño fuego en el rincón, por todo nuestro alrededor está teniendo lugar un cambio masivo en la forma en la que se produce cultura.

De algún modo tenemos que hallar una manera de dirigir la atención hacia esta cuestión que es fundamental y más importante. De alguna manera tenemos que hallar una manera que evitar echar más gasolina al fuego.

Todavía no hemos encontrado la forma. Por el contrario, parece que estamos atrapados en una visión binaria mucho más simple. Por más que mucha gente se esfuerce en definir este debate en términos más amplios, persiste esta visión, simple y binaria. Giramos el cuello para mirar al fuego cuando deberíamos estar con los ojos fijos en la carretera.

Este reto ha sido mi vida en estos últimos años. También ha sido mi fracaso. En los dos capítulos que siguen describo una pequeña serie de esfuerzos, fracasados por el momento, para encontrar una manera de redefinir el debate. Debemos comprender estos fracasos si queremos entender qué es lo que hará falta para triunfar.

13. *Eldred*

EN 1995 un padre estaba frustrado con que a sus hijas no pareciera gustarles Hawthorne. Sin duda hay más de un padre así, pero al menos éste hizo algo al respecto. Eric Eldred, un programador jubilado que vivía en New Hampshire, decidió poner a Hawthorne en la Red. Una versión digital, pensó Eldred, con enlaces a imágenes y a textos explicativos, daría vida a la obra de este autor del siglo XIX.

No funcionó —al menos no con su hijas. No hallaron a Hawthorne ni una pizca más interesante que antes. Pero el experimento de Eldred dio a luz un hobby y este hobby engendró una causa: Eldred decidió construir una biblioteca de obras bajo dominio público, escaneándolas y poniéndolas a disposición general de forma gratuita.

La biblioteca de Eldred no era simplemente una copia de determinadas obras del dominio público, aunque incluso una copia habría sido de gran valor para gente de todo el mundo que no tuviera acceso a las versiones impresas de las mismas. Eldred, además, estaba produciendo obras derivadas de esas obras bajo dominio público. Igual que Disney convirtió a los cuentos de los Grimm en historias más accesibles para el siglo XX, Eldred transformó a Hawthorne y a muchos otros de forma que fueran más accesibles —accesibles técnicamente— hoy en día.

La libertad de Eldred para hacer esto con la obra de Hawthorne procedía de la misma fuente que la de Disney. *La letra escarlata* de Hawthorne había pasado al dominio público en 1907. Era libre para que cualquiera la tomara sin el permiso de los herederos de Hawthorne o de nadie más. Hay gente, como Dover y Penguin Classics, que toma obras del dominio público y produce ediciones impresas, que luego vende en librerías por todo el país. Otros, como Disney, toman estas historias y las convierten en dibujos animados, a veces con éxito (*Cenicienta*), a veces sin él (*El jobado de Notre Dame*, *El planeta del tesoro*). Todas son publicaciones comerciales de obras en el dominio público.

Internet creó la posibilidad de publicaciones no comerciales de obras en el dominio público. El ejemplo de Eldred es sólo uno entre muchos. Hay literalmente miles de ellos. Cientos de miles de personas en todo el planeta han descubierto esta plataforma de expresión y la usan ahora para compartir obras que son, según las leyes, libres para que cualquiera las tome. Esto ha producido lo que podríamos llamar la «industria editorial no comercial», que antes de Internet estaba limitada a la gente con egos enormes o con causas políticas o sociales. Pero con Internet incluye una amplia gama de individuos y grupos dedicados a difundir la cultura en general.¹

Como dije, Eldred vive en New Hampshire. En 1998 se anunció que el libro de poemas *New Hampshire* de Robert Frost iba a pasar al dominio público. Eldred quería publicarlo en su biblioteca pública, libre y gratuita. Pero el Congreso se metió por medio. Como describí en el capítulo 10, en 1998, por undécima vez en cuarenta años, el Congreso extendió los plazos para los copyrights ya existentes —esta vez por veinte años. Eldred no podría añadir a su colección ni una obra que fuera posterior a 1923 hasta el 2019. De hecho, ninguna obra con copyright pasaría al dominio público hasta ese año (y ni siquiera entonces, si el Congreso volvía a extender el plazo). En cambio, en el mismo periodo más de un millón de patentes pasarían al dominio público.

Fue la Ley de Extensión del Plazo del Copyright de Sonny Bono (CTEA en inglés), promulgada en memoria del congresista y antes músico Sonny Bono, quien, según cuenta su viuda Mary Bono, creía que «los copyrights deberían ser para siempre».²

¹ Hay aquí un paralelismo con la pornografía que es fácil de describir, pero que es convincente. Internet creó un nuevo fenómeno: un mundo de pornógrafos no comerciales —gente que estaba distribuyendo porno pero que no estaba ganando nada directa o indirectamente de esa distribución. Esa clase no existía antes de que naciera Internet porque los costes de distribuir porno eran muy altos. Sin embargo, esta clase de distribuidores recibieron atención especial en el Tribunal Supremo, cuando el Tribunal anuló la Communications Decency Act de 1996. Fue en parte debido a la carga de los emisores no comerciales que se halló que el estatuto excedía el poder del Congreso. La misma idea se podría haber expresado acerca de los editores no comerciales después de la llegada de Internet. Los Eric Eldred del mundo eran extremadamente pocos antes de Internet. Sin embargo, uno pensaría que es al menos igual de importante proteger a los Eldreds del mundo que proteger a los pornógrafos no comerciales.

² El texto completo es: «Sonny [Bono] quería que el plazo de la protección del copyright durara para siempre. Mi equipo me informa que semejante modificación violaría la Constitución. Les invito a todos ustedes a trabajar conmigo para fortalecer nuestras leyes de copyright de todas las maneras que estén a nuestra disposición. Como ustedes saben, también hay una propuesta de Jack Valenti a favor de un plazo que dure para siempre menos un día. Quizás la Comisión pueda considerar esta propuesta en la próxima reunión del Congreso» 144 Cong. Rec. H9946, 9951-2 (7 de octubre de 1998).

Eldred decidió luchar contra esta ley. Primero decidió enfrentarse a ella mediante la desobediencia civil. En una serie de entrevistas, Eldred anunció que iba a publicar la obra como tenía planeado, a pesar de la CTEA. Pero debido a una segunda ley aprobada en 1998, la NET (Ningún Robo Electrónico), este acto de publicación convertiría a Eldred en un delincuente —aunque nadie se quejara. Ésta era una estrategia peligrosa para un programador discapacitado.

Es aquí cuando me involucré en la batalla de Eldred. Yo era un especialista en derecho constitucional cuya pasión primordial era la interpretación de la Constitución. Y aunque las clases de derecho constitucional nunca se centraban en la «Cláusula del progreso de la Constitución», siempre me había parecido que era diferente de una forma importante. Como sabes, la Constitución de Estados Unidos dice:

El Congreso tiene el poder de promover el progreso de la ciencia [...] asegurando por un tiempo limitado a los autores [...] un derecho exclusivo sobre sus [...] escritos [...].

Como ya he explicado, esta cláusula es única dentro de la cláusula de concesión de poderes del artículo I, sección 8 de la Constitución. Todas las otras cláusulas que conceden poder al Congreso simplemente dicen que el Congreso tiene poder para hacer algo —por ejemplo, para regular «el comercio entre varios Estados» o para «declarar la guerra». Pero aquí, el «algo» es algo muy específico —«promover [...] el progreso»— usando medios que también son específicos —«asegurando» «derechos exclusivos» (es decir, copyrights) «por un tiempo limitado».

En los últimos cuarenta años, el Congreso ha tomado la costumbre de extender los plazos existentes de protección del copyright. Lo que me desconcertaba de todo esto era que, si el Congreso tenía el poder para extender los plazos existentes, entonces el requisito constitucional de que los plazos fueran «limitados» no tendría efectos prácticos. Si cada vez que un copyright está a punto de expirar el Congreso tiene el poder de extender su plazo, entonces el Congreso puede lograr lo que la Constitución prohíbe explícitamente —un periodo a perpetuidad «con un plan de pago a plazos», como lo llama con gran acierto el profesor Peter Jaszi.

Como profesor universitario que soy, mi primera respuesta fue irme a los libros. Recuerdo estar sentado hasta tarde en mi despacho, recorriendo bases de datos en busca de cualquier discusión seria en relación a esta cuestión. Nadie había desafiado nunca la práctica del Congreso de extender los plazos ya existentes. Ese fracaso era en parte la razón por la que el Congreso parecía no tener problemas con esta costumbre. Eso, y el hecho de que la costumbre

se había vuelto muy lucrativa. El Congreso sabía que los dueños del *copyright* estarían dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero para conseguir que se extendieran los plazos de sus *copyrights*. Y por lo tanto está encantado de dejar que este chollo siga y siga.

Porque éste es el núcleo de la corrupción en nuestro sistema actual de gobierno. «Corrupción» no en el sentido de que se soborne a un congresista. Más bien, «corrupción» en el sentido de que el sistema induce a que los beneficiarios de las acciones del Congreso recauden y le den dinero al Congreso para inducirle a que actúe. El tiempo tiene un límite, y también lo que puede hacer el Congreso. ¿Por qué no limitar sus actos a las cosas que debe hacer —y a las cosas que dan beneficios? Extender los plazos del *copyright* da beneficios.

Si esto no te parece obvio, piensa en esto: digamos que tú eres uno de los muy pocos afortunados dueños de *copyright* cuyo *copyright* sigue produciendo dinero cien años después de que se creara. Los herederos de Robert Frost son un buen ejemplo. Frost murió en 1963. Su poesía continúa siendo extraordinariamente valiosa. Por lo tanto los herederos de Robert Frost se benefician enormemente de cualquier extensión del *copyright*, ya que ningún editor les pagaría nada si cualquiera pudiera publicar gratis los poemas que escribió Frost.

Así que imagina que los herederos de Robert Frost están ganando 100.000 dólares al año con tres poemas de Frost. E imagina que el *copyright* para estos tres poemas está a punto de expirar. Eres miembro del consejo de herederos de Robert Frost. Tu consejero financiero llega a la reunión del consejo con un informe muy sombrío:

«El año que viene», anuncia el consejero, «expirarán nuestros *copyrights* de las obras A, B y C. Eso significa que después del año que viene no recibiremos el cheque anual de royalties por 100.00 dólares por parte de los editores de esas obras».

«Hay una propuesta en el Congreso, sin embargo», continúa, «que podría cambiar esto. Algunos congresistas están sondeando una ley para extender los plazos del *copyright* veinte años más. Esa ley podría ser extraordinariamente valiosa para nosotros. Así que esperemos que se apruebe».

«¿Esperemos?», dice otro miembro del consejo. «¿No podemos hacer nada acerca de esto?»

«Bueno, obviamente, sí», responde el consejero. «Podríamos contribuir a las campañas de unos cuantos congresistas para intentar asegurarnos de que apoyan esta ley».

Odias la política. Odias contribuir a las campañas de nadie. Así que quieres saber si esta práctica repugnante vale la pena. «¿Cuánto sacaríamos si se aprueba esta extensión?», le preguntas al consejero. «¿Cuánto vale?»

«Bueno», dice el consejero, «si confiamos en que seguiremos sacando al menos 100.000 dólares al año por estos copyrights, y si usamos la “tasa de descuento” que usamos para evaluar nuestras inversiones (6%), entonces esta ley podría costar 1.460.000 dólares».

Estás un poco conmocionado por la cifra, pero rápidamente llegas a la conclusión correcta:

«Así que lo que dices es que nos valdría la pena pagar más de un millón en donaciones electorales si tuviéramos confianza en que esas contribuciones asegurarían que se aprobaría la ley?»

«Totalmente», responde el consejero. «Vale la pena contribuir hasta llegar al “valor actual” de los ingresos que se esperan por esos *copyrights*. Lo cual para nosotros significa más de un millón de dólares».

Rápidamente pillas la idea —tú como miembro del consejo de dirección y, confío, tú como lector. Cada vez que los copyrights están a punto de expirar, cada beneficiario en la posición de los herederos de Robert Frost se enfrenta a la misma decisión: si pueden contribuir a que se apruebe la ley para extender los copyrights, se beneficiarán en gran medida de esa extensión. Y así, cada vez que los copyrights están a punto de expirar, hay un volumen masivo de actividad por parte de los grupos de presión para lograr que se extienda el plazo del copyright.

De esta manera se pone en marcha la máquina de movimiento perpetuo del Congreso: mientras se pueda comprar legislación (aunque sea indirectamente), siempre habrá todo el incentivo del mundo para comprar nuevas extensiones del copyright.

Durante el tiempo que duraron las presiones que llevaron a la aprobación de la CTEA quedó demostrada esta «teoría» sobre los incentivos. Diez de los trece patrocinadores originales de la ley en el Congreso recibieron de Disney la máxima contribución posible; en el Senado, ocho de los doce patrocinadores recibieron donaciones.³ Se calcula que la RIAA y la MPAA gastaron un millón y medio de dólares en grupos de presión durante el ciclo electoral de 1998. Pagaron más de 200.000 dólares en donaciones electorales.⁴

³ Associated Press, «Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years», *Chicago Tribune*, 17 de octubre de 1998, p. 22.

⁴ Véase Nick Brown, «Fair Use No More?: Copyright in the Information Age», disponible en el enlace #49.

Se calcula que Disney contribuyó con más de 800.000 dólares a las campañas de reelección en el ciclo de 1998.⁵

EL DERECHO CONSTITUCIONAL no se olvida de lo que es obvio. O, al menos, no está obligado a hacerlo. Así que cuando estaba considerando la queja de Eldred, esta realidad sobre los incentivos interminables para incrementar el plazo de copyright era una parte central de mis reflexiones. En mi opinión, un tribunal pragmático dedicado a interpretar y aplicar la Constitución que escribieron los padres constitucionales vería que si el Congreso tiene el poder para extender los plazos existentes, entonces no habría de hecho requisito constitucional para que los plazos fueran «limitados». Si pudieron extenderlos una vez, entonces los extenderían otra vez y otra y otra.

Era también mi parecer que *este* Tribunal Supremo no permitiría que el Congreso extendiera los plazos ya existentes. Como sabe cualquiera que esté familiarizado con la obra jurídica del Tribunal Supremo, este Tribunal ha restringido cada vez más el poder del Congreso cuando ha visto que las acciones del Congreso excedían el poder concedido por la Constitución. Entre los estudiosos de la Constitución el ejemplo más famoso de esta tendencia fue la decisión del Tribunal Supremo de 1995 cuando anuló una ley que prohibía la posesión de pistolas cerca de las escuelas.

Desde 1937 el Tribunal Supremo ha interpretado de forma muy amplia los poderes concedidos al Congreso; así que, mientras que la Constitución le concede al Congreso el poder para regular solamente «el comercio entre varios estados» (también conocido como «comercio interestatal»), el Tribunal Supremo ha interpretado que ese poder incluye también la capacidad de regular cualquier actividad que simplemente afecte al comercio interestatal.

Conforme creció la economía, este estándar significó cada vez más que no había límite de regulación al poder del Congreso, ya que cualquier actividad, cuando se la consideraba a escala nacional, afectaba al comercio interestatal. Una Constitución diseñada para limitar el poder del Congreso se interpretaba, por el contrario, con el fin de no imponer ningún límite.

El Tribunal Supremo, bajo la dirección del magistrado jefe Rehnquist, cambió esta situación en el caso de *Los Estados Unidos contra Lopez* [sic]. El gobierno había argumentado que poseer pistolas cerca de las escuelas afectaba al comercio interestatal. Las pistolas cerca de las escuelas aumentan el

⁵ Alan K. Ota, «Disney in Washington: The Mouse That Roars», *Congressional Quarterly This Week*, 8 de agosto de 1990, disponible en el enlace #50

crimen, el crimen disminuye el valor de la propiedad, etc. En la vista oral, el juez principal le preguntó al gobierno si había alguna actividad que no afectara al comercio interestatal bajo el razonamiento ofrecido por el gobierno. El gobierno dijo que no; si el Congreso decía que una actividad afectaba al comercio interestatal, entonces esa actividad afectaba al comercio interestatal. El Tribunal Supremo, decía el gobierno, no estaba en posición de predecir qué haría el Congreso.

«Nos detuvimos a considerar las implicaciones de los argumentos del gobierno», escribió el magistrado jefe del Tribunal Supremo.⁶ Si cualquier cosa que el Congreso dice que es comercio interestatal debe considerarse por lo tanto comercio interestatal, entonces no habría límites al poder del Congreso. La decisión en *Lopez* fue reafirmada cinco años más tarde en *Los Estados Unidos contra Morrison*.⁷

Este aparente principio operativo debería aplicarse a la «Cláusula del progreso» tanto como a la «Cláusula de comercio».⁸ Y si se aplicara a la «Cláusula del progreso», el principio debería llevar a la conclusión de que el Congreso no puede extender un plazo ya existente. Si el Congreso pudiera extender un plazo ya existente, entonces no habría «punto de llegada» para el poder del Congreso sobre los plazos, aunque la Constitución expresamente declara que sí existe semejante límite. Así, el mismo principio aplicado al poder de conceder copyrights debería suponer que no se permite al Congreso extender el plazo de los copyrights ya existentes.

Esto es así, si el principio anunciado en *Lopez* fuera un principio. Muchos pensaron que la decisión en el caso *Lopez* era política —un Tribunal Supremo conservador, que creía en los derechos de los Estados, usando su poder sobre el Congreso para impulsar sus propias preferencias personales en política. Pero yo rechacé esa opinión sobre la decisión del Tribunal. De hecho, poco antes de esa decisión, escribí un artículo demostrando la «fidelidad» de semejante interpretación de la Constitución. La idea de que el Tribunal Supremo decide sobre los casos basándose en su ideología política me resultaba extraordinariamente aburrida. No iba a dedicar mi vida a enseñar derecho constitucional si estos nueve jueces acabaran por ser unos politicuchos.

⁶ Estados Unidos contra *Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995).

⁷ Estados Unidos contra *Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

⁸ Si es un principio sobre poderes enumerados, entonces el principio se sigue de un poder enumerado a otro. El punto que animó la cuestión en el contexto de la «Cláusula de comercio» fue que la interpretación ofrecida por el gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular el comercio —a pesar de la limitación al comercio interestatal. La misma idea es cierta en el contexto de la «Cláusula de copyright». Aquí también la interpretación del gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular copyrights —a pesar de la limitación a «un tiempo limitado».

AHORA DETENGÁMONOS POR un momento para asegurarnos de que entendemos aquello de lo que no trataba el argumento de *Eldred*. Al insistir en el límite constitucional del copyright, obviamente *Eldred* no estaba apoyando la piratería. De hecho, en un sentido obvio, estaba luchado contra un tipo de piratería —la piratería contra el dominio público. Cuando Robert Frost escribió su obra y cuando Walt Disney creó a Mickey Mouse, el plazo máximo del copyright era sólo de cincuenta y seis años. Debido a los cambios en este tiempo, Frost y Disney ya habían disfrutado de un monopolio de setenta y cinco años sobre su obra. Habían obtenido el beneficio del trato que prevé la Constitución: a cambio de un monopolio protegido durante cincuenta y seis años, crearon nuevas obras. Pero ahora estas entidades estaban usando su poder —expresado por medio del poder del dinero de los grupos de presión— para conseguir otros veinte años de monopolio. Esos veinte años se tomarían del dominio público. Eric *Eldred* estaba luchando contra una piratería que nos afecta a todos nosotros.

Hay gente que mira con desprecio al dominio público. En su escrito presentado al Tribunal Supremo, la Nashville Songwriters Association afirmó que el dominio público no era más que «piratería legal».⁹ Pero no es piratería cuando las leyes lo permiten; y en nuestro sistema constitucional, las leyes lo exigen. A algunos no les gustarán los requisitos de nuestra Constitución, pero eso no convierte a nuestra Constitución en una patente de corso que permita la piratería.

Como hemos visto, nuestro sistema constitucional exige límites al copyright como forma de asegurar que los titulares de copyright no influyan con demasiada fuerza en el desarrollo y la distribución de nuestra cultura. Sin embargo, como descubrió Eric *Eldred*, hemos establecido un sistema que asegura que los plazos del copyright se extenderán, se extenderán y se extenderán una y otra vez. Hemos creado la tormenta perfecta para el dominio público. Los copyrights no han expirado, y no expirarán, en tanto que el Congreso sea libre de venderse para extenderlos.

LOS COPYRIGHTS valiosos son los responsables de que se extiendan los plazos. Mickey Mouse y «Rhapsody in Blue». Estas obras son demasiado valiosas como para que los dueños de los copyrights las ignoren. Pero el daño real para nuestra sociedad resultante de las extensiones del copyright no es que

⁹ Escrito de la Nashville Songwriters Association, *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n.10, disponible en el enlace #51.

Mickey Mouse permanezca en las manos de Disney. Olvídate de Mickey Mouse. Olvídate de Robert Frost. Olvídate de todas esas obras de los años veinte y treinta que siguen teniendo un valor comercial. El daño real causado por las extensiones del copyright no proviene de esas obras famosas. El daño real se produce en las obras que no son famosas, que no son explotadas comercialmente, y que por lo tanto ya no están disponibles.

Si examinas la obras creadas en los primeros veinte años (1923 a 1942) afectados por la CTEA, el 2% de esas obras siguen teniendo algún valor comercial. Son los dueños de ese 2% quienes impulsaron la CTEA hasta el final. Pero la ley y sus efectos no se limitaron a ese 2%. La ley extendió los plazos del copyright en general.¹⁰

Piensa en términos prácticos sobre las consecuencias de esa extensión; en términos prácticos, como un empresario, y no como un abogado deseoso de más trabajo. En 1930 se publicaron 10.047 libros. En 2000 174 de esos libros todavía estaban disponibles en catálogo. Digamos que eres Brewster Kahle y que quieres poner a disposición del mundo en tu proyecto iArchive los otros 9.873 ¿Qué tendrías que hacer?

Bueno, primero tendrías que determinar cuáles de entre esos 9.873 están todavía bajo copyright. Eso exige ir a una biblioteca (esta información no está en la Red) revisar pilas de libros, comparando los títulos y autores de esos 9.873 libros con los archivos de registro y renovación de copyright para las obras de 1930. De ahí saldría una lista de libros que todavía están bajo copyright.

Entonces, para los libros que todavía están bajo copyright, tendrías que localizar al dueño actual del copyright. ¿Cómo harías eso?

La mayoría de la gente cree que debe de haber en algún sitio una lista de esos dueños de copyright. La gente práctica piensa así. ¿Cómo podría haber miles y miles de monopolios gubernamentales sin que hubiera al menos una lista?

Pero no hay ninguna lista. Puede que haya un nombre de 1930, y otro de 1959, de la persona que registró el copyright. Pero piensa, simplemente en términos prácticos, hasta qué punto sería imposible seguirle el rastro a miles de registros semejantes —especialmente debido al hecho de que la persona que registró el copyright no es necesariamente el dueño actual. ¡Y sólo estamos hablando de 1930!

¹⁰ La cifra del 2% es una extrapolación del estudio del Servicio de Investigación del Congreso, a la luz de la gama estimada de renovación. Véase el escrito de los demandantes, *Eldred contra Ashcroft*, 7, disponible en el enlace #52.

«Pero no hay una lista de propietarios en general», dicen los que defienden el sistema. «¿Por qué debería haber una lista de propietarios de copyright?»

Bueno, realmente, si lo piensas, *hay* numerosas listas sobre quién es dueño de qué propiedad. Piensa en las escrituras de casas o en las matriculaciones de coches. Y donde no hay una lista, el código del espacio real es muy bueno a la hora de sugerir quién es el dueño de una determinada propiedad. (Un columpio en el patio de tu casa es probablemente tuyo). Así que formal o informalmente, tenemos muy buenos medios de saber quién posee qué propiedad tangible.

Por tanto: vas andando por la calle y ves una casa. Puedes saber quién es el dueño buscándola en el registro municipal. Si ves un coche, suele haber una matrícula que vincula al dueño con el coche. Si ves un montón de juguetes tirados por el césped delante de una casa, es bastante fácil determinar quién es el dueño de los juguetes. Y si resulta que ves una pelota de béisbol junto al bordillo de la calle, mira alrededor un segundo para ver si hay niños jugando. Si no ves a ningún chaval, entonces de acuerdo: aquí hay una propiedad cuyo dueño no podemos determinar fácilmente. Es la excepción que confirma la regla: que habitualmente sabemos muy bien quién es el dueño de cada propiedad.

Compara esta historia con la propiedad intangible. Vas a una biblioteca. La biblioteca es la dueña de los libros. ¿Pero quién es el dueño de los copyrights? Como ya he descrito, no hay una lista de dueños de copyright. Hay nombres de autores, por supuesto, pero esos copyrights pueden haber sido asignados o pasados en un legado, como las joyas antiguas de la abuela. Para saber quién es dueño de qué, tienes que contratar a un detective privado. En resumen: no es fácil localizar al dueño. Y en un régimen como el nuestro, en el que es delito usar semejante propiedad sin el permiso del dueño de esa propiedad, nadie va a usarla.

La consecuencia con respecto a los libros viejos es que nadie los digitalizará, y por lo tanto simplemente se pudrirán en las estanterías. Pero las consecuencias para otras obras creativas son mucho más desastrosas.

Consideremos la historia de Michael Agee, presidente de Hal Roach Studios, dueños de los copyrights de las películas de Laurel y Hardy. Agee es un beneficiario directo de la Ley de Sonny Bono. Las películas de Laurel y Hardy se hicieron entre 1921 y 1951. Sólo uno de estos filmes, *The Lucky Dog*, está actualmente fuera de la regulación de copyright. Pero de no ser por la CTEA, las películas hechas después de 1923 habrían empezado a entrar en el dominio público. Como Agee controla los derechos exclusivos para estas populares películas, gana mucho dinero con ellas. Según sus propios cálculos, «Roach ha vendido unas 60.000 cintas de video y unos 50.000

DVDs de las películas mudas de la pareja».¹¹ Sin embargo, Agee se opuso a la CTEA. Sus razones muestran una virtud rara en esta cultura: la generosidad. Argumentó en un escrito presentado ante el Tribunal Supremo que la CTEA, si permaneciera en pie, destruiría toda una generación del cine de EE.UU.

Su argumento va al grano. Sólo una minúscula parte de estas obras tiene todavía valor comercial. El resto —en la medida en que aún existe— está guardado en sótanos, acumulando polvo. Puede que algunas de estas obras actualmente sin valor comercial llegaran a tenerlo para el dueño de los sótanos. Para que esto ocurra, sin embargo, los beneficios comerciales resultantes de las obras deben superar los costes de hacer que las obras estén disponibles para la distribución.

No sabemos nada de los beneficios, pero sí sabemos mucho sobre los costes. Durante la mayor parte de la historia del cine los costes de restaurar celuloide eran muy altos; la tecnología digital ha bajado estos costes sustancialmente. Mientras que en 1993, costaba más de 10.000 dólares restaurar una película en blanco y negro de noventa minutos, ahora puede costar tan sólo 100 dólares digitalizar una película de 8mm de una hora.¹²

La tecnología de restauración no es el único coste, ni el más importante. Los abogados son también un coste y uno cada vez más importante. Además de preservar la película, un distribuidor necesita obtener los derechos. Y para obtener los derechos de una película que está bajo copyright, tienes que localizar al dueño de los derechos.

O, con mayor precisión, los dueños. Como hemos visto, no hay un único copyright asociado con una película: hay muchos. No hay una única persona con la que te pones en contacto con respecto a estos copyrights; hay tantas como derechos pueda haber, lo cual resulta un número enorme. Así que los costes de obtener los derechos para estas películas son excepcionalmente altos.

«¿Pero no puedes simplemente restaurar la película, distribuirla y pagarle al dueño del copyright cuando aparezca?» Sí, seguro, si quieres cometer un delito. E incluso si no te preocupara cometer un delito, cuando el dueño aparezca tendrá el derecho a demandarte por el valor de todos tus beneficios. Así

¹¹ Véase David G. Savage, «High Court Scene of Showdown on Copyright Law», *Los Angeles Times*, 6 de octubre de 2002; David Streitfeld, «Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension», *Orlando Sentinel Tribune*, 9 de octubre de 2002.

¹² Brief of Hal Roach Studios and Michael Agee as Amicus Curiae Supporting the Petitioners, *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01- 618), 12. Véase también Brief of Amicus Curiae filed on behalf of Petitioners by the Internet Archive, *Eldred contra Ashcroft*, disponible en el enlace #53.

que, si tienes éxito, puedes estar seguro de que vas a recibir una llamada del abogado de alguien. Y si no tienes éxito, no habrás ganado lo suficiente como para cubrir los costes de tu propio abogado. En cualquier caso, tienes que hablar con un abogado. Y como pasa demasiado a menudo, decir que tienes que hablar con un abogado es lo mismo que decir que no ganarás nada en absoluto.

Para algunas películas, el beneficio de reestrenar la película bien puede superar estos costes. Pero para la inmensa mayoría de ellos, no hay forma de que los beneficios superen los costes legales. De manera que, en el caso de la inmensa mayoría de películas antiguas, la película ni se restaurará ni se distribuirá hasta que expire el copyright.

Pero para cuando expire el copyright de estas películas, la película habrá expirado. Estas películas se hacían con una película con base de nitrato y la película de nitrato se disuelve con el tiempo. Se desvanecerán, y las latas en las que ahora estarán almacenadas no estarán llenas de nada más que polvo.

DE TODA LA OBRA creativa producida por los seres humanos, solamente una fracción minúscula ha seguido teniendo valor comercial. Para esa fracción minúscula, el copyright es un instrumento legal de importancia crucial. Para esa fracción minúscula, el copyright crea incentivos para producir y distribuir obras creativas. Para esa fracción minúscula, el copyright actúa como «un motor de libre expresión».

Pero incluso para esa fracción minúscula, el tiempo real durante el cual la obra creativa tiene una vida comercial es extremadamente corto. Como he indicado, la mayoría de los libros dejan de imprimirse en un año. Lo mismo ocurre con la música y el cine. La cultura comercial es como un tiburón. Tiene que seguir moviéndose. Y cuando la obra creativa pierde el favor de los distribuidores comerciales, su vida comercial acaba.

Pero esto no significa el final de la vida de una obra creativa. No mantenemos bibliotecas para competir con Barnes & Noble y no tenemos filmotecas porque esperemos que la gente escoja entre pasar la noche del viernes viendo películas nuevas y pasarla viendo un noticiero de 1930. La vida no comercial de nuestra cultura es importante y valiosa —para el entretenimiento, pero también, y de modo más importante, para el conocimiento. Para entender quiénes somos, de dónde venimos y cómo hemos cometido los errores que hemos cometido, tenemos que tener acceso a esta historia.

Los copyrights en este contexto no son el motor de la libre expresión. En este contexto, no hay necesidad alguna de un derecho exclusivo. Los copyrights en este contexto no producen ningún beneficio.

Sin embargo, durante la mayor parte de nuestra historia, tampoco hicieron mucho daño. Durante la mayor parte de nuestra historia, no había *usos relacionados con el copyright* que pudieran ser inhibidos por un derecho exclusivo. Cuando un libro dejaba de imprimirse, no podías comprárselo a su editor. Pero todavía podías comprarlo en una librería de segunda mano, y cuando lo vende una tienda de segunda mano, no hay que pagarle nada al dueño del copyright, al menos en Estados Unidos. Por lo tanto, el uso habitual de un libro después de que terminara su vida comercial era independiente de la ley del copyright.

De hecho, ocurría lo mismo con el cine. Como los costes de restaurar una película —los costes económicos reales, no los gastos en abogados— eran tan altos, nunca había sido factible en absoluto preservar o restaurar películas. Igual que los restos de una gran cena, cuando se acababan, se acababan para siempre. Una vez que a una película se le terminaba su vida comercial, puede que se archivara por un corto tiempo, pero eso era el fin de su vida mientras el mercado no tuviera más que ofrecer.

En otras palabras, aunque el copyright ha sido relativamente corto durante la mayor parte de nuestra historia, copyrights largos no hubieran sido importantes en relación a las obras que hubieran perdido su valor comercial. Los copyrights largos para estas obras no habrían interferido con nada.

Sin embargo, esta situación ha cambiado ahora.

Una consecuencia importante y crucial es la aparición de tecnologías digitales que hacen posible el archivo con el que sueña Brewster Kahle. Las tecnologías digitales permiten preservar y dar acceso a todo tipo de conocimientos. Una vez que un libro deja de imprimirse, ahora podemos pensar en digitalizarlo y ponerlo a disposición de todos para siempre. Una vez que una película deja de distribuirse, podemos digitalizarla y ponerla a disposición de todos para siempre. Las tecnologías digitales devuelven la vida a los materiales con copyright después de que acabe su vida comercial. Ahora es posible preservar y asegurar un acceso universal a este conocimiento y a esta cultura, cuando antes no era posible.

Y ahora la ley de copyright se mete por medio. Cada paso en la elaboración de este archivo digital de nuestra cultura viola el derecho exclusivo del copyright. Digitalizar un libro es copiarlo. Hacerlo exige el permiso del dueño del copyright. Igual pasa con la música, el cine, o cualquier otro aspecto de nuestra cultura protegido por el copyright. El esfuerzo para

poner esas cosas al alcance de la historia, o de los investigadores, o de aquellos que simplemente quieren explorar, está ahora imposibilitado por una serie de reglas que fueron escritas para un contexto radicalmente diferente.

He aquí el corazón del daño resultante de extender los plazos: ahora que la tecnología nos permite reconstruir la biblioteca de Alejandría, las leyes se meten por medio. Y no se meten por medio por ningún motivo útil relacionado con el copyright, pues el objetivo del copyright es hacer posible el mercado comercial que difunde la cultura. De ninguna manera. Estamos hablando de cultura después de que haya vivido su vida comercial. En este contexto, el copyright no sirve *en absoluto* para nada relacionado con la difusión del conocimiento. En este contexto, el copyright no es un motor para la libre expresión. El copyright es un freno.

Puedes preguntarte: «Pero si las tecnologías digitales reducen los costes para Brewster Kahle, entonces también reducirán los costes para Random House. Así que ¿no lo hará Random House tan bien como Brewster Kahle a la hora de difundir ampliamente la cultura?»

Quizás. Algún día. Pero no hay absolutamente ninguna prueba de que los editores vayan a ser tan exhaustivos como las bibliotecas. Si Barnes & Noble se ofreciera a prestar libros de sus tiendas a bajo a precio, ¿eliminaría eso la necesidad de bibliotecas? Sólo si crees que la única función de las bibliotecas es servir lo que demande «el mercado». Pero si crees que la función de una biblioteca es más que eso —si crees que su función es archivar la cultura, sin que importe si hay demanda o no para un determinado objeto cultural— entonces no puedes contar con que el mercado comercial haga la función de las bibliotecas.

Yo sería el primero en estar de acuerdo con que este mercado debería hacer todo lo que estuviera en su mano: deberíamos confiar en el mercado tanto como sea posible para difundir y hacer posible la cultura. Mi mensaje no es en absoluto anti-mercado. Pero allá donde vemos que el mercado no está haciendo este trabajo, tenemos que permitir que las fuerzas no comerciales tengan la libertad de llenar los huecos. Según ha calculado un investigador para la cultura de EE.UU., el 94 % del cine, los libros y la música producidos entre 1923 y 1946 no se puede hallar comercialmente. Por mucho que uno aprecie el mercado comercial, si el acceso es un valor, un 6% es un fracaso a la hora de proporcionar ese valor.¹³

¹³ Jason Schultz, «The Myth of the 1976 Copyright “Chaos” Theory», 20 de diciembre de 2002, disponible en el enlace #54.

EN ENERO DE 1999 presentamos una demanda en nombre de Eric Eldred en el distrito judicial federal de Washington, DC, pidiéndole al tribunal que declarara inconstitucional la «Ley de extensión del plazo de copyright de Sonny Bono». Los dos alegatos centrales eran (1) que extender los plazos de copyright ya existentes violaba el requisito de «un tiempo limitado» de la Constitución y (2) que extender los plazos por otros veinte años violaba la Primera Enmienda.

El tribunal del distrito rechazó nuestras demandas sin ni siquiera oír nuestros argumentos. Una sala del Tribunal de Apelación del distrito judicial de D.C. también rechazó nuestras demandas, aunque después de oír una extensa argumentación de las mismas. Sin embargo, esa decisión tuvo al menos un voto particular, de uno de los magistrados más conservadores de ese tribunal. Ese voto particular dio vida a nuestras reclamaciones.

El juez David Sentelle dijo que la CTEA violaba el requisito de que los copyrights fueran solamente por «un tiempo limitado». Su argumento era tan elegante como sencillo: si el Congreso podía extender los plazos ya existentes, entonces no había «término» para el poder del copyright bajo la «Cláusula del copyright». El poder para extender los plazos ya existentes significaba que el Congreso no tenía el requisito de conceder plazos que fueran «limitados». Por lo tanto, argumentaba el juez Sentelle, el tribunal tenía que interpretar la expresión «tiempo limitado» para darle significado. Y la mejor interpretación, argumentaba el juez Sentelle, sería negarle al Congreso el poder para extender los plazos ya existentes.

Le pedimos al Tribunal de Apelación del distrito judicial de D.C. al completo que oyera el caso. Habitualmente los casos se ven en salas de tres magistrados, salvo para casos importantes o casos que presentan cuestiones específicas para el distrito en general, en los que el tribunal al completo se sienta en pleno para oír el caso.

El Tribunal de Apelación rechazó nuestra petición para oír el caso de esta forma. Esta vez, al juez Sentelle se le unió el miembro más liberal del tribunal de D.C., el juez David Tatel. Tanto el magistrado más conservador como el más liberal en el circuito de D.C. pensaban que el Congreso había sobrepasado sus límites.

Era aquí donde la mayoría esperaba que muriera el caso *Eldred contra Ashcroft*, porque el Tribunal Supremo raramente revisa una decisión tomada por un tribunal de apelación. (Ve unos cien casos al año, de entre más de cinco mil apelaciones). Y prácticamente nunca revisa una decisión que defienda un estatuto cuando ningún otro tribunal ha revisado todavía ese estatuto.

Pero en febrero de 2002, el Tribunal Supremo sorprendió al mundo al acceder a nuestra petición de revisar la resolución del tribunal de D.C. La vista se fijó para octubre de 2002. Pasaríamos el verano escribiendo escritos y haciendo preparativos para la vista.

ESCRIBO ESTAS PALABRAS más de un año después. Todavía es extraordinariamente duro. Si sabes algo de esta historia, sabes que perdimos la apelación. Y si sabes algo más que el mínimo, probablemente crearás que no había manera posible de ganar este caso. Después de nuestra derrota, recibí literalmente miles de mensajes de partidarios y seguidores, agradeciéndome mi trabajo en nombre de esta causa noble pero condenada al fracaso. Y ninguno de los mensajes de esta pila fue más significativo para mí que un e-mail de mi cliente, Eric Eldred.

Pero mi cliente y estos amigos estaban equivocados. Se podría haber ganado este caso. Se debería haber ganado. Y no importa cuántas veces intente volver a contarme esta historia a mí mismo, no puedo dejar de pensar en que se perdió por mi culpa.

EL ERROR SE cometió temprano, aunque se hizo obvio sólo muy al final. Nuestro caso tuvo desde el principio mismo el apoyo de un extraordinario abogado, Geoffrey Stewart y del bufete al que se había trasladado: Jones, Day, Reavis y Pogue. Jones Day recibió una enorme presión por parte de sus clientes proteccionistas del copyright a causa de apoyarnos. Ignoraron esta presión (algo que pocas firmas harían hoy en día) y durante la duración completa del caso, le dedicaron todos los recursos que pudieron.

Tres abogados clave eran de Jones Day. Geoff Stewart fue el primero, pero más tarde Dan Bromberg y Don Ayer también se involucraron en gran medida. En particular, Bromberg y Ayer tenían la misma opinión sobre cómo se podría ganar el caso: sólo ganaríamos, me dijeron repetidas veces, si conseguíamos hacer que la cuestión le pareciera «importante» al Tribunal Supremo. Tenía que parecer que se le estaba haciendo un daño espectacular a la libertad de expresión y a la cultura libre; de otra forma nunca votarían en contra de «las compañías de medios audiovisuales más importantes del mundo».

Odio esta visión de la ley. Por supuesto, pensé que la Ley Sonny Bono le estaba causando un daño espectacular a la libertad de expresión y a la cultura libre. Desde luego que lo pensaba. Pero la idea de que el Tribunal

Supremo decide las leyes basándose en cuán importante cree que son las asuntos en cuestión es errónea. Puede que sea «acertado» en el sentido de que es «verdad», pensaba, pero es «erróneo» en el sentido de que «simplemente no debería ser de esa manera». Como creía que una interpretación fiel de lo que hicieron los padres de nuestra Constitución llevaría a la conclusión de que la CTEA era inconstitucional y como creía que cualquier interpretación fiel de lo que significa la Primera Enmienda llevaría a la conclusión de que el poder de extender los plazos de los copyrights ya existentes es inconstitucional, no creía que tuviéramos que vender el caso como si fuera jabón. Del mismo modo que la ley que prohíbe las esvásticas es inconstitucional no porque al Tribunal le gusten los nazis sino porque esa ley también violaría la Constitución, pensaba que el Tribunal decidiría si la ley del Congreso era constitucional basándose en la Constitución, no basándose en si les gustaban o no los valores que sus autores expresaron en la Constitución.

En cualquier caso, me dije, el Tribunal ya debe de estar percibiendo el peligro y el daño causados por este tipo de ley. ¿Por qué si no concederían una revisión? No había razón alguna para que el caso se viera en el Tribunal Supremo si no estaban convencidos de que esta regulación era dañina. Así que en mi opinión no teníamos que persuadirles de que esta ley era mala, teníamos que mostrarles por qué era inconstitucional.

Había una manera, sin embargo, en la que sí pensaba que la política importaría y que creía que era una respuesta apropiada. Estaba convencido de que el Tribunal no oiría nuestros argumentos si pensaba que eran solamente los argumentos de un grupo de izquierdistas chalados. Este Tribunal Supremo no iba a lanzarse a un campo nuevo de revisiones judiciales si parecía que este campo era simplemente la preferencia de una pequeña minoría política. Aunque mi centro de atención en el caso no era demostrar cuán mala era la Ley de Sonny Bono sino demostrar que era inconstitucional, mi esperanza era desarrollar este argumento dentro de un marco de escritos que cubrieran todo el espectro político. Así que para mostrar que esta reclamación contra la CTEA estaba basada en el *derecho* y no en la política, intentamos reunir el espectro más amplio de críticos con credibilidad — con credibilidad no sólo porque fueran ricos y famosos, sino porque, con la suma de todos ellos, se demostrara que esta ley era inconstitucional sin que importara la posición política.

Este primer paso se dio por sí mismo. La organización de Phyllis Schlafly, Eagle Forum, se había opuesto a la CTEA desde el principio. Schlafly veía la CTEA como una traición del Congreso. En noviembre de 1998 escribió un hiriente editorial atacando al Congreso republicano por permitir la aprobación de la ley. Tal y como escribió: «¿Te has preguntado alguna vez cómo es posible que leyes que crean una lluvia de financiación para reducidos intereses particulares fluyan fácilmente por el enmarañado proceso legislativo,

mientras que leyes que beneficiarían al público general parecen atascarse?» La respuesta, como documentaba el editorial, era el poder del dinero. Schlafly enumeró las donaciones de Disney a algunos actores clave en los comités. Era el dinero, no la justicia, lo que le dio a Disney veinte años más bajo control sobre Mickey Mouse, defendía Schlafly.

En el Tribunal de Apelación, Eagle Forum se apresuró a presentar un escrito apoyando nuestra posición. Su escrito formulaba el argumento que se convirtió en la reclamación central ante el Tribunal Supremo: si el Congreso podía extender el plazo de los copyrights ya existentes, no había límites al poder del Congreso para fijar límites. Ese argumento fuertemente conservador convenció a un magistrado fuertemente conservador, Sentelle.

Nuestros escritos ante el Tribunal Supremo no podían ser más diversos. Incluían un extraordinario escrito histórico elaborado por la Fundación del Software Libre (sede del proyecto GNU que hizo posible GNU/Linux). Incluían un convincente escrito sobre los costes de la incertidumbre elaborado por Intel. Había dos escritos elaborados por profesores de derecho, uno por estudiosos del copyright y uno por estudiosos de la Primera Enmienda. Había un escrito exhaustivo y nada polémico elaborado por los expertos mundiales en la historia de la «Cláusula de progreso». Y, por supuesto, había un nuevo escrito por Eagle Forum, repitiendo y fortaleciendo sus argumentos.

Estos escritos creaban el marco para un argumento legal. Después, para apoyar el argumento legal, había una serie de convincentes escritos elaborados por bibliotecas y archivos, incluyendo el Archivo de Internet, la Asociación Estadounidense de Bibliotecas de Derecho y el Sindicato Nacional de Escritores.

Pero dos escritos capturaban el argumento en términos políticos mejor que los demás. Uno expresaba el argumento que ya he descrito: un escrito de Hal Roach Studios argumentaba que a menos que se anulara la ley, toda una generación de cine estadounidense desaparecería. El otro dejaba el argumento económico absolutamente claro.

El escrito de los economistas estaba firmado por diecisiete economistas, entre ellos cinco premios Nobel (Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow y George Akerlof). Los economistas, como demuestra la lista de premios Nobel, abarcaban todo el espectro político. Sus conclusiones eran convincentes: no había forma de afirmar con verosimilitud que extender los plazos de los copyrights ya existentes haría algo con el fin de incrementar los incentivos para crear. Semejantes extensiones no eran más que *rent-seeking* [buscadores de renta] —el sofisticado término que los economistas usan para describir una legislación desenfrenada a favor de intereses particulares.

El mismo esfuerzo para lograr un equilibrio se reflejaba en el equipo legal que reunimos para elaborar nuestros escritos para el caso. Los abogados de Jones Day habían estado con nosotros desde el principio. Pero cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, añadimos tres abogados para ayudarnos a ajustar este argumento para el Tribunal: Alan Morrison, un abogado proveniente de Public Citizen, un grupo de Washington que había entrado en la historia constitucional con una serie de victorias seminales ante el Tribunal Supremo en defensa de los derechos individuales; mi colega y decana, Kathleen Sullivan, quien había expuesto en muchos casos ante el Tribunal y nos había aconsejado al principio con respecto de la estrategia a seguir en relación a la Primera Enmienda; y, finalmente, el antiguo fiscal general del Estado Charles Fried.

Fried suponía una especial victoria para nuestra parte. Todos los otros antiguos fiscales generales fueron contratados por la otra parte para defender el poder del Congreso con el fin de hacer el favor especial, a las corporaciones mediáticas, de extender los plazos del copyright. Fried fue el único que rechazó el lucrativo encargo para actuar en favor de algo en lo que creía. Había sido el principal abogado de Ronald Reagan en el Tribunal Supremo. Había ayudado a elaborar el argumento en el caso que limitaba el poder del Congreso dentro del contexto de la «Cláusula de comercio». Y si bien había defendido muchas posiciones ante el Tribunal Supremo con las que yo estaba en desacuerdo, que se uniera a la causa era un voto de confianza.

El gobierno, al defender el estatuto, tenía también su peculiar colección de amigos. Significativamente, sin embargo, ninguno de estos «amigos» incluían a historiadores o economistas. Los escritos de la otra parte fueron elaborados exclusivamente por las principales compañías de medios audiovisuales, congresistas y dueños de copyright.

Las corporaciones mediáticas no eran una sorpresa. Eran las que más tenían que ganar con la ley. Los congresistas tampoco eran una sorpresa —estaban defendiendo su poder e, indirectamente, el chollo de las donaciones que acompañaban ese poder. Y por supuesto no era sorprendente que los dueños de copyright defendieran la idea de que debían continuar teniendo el derecho a controlar quién hacía qué con contenidos que en definitiva querían controlar.

Los representantes del Dr. Seuss, por ejemplo, argumentaron que era mejor que los herederos del Dr. Seuss controlaran lo que le ocurriera a su obra —mejor que dejar que cayera en el dominio público— porque si esta creatividad estuviera en el dominio público entonces la gente la podría usarla para «glorificar las drogas o para crear pornografía».¹⁴ Éste era también el motivo

¹⁴ Escrito de Amici Dr. Seuss Enterprise et al., *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), p. 19.

de los herederos de Gershwin, que defendían la «protección» de la obra de George Gershwin. Se niegan, por ejemplo, a dar una licencia para *Porgy and Bess* a nadie que se niegue a incluir a afroamericanos en el reparto.¹⁵ Esa es su particular visión de cómo debería controlarse esta parte de la cultura estadounidense y querían que esta ley les ayudara a efectuar este control.

Este argumento dejó claro un tema que raramente se percibe en este debate. Cuando el Congreso decide extender el plazo de los copyrights ya existentes, el Congreso está tomando una decisión acerca de a qué voces va a favorecer. Famosos y bienamados dueños de copyright, como los herederos de Gershwin y el Dr. Seuss, vienen al Congreso y dicen: «Danos veinte años para controlar el discurso sobre estos iconos de la cultura estadounidense. Nosotros los vamos a cuidar mejor que nadie». Al Congreso por supuesto le gusta premiar a los populares y famosos ofreciéndoles lo que quieren. Pero bloquear el hecho de que el Congreso otorgue a la gente un derecho exclusivo para hablar de una determinada forma es justo lo que tradicionalmente constituye la intención de la Primera Enmienda.

Esto era lo que argumentábamos en el escrito final. Apoyar la CTEA significaría no sólo que no habría límites al poder del Congreso para extender copyrights —extensiones que concentrarían aún más el mercado; también significaría que no habría límites al poder del Congreso para escoger y premiar a sus favoritos a la hora de decidir quién tiene derecho a hablar y quién no, por medio del copyright.

ENTRE FEBRERO Y OCTUBRE, no hice nada que no fuese prepararme para este caso. Desde el principio, como ya dije, marqué la estrategia a seguir.

El Tribunal Supremo estaba dividido en dos importantes partes. A un lado lo que llamamos «conservadores». Al otro lo que llamamos «los demás». Los conservadores incluían al juez Rehnquist, presidente del tribunal, y a los jueces O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. Estos cinco habían sido los más sistemáticos en limitar el poder del Congreso. Eran los cinco que habían apoyado la serie de casos *Lopez/Morrisson* que dictaba que un poder enumerado tenía que interpretarse para asegurar que los poderes del Congreso tenían límites.

¹⁵ Dinitia Smith, «Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray», *New York Times*, 28 de marzo de 1998, B7.

«Los demás» eran los cuatro magistrados que se habían opuesto fuertemente a los límites al poder del Congreso. Estos cuatro —los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer— habían argumentado repetidamente que la Constitución otorgaba al Congreso una amplia discreción para decidir cuál era la mejor manera de implementar sus poderes. Caso tras caso, estos jueces habían defendido que el papel del Tribunal debería ser de respeto ante el Congreso. Aunque los votos de estos cuatro magistrados eran los votos con los que personalmente había estado de acuerdo de una forma más sistemática, eran también los votos que menos probabilidades teníamos de conseguir.

En particular, el voto que teníamos menos probabilidad de lograr era el de Ginsburg. Además de esta opinión general de respeto al Congreso (excepto cuando se trataba de asuntos de género), había sido particularmente respetuoso en lo que se refiere a la protección de la propiedad intelectual. Su hija (una excelente y muy conocida estudiosa de propiedad intelectual) y ella estaban cortadas por el mismo patrón en relación a este asunto. Esperábamos que estuviese de acuerdo con las ideas de su hija: el Congreso tenía el poder, en este contexto, para hacer lo que quisiera, incluso si lo que quería no tenía mucho sentido.

A poca distancia de Ginsburg venían dos magistrados a los que también veíamos como aliados improbables, aunque como posibles sorpresas. Souter favorecía fuertemente el respeto al Congreso, al igual que Breyer. Pero ambos eran también muy sensibles a posibles amenazas a la libertad de expresión. Y como creíamos firmemente, existía un argumento muy importante sobre la libertad de expresión en contra de estas extensiones retrospectivas.

El único voto en el que podíamos confiar era el del juez Stevens. La historia recordará al juez Stevens como uno de los magistrados más grandes de este tribunal. Sus votos son sistemáticamente eclécticos, lo cual significa que ninguna ideología sencilla explica cuál es su posición. Había defendido sistemáticamente los límites, en el contexto general de la propiedad intelectual. Estábamos bastante seguros de que reconocería los límites en este caso.

Este análisis de «los demás» nos mostró con claridad cuál había de ser nuestro centro de atención: los conservadores. Para ganar este caso, teníamos que abrir una grieta en estos cinco y conseguir que al menos una mayoría se pusiera de nuestra parte. De este modo, el argumento general que animaba nuestra demanda se basaba en la más importante innovación en el campo de la jurisprudencia por parte de los conservadores —el argumento en el que el juez Sentelle se había basado en el Tribunal de Apelación: que había que interpretar el poder del Congreso de manera que los poderes enumerados tuvieran límites.

Éste era, por lo tanto, el núcleo de nuestra estrategia —una estrategia de la que soy responsable. Conseguiríamos que el Congreso viera que igual que en el caso de *Lopez*, ahora según el argumento del gobierno, el Congreso siempre tendría un poder ilimitado para extender los plazos ya existentes. Si había algo claro acerca del poder del Congreso bajo la «Cláusula del progreso», era que se suponía que este poder estaba «limitado». Nuestro objetivo era que el Tribunal reconciliara el caso de *Eldred* con el de *Lopez*: si el poder del Congreso para regular el comercio era limitado, entonces, de la misma forma, también debía estarlo el poder del Congreso para regular el copyright.

EL ARGUMENTO DE la parte del gobierno se reducía a esto: el Congreso ya había hecho esto antes. Debería permitirse que lo hiciera otra vez. El gobierno afirmaba que desde el principio mismo, el Congreso había estado extendiendo el plazo de los copyrights ya existentes. Así que, argumentaba el gobierno, el Tribunal no debería decir ahora que la práctica era inconstitucional.

Hay algo de verdad en la afirmación del gobierno, pero no mucha. Estábamos ciertamente de acuerdo en que el Congreso había extendido los plazos ya existentes en 1831 y en 1909. Y, por supuesto, en 1962, el Congreso empezó a extender los plazos ya existentes de forma regular —once veces en cuarenta años.

Pero esta «coherencia» debía ponerse en perspectiva. El Congreso extendió los copyrights ya existentes sólo una vez en los cien primeros años de la historia de EE.UU. Después, en los siguientes cincuenta años, extendió los términos ya existentes una vez más. Éstas extensiones, muy poco habituales, contrastaban con la práctica regular de extender los plazos ya existentes de hoy en día. Cualquier freno que el Congreso hubiera tenido en el pasado había desaparecido. El Congreso había entrado ahora en un ciclo de extensiones; no había razón para esperar que ese ciclo terminara. El Tribunal no había dudado en intervenir cuando el Congreso había entrado en un ciclo semejante. No había razón para no intervenir ahora.

LA VISTA ORAL se había fijado para la primera semana de octubre. Había llegado a DC dos semanas antes de la vista. Durante esas dos semanas, había discutido con abogados que se habían ofrecido a ayudar en el caso. Estas discusiones eran básicamente entrenamientos, en el que los aspirantes a jueces disparan preguntas a los aspirantes a ganadores.

Estaba convencido de que para ganar tenía que mantener al Tribunal concentrado en un único punto: que si se permitía la extensión, entonces no habría límites para el poder de fijar plazos. Darle la razón al gobierno significaría que los plazos serían de hecho ilimitados; dársela a nosotros le daría al Congreso una clara línea a seguir: no extiendas los plazos ya existentes. Las «juntas» fueron un entrenamiento provechoso; encontré formas de devolver cada pregunta a la idea central.

Una de las juntas tuvo lugar ante abogados de Jones Day. Don Ayer era escéptico. Había trabajado en el ministerio de justicia del presidente Reagan bajo el fiscal general Charles Fried. Había argumentado en muchos casos ante el Tribunal Supremo. Y en esta revisión en la junta, expresó su preocupación:

«Tengo miedo de que a menos que vean de verdad el daño [que provoca esta ley], no van a estar dispuestos a perturbar esta práctica que el gobierno dice que ha sido una práctica sistemática durante doscientos años. Tienes que hacerles ver el daño —hacerles ver el daño de forma apasionada. Porque si no ven eso, no tenemos ninguna posibilidad de ganar».

Puede que hubiera argumentado en muchos casos ante este Tribunal, pensé, pero no comprendía su espíritu. Como secretario en el Tribunal, había visto a los jueces hacer lo correcto —no por motivos políticos, sino porque era lo correcto. Como profesor de derecho, había pasado mi vida enseñándoles a mis estudiantes que este Tribunal hace lo correcto —no por motivos políticos, sino porque es lo correcto. Cuando escuchaba la defensa de Ayer de traer con pasión el aspecto político, comprendí su idea y la rechacé. Nuestro argumento era acertado. Ya estaba bien. Que los políticos aprendieran que además de acertado era bueno.

LA NOCHE ANTES de la vista, empezó a formarse una cola de gente ante el Tribunal Supremo. El caso había atraído la atención de la prensa y del movimiento a favor de la cultura libre. Cientos de personas hacían cola para tener la oportunidad de ver el proceso. Docenas pasaron la noche en las escaleras del Tribunal Supremo para asegurarse un asiento.

No todo el mundo tuvo que esperar en la cola. Aquellos que conocen a los magistrados pueden pedir los asientos que controlan. (Le pedí a la oficina del juez Scalia asientos para mis padres, por ejemplo). Los miembros del colegio de abogados del Tribunal Supremo pueden conseguir un asiento en una sección especial reservada para ellos. Y los senadores y los congresistas también tienen un lugar especial en el que pueden sentarse. Y, finalmente, por supuesto la prensa tiene una galería, igual que los secretarios que trabajan

para los jueces del Tribunal. Cuando entramos esa mañana no había ni un sitio libre. Era una vista sobre la ley de la propiedad intelectual y sin embargo los vestíbulos estaban llenos. Cuando entré para sentarme enfrente del Tribunal, vi a mis padres sentados a la izquierda. Cuando me senté detrás de la mesa, vi a Jack Valenti sentado en la sección especial habitualmente reservada para la familia de los jueces.

Cuando el magistrado jefe me llamó para que iniciara mi argumentación, empecé por la parte en la que pretendía quedarme: en la cuestión de los límites al poder del Congreso. Esto era un caso sobre poder enumerado, dije, y sobre si esos poderes enumerados tenían algún límite.

La juez O'connor me detuvo al minuto de empezar. La parte histórica la estaba molestando.

—JUEZ O'CONNOR. El Congreso ha extendido el plazo a menudo a lo largo de los años, y si usted tiene razón, ¿no corremos el riesgo de perturbar las extensiones anteriores? Quiero decir, esto parece ser una práctica que empezó ya con la primera ley.

Estaba dispuesta a conceder que «esto va directamente en contra de lo que los padres de la Constitución tenían en mente». Pero mi respuesta una y otra vez consistió en enfatizar los límites al poder del Congreso.

—SR. LESSIG. Bueno, si va directamente en contra de lo que los padres de la Constitución tenían en mente, entonces la cuestión es, hay alguna forma de interpretar sus palabras que ponga en efecto lo que tenían en mente, y la respuesta es sí.

Había dos puntos en este argumento en el que tendría que haber visto hacia dónde iba el Tribunal. El primero fue la pregunta del juez Kennedy, que observó:

—JUEZ KENNEDY. Bueno, supongo que está implícito en su argumentación que la ley de 1976 también debería anularse, y que deberíamos dejarla en paz debido a la desorganización que causaría, y es que durante todos esos años la ley ha impedido el progreso de las ciencias y las artes útiles. Simplemente no veo ninguna prueba empírica de eso.

Sigue aquí un claro error mío. Como un profesor corrigiendo a un estudiante, respondí:

—SR. LESSIG. Señoría, no estamos presentando una demanda empírica en absoluto. Nada en nuestra demanda en torno a la «Cláusula del copyright» se basa en

la afirmación empírica de que se impida el progreso. Nuestro único argumento es que éste es un límite estructural necesario para asegurar que bajo las leyes del copyright no se permitirá un plazo que sea de hecho a perpetuidad.

Era una respuesta correcta, pero no acertada. La respuesta acertada era, por el contrario, que había un daño evidente y profundo. Se habían elaborado toda una serie de escritos sobre el asunto. Él quería oírlos. Y éste era el momento en el que el consejo de Don Ayer debería haber importado. Se trataba de una bola lenta; mi respuesta fue batear con fuerza y fallar.

El segundo punto vino del Presidente del Tribunal, para quien se había preparado todo el caso. Puesto que el Presidente del Tribunal había preparado toda la decisión del caso *Lopez*, esperábamos que vería este caso como un gemelo del anterior.

Había pasado un segundo desde que empezó su pregunta y ya estaba claro que en absoluto simpatizaba con nuestro caso. Para él no éramos más que un montón de anarquistas. Preguntó:

—PRESIDENTE DEL TRIBUNAL. Bueno, pero ustedes quieren más que eso. Ustedes quieren el derecho de copiar literalmente libros de otra gente, ¿no?

—SR. LESSIG. Queremos el derecho a copiar literalmente libros que deberían estar en el dominio público y que estarían en el dominio público si no fuera por un estatuto que no puede justificarse bajo el análisis habitual de la Primera Enmienda o bajo una lectura apropiada de los límites insertados en la «Cláusula del copyright».

Las cosas nos fueron mejor cuando el gobierno presentó su argumentación; porque en ese momento el Tribunal captó el núcleo de nuestra reclamación. Como el juez Scalia le preguntó al fiscal general Olson:

—JUEZ SCALIA. Usted dice que el equivalente funcional de un tiempo ilimitado sería una violación [de la Constitución], pero eso es precisamente el argumento de los demandantes, que un tiempo limitado que puede extenderse es el equivalente funcional de un tiempo ilimitado.

Cuando Olson terminó, vino mi turno para dar la refutación final. Los azotes de Olson me habían devuelto la rabia. Pero mi rabia todavía estaba dirigida hacia lo académico, no hacia lo práctico. El gobierno estaba argumentando que éste era el primer caso en la historia en el que se consideraba imponer límites al poder del Congreso sobre la «Cláusula de copyright y patentes». Haciendo de profesor y no de abogado, terminé señalando la larga historia del Tribunal de imponer límites al poder del Congreso en

nombre de la «Cláusula de copyright y patentes» —de hecho, el primer caso en la historia que atacaba una ley del Congreso por exceder un específico poder enumerado estaba basado en la «Cláusula de copyright y patentes». Todo cierto. Pero no iba a hacer que el Tribunal se pusiera de mi parte.

CUANDO ESE DÍA ABANDONÉ el tribunal, sabía que había cien ideas que ojalá hubiera podido volver a expresar. Había cientos de preguntas que ojalá hubiera respondido de una forma diferente. Pero había un aspecto del caso que me hacía pensar en él de forma optimista.

Le habían preguntado al gobierno una y otra vez, ¿cuál es el límite? Una y otra vez había respondido que no había ningún límite. Ésta era precisamente la respuesta que yo quería que oyese el Tribunal. Porque no podía imaginar cómo el Tribunal podría aceptar que el gobierno creyera que el poder del Congreso era ilimitado bajo los términos de la «Cláusula de copyright» y apoyar el argumento del gobierno. El fiscal general había expresado mi argumento por mí. Da igual cuántas veces lo intentara, no podía entender cómo el Tribunal podría hallar que el poder del Congreso estaba limitado bajo la «Cláusula de comercio», pero ilimitado bajo la de copyright. En esos raros momentos en los que me permitía creer que habíamos triunfado, era porque sentía que este Tribunal —en particular los Conservadores— se sentiría obligado por el imperio de la ley que había establecido en otro sitio.

LA MAÑANA DEL 15 de enero de 2003 llegué cinco minutos tarde a mi despacho y perdí la llamada de las siete del secretario del Tribunal Supremo. Escuchando el mensaje, pude darme cuenta en seguida que tenía malas noticias. El Tribunal Supremo había confirmado la decisión del Tribunal de Apelación. Siete jueces habían votado con la mayoría. Había dos votos particulares.

Un segundo después, llegó la sentencia por correo electrónico. Descolgué el teléfono, publiqué un anuncio en nuestro blog, y me senté a ver cuál era el error en mi razonamiento.

Mi *razonamiento*. Se trataba de un caso que enfrentaba todo el dinero del mundo contra el razonamiento. Y aquí estaba el último profesor ingenuo de derecho, recorriendo los libros en busca de un razonamiento.

Primero consulté la sentencia, buscando la forma en la que el Tribunal podría haber hecho una distinción entre el principio de este caso y el principio de *Lopez*. No se podía encontrar el argumento por ningún sitio. El caso ni siquiera se citaba. El argumento, que era el núcleo de la exposición de nuestro caso, ni siquiera aparecía en la opinión del Tribunal.

La juez Ginsburg sencillamente ignoró el argumento de los poderes enumerados. De un modo coherente con su opinión de que en general el poder del Congreso no estaba limitado, halló que aquí tampoco lo estaba.

Su opinión era perfectamente razonable —para ella y para el juez Souter. Ninguno de ellos cree en *Lopez*. Sería esperar demasiado que escribieran una opinión que reconociera, mucho menos que explicara, la doctrina a cuya derrota le habían dedicado tanto trabajo.

Pero cuando me di cuenta de qué había pasado, no pude creer lo que estaba leyendo. Había dicho que no había forma alguna en la que el Tribunal pudieran reconciliar los poderes limitados en la «Cláusula de comercio» con los poderes ilimitados en la «Cláusula del progreso». Ni siquiera se me había ocurrido que pudieran reconciliarlos *simplemente ignorando el argumento*. No había ninguna incoherencia porque no hablarían de los dos, el uno junto al otro. No había, por lo tanto, ningún principio que resultara del caso *Lopez*: en ese contexto, el poder del Congreso estaría limitado, pero en este contexto no.

Sin embargo, ¿según qué tipo de principio de derecho llegaron a decidir qué valores respetarían de los padres de la Constitución? ¿Según qué principio llegaron —los cinco silenciosos— a seleccionar la parte de la Constitución que harían cumplir basándose en los valores que consideraban importantes? Estábamos volviendo al mismo argumento que al principio dije que odiaba: había fracasado a la hora de convencerlos de que el asunto en cuestión era importante y había fracasado a la hora de reconocer que, por mucho que odie un sistema en el que el Tribunal decide escoger los valores constitucionales a respetar, ése es el sistema que tenemos.

Los jueces Breyer y Stevens formularon sus votos particulares en fuerte disenso con la decisión del Tribunal. El voto particular de Stevens estaba elaborado dentro de la ley: argumentaba que la tradición de la propiedad intelectual no debería apoyar esta injustificada extensión de plazos. Basaba su argumentación en un análisis paralelo que había dominado en el contexto de las patentes (igual que habíamos hecho nosotros). Pero el resto del Tribunal no tuvo en cuenta el paralelismo —sin explicar cómo las mismas palabras de la «Cláusula del progreso» podían venir a significar cosas completamente diferentes dependiendo de si las palabras se referían a las patentes o a los copyrights. El Tribunal dejó sin contestación el alegato de Stevens.

El voto particular del juez Breyer, quizá el mejor voto que jamás haya escrito, era externa a la Constitución. Argumentaba que el plazo de los copyrights había llegado a ser tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos. Habíamos dicho que, bajo el plazo actual, un copyright le daba a un autor el 99.8% del valor de un plazo a perpetuidad. Breyer dijo que

estábamos equivocados, que la cifra real era el 99.9997% del plazo a perpetuidad. De cualquier forma, la idea era clara: si la Constitución decía que un plazo tenía que ser «limitado» y el plazo existente era tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos, entonces era inconstitucional.

Estos dos magistrados entendieron todos los argumentos que presenté. Pero como ninguno creía en el caso *Lopez*, ninguno estaba dispuesto a presentarlo como una razón para rechazar esta extensión. El caso se decidió sin que nadie hubiera considerado el argumento que habíamos llevado adelante desde el juez Sentelle. Era *Hamlet* sin el Príncipe.

LA DERROTA CONLLEVA la depresión. Dicen que es un síntoma de buena salud cuando la depresión deja paso a la ira. Mi ira vino rápido, pero no curó la depresión. Esta ira tenía dos caras.

La primera estaba dirigida contra los cinco «conservadores». Una cosa habría sido que hubieran explicado por qué el principio de *Lopez* no valía para este caso. Eso no habría sido un argumento muy convincente, creo, habiendo leído cómo otros lo formulan y habiendo intentado formularlo yo mismo. Pero al menos habría sido un acto de integridad. Estos jueces, en particular, habían dicho repetidamente que el modo apropiado de interpretar la Constitución era el del «originalismo» —comprender primero el texto de los autores originales, interpretado en su contexto, a la luz de la estructura de la Constitución. Ese método había producido *Lopez* y muchas otras decisiones «originalistas». ¿Dónde estaba ahora su originalismo?

Aquí se habían unido a una opinión que no intentaba ni una sola vez explicar lo que los padres de la Constitución habían querido decir al diseñar la «Cláusula de progreso» del modo en que lo hicieron; se unieron a una opinión que no intentaba ni una sola vez explicar cómo la estructura de esa cláusula afectaría la interpretación del poder del Congreso. Y se unieron a una opinión que ni siquiera intentaba explicar por qué esta concesión de poder podía ser ilimitada, mientras que la Cláusula de Comercio debía ser limitada. En definitiva, suscribieron una sentencia que ni se podía aplicar ni estaba en consonancia con su propio sistema de interpretación de la Constitución. Esta opinión bien pudiera ser que ofreciera un resultado que les gustara. No producía una razón que pudiera ser coherente con sus propios principios.

Mi ira con los conservadores se rindió rápidamente frente a la ira contra mí mismo. Porque había permitido que una visión de la ley que me gusta interfiriera con una visión de la ley tal y como realmente es.

La mayoría de los abogados, y la mayoría de los profesores de derecho, tienen poca paciencia ante el idealismo con respecto de los tribunales en general y este Tribunal Supremo en particular. La mayoría tiene una opinión mucho más pragmática. Cuando Don Ayer dijo que este caso se ganaría dependiendo de si podía convencer a los jueces de que los valores de los padres constitucionales eran importantes, luché contra esa idea, porque no me gusta creer que ésta es la forma en la que decide este Tribunal. Insistí en argumentar este caso como si fuera una sencilla aplicación de una serie de principios. Tenía un argumento al que se llegaba por lógica. No tenía porque malgastar mi tiempo mostrando que también se llegaba a él por popularidad.

Cuando leí de arriba a abajo la transcripción de esa vista en octubre, pude ver un centenar de sitios en las que las respuestas podrían haber llevado la conversación en direcciones diferentes, en las que la verdad sobre el daño que causaría este poder sin freno se le podría haber dejado clara a este Tribunal. El juez Kennedy quería de buena fe que se lo mostrara. Yo, como un idiota, corregí su pregunta. El juez Souter quería de buena fe que le mostrara los daños a la Primera Enmienda. Yo, como un profesor de matemáticas, reformulé la pregunta para dejar clara la conclusión lógica. Les había mostrado cómo podían anular esta ley del Congreso si querían. Había un centenar de sitios en los que les podría haber ayudado a querer hacerlo, y sin embargo mi testarudez, mi rechazo a dar mi brazo a torcer, me detuvo. Me había presentado ante cientos de públicos intentándolos persuadir; había usado la pasión en ese esfuerzo por persuadir; pero me negué a presentarme ante este público para intentar persuadirlos con la pasión que había usado en otros lugares. Ésa no era la base sobre la que un tribunal debería decidir sobre el asunto.

¿Habría sido diferente si hubiera argumentado de un modo diferente? ¿Habría sido diferente si Don Ayer lo hubiera argumentado? ¿O Charles Fried? ¿O Kathleen Sullivan?

Mis amigos se reunieron en torno a mí para insistir que no. El Tribunal no estaba preparado, insistieron mis amigos. Esto era una derrota cantada. Llevaría mucho más demostrarle a nuestra sociedad porqué los autores de la Constitución tenían razón. Y cuando hubiéramos hecho eso, podríamos darle una lección al Tribunal.

Quizás, pero lo dudo. Estos jueces no tenían intereses financieros en hacer nada, excepto lo correcto. No recibieron presiones de los lobbies. Tenían pocas razones para resistirse a hacerlo bien. No puedo dejar de pensar que, si hubiera abandonado esta bonita postal de la justicia desapasionada, los podría haber convencido.

E incluso si no pude, eso no disculpa lo que ocurrió en enero. Porque al principio de este caso, uno de los profesores de propiedad intelectual más prominentes de Estados Unidos me dijo que elevar este caso por mi parte era un error. «El Tribunal no está preparado», dijo Peter Jaszi; no había que presentar esta cuestión hasta que lo esté.

Después de la vista y de la sentencia, Peter me dijo, y en público, que se había equivocado. Pero si de hecho no se pudo persuadir al Tribunal, ésta es toda la prueba que hace falta para saber que, una vez más, Peter tenía razón. O bien yo no estaba preparado para argumentar este caso de una forma que funcionara o bien ellos no estaban preparados para oír este caso en una forma en que funcionara. En cualquiera de los dos casos, la decisión de elevar este caso al supremo —una decisión que tomé cuatro años antes— era un error.

MIENTRAS QUE LA reacción a la propia Ley de Sony Bono fue negativa de un modo casi unánime, la reacción a la decisión del Tribunal estuvo más dividida. Nadie, al menos en la prensa, intentó decir que extender los plazos del copyright era una buena idea. Habíamos ganado la batalla de las ideas. Allá donde se alabó la decisión, se trató de periódicos que habían sido escépticos sobre el activismo del Tribunal en otros casos. El respeto al Congreso era algo bueno, incluso si dejaba en pie una ley estúpida. Pero allá donde se atacó el fallo se le atacó porque dejó en pie una ley estúpida y dañina. *The New York Times* escribió en un editorial:

De hecho, el fallo del Tribunal Supremo hace probable que estemos viendo el principio del fin del dominio público y el nacimiento del copyright a perpetuidad. El dominio público ha sido un magnífico experimento, uno que no deberíamos dejar morir. La capacidad de inspirarse libremente en la entera producción de la humanidad es una de las razones de que vivamos en un tiempo de un fermento tan fructíferamente creativo.

Las mejores respuestas estaban en las tiras cómicas. Había toda una serie de imágenes hilarantes —de Mickey en la cárcel y cosas así. La mejor, desde mi punto de vista sobre el caso, fue la de Ruben Bolling, reproducida en la página siguiente. La línea sobre «ricos y poderosos» es un poco injusta. Pero el puñetazo en la cara se sintió exactamente así.

La imagen que siempre tendré fija en mi cabeza es evocada por la cita de *The New York Times*. ¿Se ha acabado el «magnífico experimento» que llamamos «dominio público»? Cuando bromeo sobre ello, pienso, «cariño, he encogido la Constitución». Pero raramente puedo bromear sobre ello.

Teníamos en nuestra Constitución un compromiso con la cultura libre. En el caso que engendré, el Tribunal Supremo renunció de hecho a ese compromiso. Un abogado mejor les habría hecho ver la cuestión de una forma diferente.

TOM the DANCING BUS®

BY RUBEN BOLLING



©2003 RUBEN BOLLING 633 WWW.TOMTHEDANCINGBUS.COM

14. *Eldred II*

EL DÍA QUE se falló el caso *Eldred* el destino quiso que tuviera que viajar a Washington, D.C. (El día que la petición de una nueva vista para *Eldred* fue rechazada —lo que significaba que el caso estaba definitivamente cerrado— el destino quiso que tuviera que dar un discurso a tecnólogos en Disney World). Se trataba de un vuelo particularmente largo a la ciudad que menos me gusta. Debido al tráfico, el trayecto en coche desde el aeropuerto duró una eternidad, así que abrí mi ordenador y escribí un artículo de opinión.

Era un acto de contrición. Durante toda la duración del vuelo desde San Francisco a Washington, había oído una y otra vez en mi cabeza el mismo consejo de Don Ayer: tienes que hacer que vean por qué es importante. Y alternando con esa orden estaba la pregunta del juez Kennedy: «Durante todos estos años la ley ha impedido el progreso de las ciencias y las artes útiles. Simplemente no veo ninguna prueba empírica de esto». Y así, habiendo fracasado con un argumento fundado en un principio constitucional, finalmente volví a un argumento político.

The New York Times publicó el artículo. En él, proponía una solución sencilla: cincuenta años después de la publicación de una obra, se exigiría al dueño del copyright que registrara la obra y pagara una pequeña tarifa. Si pagaba esa tarifa, obtenía el beneficio del plazo completo del copyright. Si no lo hacía, la obra pasaba al dominio público.

A esto lo llamamos la Ley de Eldred, pero era sólo por llamarla de alguna forma. Eric Eldred fue tan amable de permitir que se usara su nombre una vez más, pero como dijo al principio, nunca se aprobaría hasta que se le diera otro nombre.

U otros dos nombres. Porque dependiendo de la perspectiva que uno tenga, esto es, o bien «La ley de aumento del dominio público» o bien «La ley de la desregulación del plazo del copyright». En cualquiera de los dos casos, la

esencia de la idea era clara y evidente: eliminar el copyright de allí donde no está haciendo nada salvo bloquear el acceso y la difusión del conocimiento. Déjalo tanto tiempo como el Congreso permita para esas obras para las que valga la pena pagar al menos un dólar. Pero para todo lo demás deja libres los contenidos.

La reacción a esta idea fue sorprendentemente entusiasta. Steve Forbes la respaldó en un editorial. Recibí una avalancha de e-mails y cartas expresando apoyo. Cuando centras el asunto en la creatividad desperdiciada, la gente puede ver que el sistema del copyright no tiene sentido. Como diría un buen republicano, aquí la regulación del gobierno está simplemente entorpeciendo el camino de la innovación y la creatividad. Y como diría un buen demócrata, aquí el gobierno está bloqueando el acceso y la difusión del conocimiento sin ninguna buena razón. De hecho, no había diferencias entre demócratas y republicanos en relación a esta cuestión. Cualquiera puede reconocer el estúpido daño del sistema actual.

De hecho, muchos reconocieron los beneficios obvios del requisito del registro. Porque una de las cosas más difíciles del sistema actual, para la gente que quiere licenciar contenidos, es que no hay ningún lugar obvio para buscar al dueño actual del copyright. Como no se exige el registro, como no se exige marcar los contenidos, como no se exige ninguna formalidad en absoluto, a menudo es imposible localizar a los dueños con el fin de pedirles permiso para usar o licenciar su obra. Este sistema disminuiría estos costes, estableciendo al menos un registro en el que se pudiera identificar a los dueños del copyright.

Como describí en el capítulo 10, en 1976 se eliminaron las formalidades en la ley de copyright, cuando el Congreso siguió a los europeos abandonando cualquier requisito legal antes de que se conceda un copyright.¹ Se

¹ Hasta el convenio de Berlín de la Convención de Berna, las legislaciones nacionales de copyright hacían, a veces, que la protección dependiera del cumplimiento de formalidades tales como registro, depósito y anexión de una declaración de copyright por parte del autor. Sin embargo, a partir de la ley de 1908, cada texto de la Convención ha concedido que «el gozo y ejercicio» de los derechos garantizados por la Convención «no estarán sujetos a ninguna formalidad». La prohibición de formalidades está actualmente materializada en el Artículo 5(2) del Texto de París de la Convención de Berna. Muchos países continúan imponiendo de alguna forma el requisito de depósito o registro, aunque no como condición para el copyright. La ley francesa, por ejemplo, exige el depósito de copias de las obras en los depósitos nacionales, principalmente el Museo Nacional. Algunas copias de los libros publicados en el Reino Unido deben depositarse en la Biblioteca Británica. La Ley de Copyright alemana proporciona un Registro de Autores, donde el nombre verdadero del autor debe estar archivado en el caso de obras anónimas o con pseudónimo. Paul Goldstein, *International Intellectual Property Law, Cases and Materials*, Nueva York, Foundation Press, 2001, pp. 153-54.

dice que los europeos consideran el copyright como un «derecho natural». Los derechos naturales no necesitan formalidades para existir. Los europeos pensaban que las tradiciones, como la tradición anglo-americana que exigía que los dueños de copyright siguieran algunas formalidades si querían que se protegieran sus derechos, no respetaban la dignidad del autor de una forma apropiada. Mi derecho como creador gira en torno a mi creatividad, no depende del favor especial del gobierno.

Se trata de una gran retórica. Suena maravillosamente romántico. Pero es una política de copyright absurda. Es absurda especialmente para los autores, porque un mundo sin formalidades daña a los creadores. La capacidad de difundir la «creatividad Walt Disney» queda destruida cuando no hay una manera sencilla de saber qué está protegido y que no lo está.

La lucha contra las formalidades logró su primera victoria de verdad en Berlín en 1908. Los abogados del copyright internacional enmendaron la Convención de Berna en 1908, para exigir plazos de copyright de cincuenta años tras la muerte del autor, además de la abolición de las formalidades del copyright. Las formalidades eran odiadas a causa de que cada vez eran más frecuentes las historias de pérdidas debidas a distracciones. Era como si un personaje de Charles Dickens dirigiera todas las oficinas de copyright y el olvido de ponerle el punto a una *i* o el palito a la *t* resultara en la pérdida de los únicos ingresos de una viuda.

Estas quejas eran reales y sensatas. Y lo estricto de las formalidades, especialmente en Estados Unidos, era algo absurdo. Las leyes siempre deberían tener formas de perdonar errores inocentes. No hay motivo para que la ley del copyright tampoco lo hiciera. En lugar de abandonar las formalidades por completo, la respuesta, en Berlín, debería haber consistido en abrazar un sistema de registro más equitativo.

No obstante, muchos se habrían resistido incluso a esto, debido a que el registro en los siglos XIX y XX era todavía caro. Además era un incordio. La abolición de las formalidades prometía no sólo la salvación de viudas famélicas, sino también aligerar una carga regulatoria innecesaria impuesta sobre los creadores.

Además de las quejas prácticas de los autores en 1908, había también una reclamación moral. No había razón alguna para que la propiedad creativa debiera ser un tipo de propiedad de segunda clase. Si un carpintero construye una mesa, los derechos sobre la mesa no dependen de presentarle un formulario al gobierno. Tiene «naturalmente» un derecho a la propiedad sobre la mesa y puede afirmar ese derecho contra cualquiera que quiera robar la mesa, sin que importe si ha informado o no al gobierno de su propiedad sobre la mesa.

Este argumento es correcto, pero sus implicaciones son erróneas. Porque el argumento a favor de las formalidades no depende de que la propiedad creativa sea una propiedad de segunda clase. El argumento a favor de las formalidades gira en torno a los problemas especiales que la propiedad creativa representa. La ley de formalidades responde a la física especial de la propiedad creativa, para asegurar que pueda difundirse de un modo eficaz y justo.

Nadie piensa, por ejemplo, que las tierras sean propiedad de segunda clase porque tengas que registrar las escrituras si quieres que la venta de tus tierras tenga efecto. Y pocos pensarían que un coche es propiedad de segunda clase sólo porque tienes que registrarlo y ponerle una matrícula que lo identifique. En ambos casos, todo el mundo ve que hay una razón importante para obtener el registro —en ambos casos porque hace que los mercados sean más eficientes y porque asegura de una manera mejor los derechos del propietario. Sin un sistema de registro, los dueños de tierras tendrían que guardar sus terrenos a perpetuidad. Con un registro, simplemente le enseñan la escritura a la policía. Sin un sistema de registro para los coches, el robo de coches sería mucho más fácil. Con un sistema de registro, al ladrón le cuesta más vender un coche robado. Al propietario se le impone una pequeña carga, pero esas cargas producen un sistema de protección de la propiedad que es en general mucho mejor.

Igualmente, su física especial es lo que hace que las formalidades sean importantes en las leyes de copyright. A diferencia de la mesa de un carpintero, no hay nada en la naturaleza que haga relativamente obvio quién posee un determinado ejemplar de propiedad creativa. Una grabación del último álbum de Lyle Lovett puede existir en un billón de sitios sin que haya nada que necesariamente la vincule con un propietario en particular. Y como un coche, no hay forma de comprar y vender con confianza propiedad creativa, a menos que haya una manera sencilla de verificar quién es el autor y qué derechos tiene. Las transacciones sencillas quedan destruidas en un mundo sin formalidades. Las transacciones complejas, caras y con abogado ocupan su lugar.

Ésta era la interpretación del problema que planteaba la Ley de Sonny Bono y que intentamos demostrarle al Tribunal. Ésta fue la parte que no «pilló». Como vivimos en un sistema sin formalidades, no existe manera fácil de usar o basarse en la cultura de nuestro pasado. Si los plazos del copyright fueran «cortos», tal y como el juez Story dijo que deberían ser, entonces no importaría mucho. Durante catorce años, bajo el sistema original, una obra estaría presuntamente regulada. Después de catorce años, presuntamente no estaría bajo regulación.

Pero ahora que los copyrights pueden durar cien años, la incapacidad de saber qué está protegido y qué no se convierte en una carga enorme y evidente para el proceso creativo. Si la única forma en la que una biblioteca

puede ofrecer una exhibición en Internet sobre el *New Deal* es contratar un abogado para obtener los derechos de cada imagen y sonido, entonces el sistema de copyright está imponiendo cargas a la creatividad de una manera que nunca se había visto antes, *ya que no hay formalidades*.

La Ley Eldred está diseñada para responder exactamente a este problema. Si tu obra vale un dólar, entonces regístrala y consigues un plazo más largo. Otros sabrán cómo contactar contigo y, por lo tanto, cómo conseguir tu permiso si quieren usar tu obra. Tú obtendrás el beneficio de un plazo extendido de copyright.

Si para ti no vale la pena registrarla para obtener el beneficio de un plazo extendido, entonces para el gobierno tampoco debería valer la pena defender tu monopolio sobre ella. La obra debería pasar al dominio público donde cualquiera puede copiarla, o construir archivos con ella, o crear una película basándose en ella. Debería volverse libre en el caso de que para ti no valga ni un dólar.

Algunos se preocupan por la carga que supone a los autores. ¿La carga de pagar un dólar no es algo efectivamente erróneo? ¿No vale el incordio más de un dólar? ¿No es ése el verdadero problema con el registro?

Lo es. El incordio es terrible. El sistema que existe ahora es horroroso. Estoy totalmente de acuerdo en que la Oficina de Copyright ha hecho un trabajo terrible (sin duda porque está terriblemente falta de financiación) a la hora de hacer posible el registro simple y barato. Una solución real al problema de las formalidades debe ser enfrentarse al problema real de los *gobiernos*, que se halla en el centro de cualquier sistema de formalidades. En este libro ofrezco una solución. Esa solución significa esencialmente reforma la Oficina de Copyright. De momento asumamos que fuera Amazon quien dirigiera el sistema de registro. Asumamos que fuera un registro con un solo click. La Ley Eldred propondría un sencillo registro con un click cincuenta años después de que se publicara una obra. Basándonos en nuestros datos históricos, en cincuenta años ese sistema pondría hasta un 98% de las obras comerciales — obras comerciales que ya no tendrían una vida comercial — en dominio público. ¿Qué te parece?

CUANDO STEVE FORBES respaldó la idea, algunos en Washington empezaron a prestar atención. Mucha gente se puso en contacto conmigo señalando a congresistas que podrían estar dispuestos a presentar la Ley Eldred. Y yo tenía unos pocos que directamente sugirieron que estarían dispuestos a dar el primer paso.

Una congresista, Zoe Lofgren de California, llegó hasta el punto de hacer un borrador. El borrador resolvía cualquier problema con las leyes internacionales. Imponía el requisito más sencillo posible sobre los dueños de copyright. En mayo de 2003 parecía que se presentaría el proyecto. El 16 de mayo publiqué en el blog de la Ley Eldred que «estamos cerca». Hubo una reacción general en la comunidad de blogs en relación a que podría pasar algo bueno.

Pero en este momento, los grupos de presión empezaron a intervenir. Jack Valenti y el abogado general de la MPAA fueron a la oficina de la congresista para darle la opinión de la MPAA. Ayudado por su abogado, como me dijo Valenti, Valenti le dijo a la congresista que la MPAA se opondría la Ley Eldred. Las razones son vergonzosamente flojas. De un modo más importante, esta debilidad muestra algo claro sobre la verdadera naturaleza de este debate.

La MPAA argumentó primero que el Congreso había «rechazado firmemente el concepto central de la ley propuesta» —que se renovaran los copyrights. Eso era verdad, pero irrelevante, ya que el «firme rechazo» del gobierno había ocurrido mucho tiempo antes de que Internet hiciera mucho más probables los usos derivados. Segundo, argumentaron que la propuesta dañaría a los dueños de copyright pobres —aparentemente aquellos que no podrían permitirse la tarifa de un dólar. Tercero, argumentaron que el Congreso había determinado que extender el plazo de copyright animaría el trabajo de restauración. Quizás en el pequeño porcentaje de obras cubiertas por la ley del copyright que todavía es comercialmente valioso, pero de nuevo esto era irrelevante, ya que la propuesta no recortaría el plazo extendido a menos que no se pagara la tarifa de un dólar. Cuarto, la MPAA argumentaba que la ley impondría costes «enormes», ya que el sistema de registro no era gratuito. Es verdad, sí, pero esos costes son ciertamente menores que los costes de obtener los derechos para un copyright del que no se conoce el dueño. Quinto, estaban preocupados por los riesgos derivados de si el copyright de una historia en la que se basaba una película podrían pasar al dominio público. ¿Pero qué riesgo es ése? Si está en el dominio público, entonces la película es un uso derivado perfectamente válido.

Finalmente, la MPAA argumentó que la ley actual les permitía a los dueños del copyright hacer esto si lo deseaban. Pero la idea era precisamente que hay miles de dueños de copyright que ni siquiera saben que tienen un copyright que pueden ofrecer. Tengan o no la libertad de regalar su copyright —una afirmación controvertida en todo caso— si no saben que tienen un copyright, no es probable que lo hagan.

AL PRINCIPIO DE este libro conté dos historias sobre cómo la ley reacciona a los cambios tecnológicos. En una prevalecía el sentido común. En la otra el sentido común quedaba en la cuneta. La diferencia entre las dos historias estaba en el poder de la oposición —el poder de la parte que luchaba por defender el status quo. En ambos casos, la nueva tecnología amenazaba viejos intereses. Pero sólo en un caso esos intereses tenían el poder para protegerse contra esta nueva amenaza de la competencia.

Usé esos dos casos como una forma de enmarcar la guerra sobre la que ha tratado este libro. Porque aquí también hay una nueva tecnología que está forzando a que la ley reaccione. Y aquí también, deberíamos preguntarnos, ¿está la ley siguiendo o resistiéndose al sentido común? Si el sentido común apoya a la ley, ¿qué explica este sentido común?

Cuando lo que está sobre la mesa es la piratería es correcto que la ley respalde a los dueños de copyright. La piratería comercial que he descrito está mal y es dañina, y las leyes deberían esforzarse en eliminarla. Cuando el problema está en el intercambio p2p, es fácil entender por qué la ley todavía respalda a los propietarios: gran parte de ese intercambio está mal, aunque mucho sea inofensivo. Cuando la cuestión gira entorno a los plazos del copyright para los Mickey Mouse del mundo, es todavía posible comprender por qué las leyes favorecen a Hollywood: la mayoría de la gente no se da cuenta de las razones para limitar los plazos del copyright; por lo tanto es posible ver buena fe en su resistencia.

Pero cuando los dueños del copyright se oponen a una propuesta como la Ley Eldred, entonces, finalmente, hay un ejemplo que desenmascara el puro egoísmo que impulsa esta guerra. Esta ley liberaría una extraordinaria gama de contenidos que de otra forma permanecen sin uso. No interferiría en los deseos de ningún dueño de copyright de continuar ejerciendo control sobre sus contenidos. Simplemente liberaría lo que Kevin Kelly llama la «materia oscura de contenidos» que llena archivos en todo el mundo. Así que cuando los guerreros se oponen a un cambio como éste, deberíamos hacer una simple pregunta:

¿Qué es lo que realmente quiere esta industria?

Con muy poco esfuerzo los guerreros podrían proteger sus contenidos. Así que el esfuerzo para bloquear algo como la Ley de Eldred no está realmente en proteger *sus* contenidos. El esfuerzo para bloquear la Ley de Eldred es un esfuerzo por asegurar que el dominio público nunca será competencia, que no habrá ningún uso de contenidos que no esté comercialmente controlado, y que no habrá ningún uso comercial de contenidos que no exija primero *su* permiso.

La oposición a la Ley Eldred revela hasta qué punto es extremista la otra parte. El *lobby* de presión más poderoso y sexy, el más querido de todos, realmente tiene como objetivo no tanto la protección de la «propiedad» como el rechazo de una tradición. Su meta no es simplemente proteger lo que es suyo. *Su meta es asegurarse de que todo lo que hay es suyo.*

No es difícil entender por qué los guerreros adoptan esta opinión. No es difícil ver por qué se beneficiarían si de alguna forma se pudiera aplastar la competencia del dominio público vinculado a Internet. Igual que la RCA temía la competencia de la FM, ellos temen la competencia de un dominio público conectado a un público que ahora tiene los medios para crear a partir de él y para compartir su propia creación.

Lo que es difícil de entender es por qué el público adopta esta opinión. Es como si la ley hiciera a los aviones allanadores de moradas. La MPAA está del lado de los Causby y exige que sus remotos e inútiles derechos de copyright sean respetados, de manera que estos remotos y olvidados dueños de copyright puedan bloquear el progreso de otros.

Todo esto parece el fácil resultado de esta tranquila aceptación de la «propiedad» en la propiedad intelectual. El sentido común la apoya, y mientras lo haga lloverán los asaltos contra las tecnologías de Internet. La consecuencia será, cada vez más, una «sociedad del permiso». El pasado puede cultivarse sólo si puedes identificar al dueño y obtener su permiso para basarte en su obra. El futuro estará controlado por esta mano muerta (y a menudo inencontrable) del pasado.

Conclusión

HAY MÁS DE 35 millones de personas en todo el mundo portadores del virus del SIDA. De ellas, 25 millones viven en el África subsahariana. Ya han muerto 17 millones. 17 millones de africanos es equivalente en términos porcentuales a 7 millones de estadounidenses. Más importante aún, se trata de 17 millones de africanos.

No hay cura para el SIDA, pero hay medicamentos que reducen la velocidad de su desarrollo. Estas terapias antirretrovirales son todavía experimentales, pero ya han tenido efectos drásticos. En EE.UU., los pacientes de SIDA que toman regularmente un cóctel de estos medicamentos incrementan su esperanza de vida entre diez y veinte años. Para algunos, estos medicamentos hacen que la enfermedad sea casi invisible.

Estos medicamentos son caros. Cuando se introdujeron por primera vez en EE.UU. costaban entre 10.000 y 15.000 dólares por persona al año. Hoy algunos cuestan 25.000 dólares al año. A estos precios, ningún país africano puede permitirse los medicamentos necesarios para la inmensa mayoría de su población: 15.000 dólares es treinta veces la renta per cápita de Zimbawe. A estos precios, estos fármacos son totalmente imposibles de conseguir.¹ Estos precios no son altos porque los ingredientes de los medicamentos sean caros. Estos precios son altos porque los medicamentos están protegidos por patentes. Las compañías farmacéuticas, que produjeron estas mezclas que salvan vidas, gozan de al menos veinte años de monopolio sobre sus invenciones.

¹ Commission on Intellectual Property Rights, «Final Report: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy», Londres, 2002, disponible en el enlace #55. Según la Organización Mundial de la Salud en un comunicado de prensa difundido el 9 de julio de 2002, solamente 230.000 de las 6 millones de personas que necesitan medicamentos en los países en vías de desarrollo los reciben —y la mitad de ellos están en Brasil.

Emplean el poder del monopolio para extraer del mercado lo máximo que pueden. Ese poder es usado a su vez para mantener los precios altos.

Hay muchos que son escépticos con respecto a las patentes, especialmente las patentes de los fármacos. No soy uno de ellos. De hecho, de todas las áreas de investigación que deberían ser apoyadas por patentes, la investigación de medicamentos es, en mi opinión, el caso más claro en el que son precisas. La patente otorga a la empresa farmacéutica algún tipo de seguridad con respecto de que si tiene éxito inventando un nuevo fármaco para tratar una enfermedad, podrá recuperar su inversión y tener ganancias. Socialmente, es un incentivo de un valor extraordinario. Soy la última persona que defendería que las leyes habrían de abolirlo, al menos sin otros cargos en contra.

Pero una cosa es apoyar las patentes, incluso las patentes de fármacos, y otra es determinar el mejor método de enfrentarse a una crisis. A medida que los líderes africanos comenzaron a reconocer la devastación que traía consigo el SIDA, empezaron a buscar formas de importar tratamientos del VIH a costos significativamente más bajos que el precio de mercado.

En 1997 Sudáfrica lo intentó por una ruta específica. Aprobó una ley que permitía la importación de medicamentos patentados que hubieran sido producidos o vendidos en los mercados de otro país con el consentimiento del dueño de la patente. Por ejemplo, si el fármaco era vendido en la India, podía ser importado desde allí a África. Esto se llama «importación paralela», y está generalmente permitida bajo las leyes del comercio internacional y específicamente dentro de la Unión Europea.²

Sin embargo, el gobierno de EE.UU. se opuso a esta ley. En realidad, hizo más que oponerse. Tal y como lo caracterizó la Asociación Internacional de la Propiedad Intelectual, «el gobierno de EE.UU. presionó a Sudáfrica [...] para que no permitiera las licencias obligatorias o las importaciones paralelas».³ A través de la Oficina del Representante de Comercio de EE.UU., el gobierno estadounidense le pidió a Sudáfrica que cambiara la ley —y para

² Véase Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Nueva York, The New Press, 2003, p. 37.

³ International Intellectual Property Institute (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization*, Washington, D.C., 2000, p. 14, disponible en el enlace #56. Para un relato de primera mano de la lucha en torno a Sudáfrica, véase *Hearing Before the Subcommittee on Criminal Justice, Drug Policy, and Human Resources, House Committee on Government Reform, H. Rep.*, 1st sess., Ser. No. 106-126 (22 de julio de 1999), pp. 150-57 (declaración de James Love).

añadir presión a esa petición, en 1998 la USTR incluyó a Sudáfrica en la lista de posibles sanciones comerciales. Ese mismo año más de cuarenta compañías farmacéuticas comenzaron procesos en los tribunales sudafricanos para cuestionar las acciones de su gobierno. En ese momento, otros gobiernos de la UE se unieron a EE.UU.. Afirmaban, al igual que hacían las farmacéuticas, que Sudáfrica estaba violando sus obligaciones bajo las leyes internacionales, al discriminar un tipo particular de patente —las patentes farmacéuticas. La exigencia de estos gobiernos, con EE.UU. a la cabeza, era que Sudáfrica respetara estas patentes como respeta cualquier otra patente, sin prestar mayor atención a cualquier efecto que pudieran tener en el tratamiento del SIDA en Sudáfrica.⁴

Debemos situar la intervención de EE.UU. en su contexto. Sin duda las patentes no son la razón más importante por la que los africanos no tienen acceso a los medicamentos. La pobreza y la ausencia total de una infraestructura efectiva de atención sanitaria tienen mucha más importancia. Pero sin entrar en si las patentes son la razón más importante o no, el hecho es que el precio de los fármacos tiene un efecto sobre su demanda y las patentes afectan a los precios. Y por lo tanto, ya fuera masiva o marginalmente, la intervención de nuestro gobierno incidió en el cese del flujo de medicamentos a África.

Al detener el flujo de tratamientos de HIV a África, el gobierno de EE.UU. no estaba reservándose fármacos para el uso de los ciudadanos estadounidenses. Esto no es como el trigo (si se lo comen ellos, nosotros no podemos hacerlo); por el contrario, el flujo que los EE.UU. detuvieron al intervenir es, de hecho, un flujo de conocimientos: información sobre cómo tomar productos químicos que existen en África y convertirlos en medicamentos que puedan salvar de quince a treinta millones de vidas.

La intervención de EE.UU. tampoco iba a proteger los beneficios de la industria farmacéutica estadounidense —al menos, no substancialmente. No es que esos países estuvieran en condiciones de comprar los medicamentos a los precios que cobran las farmacéuticas. De nuevo, los africanos son tan extremadamente pobres que no pueden permitirse estos fármacos al precio al que se ofrecen. Detener la importación paralela de estos medicamentos no incrementa substancialmente las ventas de las compañías estadounidenses.

En lugar de todo esto, el argumento a favor de restringir el flujo de información, necesario para salvar millones de vidas, era un argumento acerca de

⁴ International Intellectual Property Institute (IIPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization (Washington, D.C., 2000), p. 15.

la santidad de la propiedad.⁵ Fue debido a que podría violarse la «propiedad intelectual» por lo que se defendió que estos fármacos no habían de fluir hacia África. Fue un principio acerca de la importancia de la «propiedad intelectual» lo que impulsó a estos gobiernos a intervenir en contra de la respuesta sudafricana contra el SIDA.

Ahora demos un paso atrás por un instante. Habrá un momento dentro de treinta años en el que nuestros hijos mirarán al pasado y se preguntarán cómo pudimos permitir que esto ocurriera. Cómo pudimos permitir que se siguiera una línea política cuyo coste directo fue acelerar la muerte de entre quince y treinta millones de africanos y cuyo único beneficio real era afirmar la «santidad» de una idea. Qué justificación podría remotamente existir para una política que tiene como resultado tantas muertes. Cuál es exactamente la locura que permite que tantos mueran por semejante abstracción.

Algunos culpan a las compañías farmacéuticas. Yo no. Son corporaciones. Sus directivos tienen la obligación legal de ganar dinero para la corporación. Promueven una determinada normativa de patentes no por una cuestión de ideales, sino porque esa normativa les permite obtener el máximo de ingresos. Y solamente se les permite obtener el máximo de ingresos debido a una específica corrupción de nuestro sistema político —una corrupción de la que las farmacéuticas ciertamente no son responsables.

La corrupción es el fracaso de la integridad de nuestros propios políticos. Pues a las empresas farmacéuticas les encantaría —dicen y yo las creo— vender sus productos, en África y en otros lugares, al precio más bajo posible. Hay algunas cuestiones que tendrían que resolver para asegurarse que los fármacos no volvieran a EE.UU., pero esos son simples problemas tecnológicos. Pueden superarse.

Sin embargo, no puede superarse un problema diferente. Es el miedo al político mediático que llamaría a los presidentes de las compañías farmacéuticas a una vista en el Senado o en el Congreso y les preguntaría: «¿Cómo es que venden este fármaco contra el VIH en África por sólo un dólar la pastilla, pero el mismo medicamento le cuesta 1.500 dólares a un estadounidense?»

⁵ Véase Sabin Russell, «New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa's Needs at Odds with Firms' Profit Motive», *San Francisco Chronicle*, 24 de mayo de 1999, A1, disponible en el enlace #57 («las licencias obligatorias y los mercados grises suponen una amenaza a todo el sistema de protección de la propiedad intelectual»); Robert Weissman, «AIDS and Developing Countries: Democratizing Access to Essential Medicines», *Foreign Policy in Focus* 4:23 (agosto 1999), disponible en el enlace #58 (describiendo la política de los EE.UU.); John A. Harrelson, «TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsi», *Widener Law Symposium Journal* (primavera 2001), p. 175.

Como no hay una respuesta que suene bien a esa pregunta, el resultado sería inducir la regulación de precios en EE.UU. La industria farmacéutica, por tanto, evita esta espiral evitando el primer paso. Refuerzan la idea de que la propiedad debería ser sagrada. Adoptan una estrategia racional en un contexto irracional, con la consecuencia involuntaria de que quizás mueran millones de personas. Y así esa estrategia racional se presenta en los términos de este ideal —la santidad de una idea llamada «propiedad intelectual».

De manera que, cuando el sentido común de tu hijo se confronte contigo, ¿qué le dirás? Cuando el sentido común de una generación se rebele contra lo que hemos hecho, ¿cómo lo justificaremos? ¿Qué argumento tenemos?

Una normativa sensata de patentes aprobaría y apoyaría con fuerza el sistema de patentes sin tener que llegar a cualquier persona en cualquier lugar exactamente de la misma manera. Igual que una normativa sensata del copyright aprobaría y apoyaría con fuerza un sistema de copyright sin tener que regular la difusión de la cultura de un modo perfecto y para siempre, una normativa sensata de patentes podría aprobar y apoyar con fuerza un sistema de patentes sin tener que bloquear la difusión de medicamentos a países que no son lo suficientemente ricos como para permitírselos en ningún caso a precios de mercado. Una normativa sensata, en otras palabras, sería una normativa equilibrada. Durante la mayor parte de nuestra historia, las leyes tanto de copyright como de patentes estuvieron equilibradas, precisamente de esta manera.

Colectivamente, como la cultura que somos, hemos perdido este sentido del equilibrio. Hemos perdido el ojo crítico que nos ayuda a ver la diferencia entre la verdad y el extremismo. Un determinado fundamentalismo de la propiedad, que no tiene ningún vínculo con nuestra tradición, reina ahora en nuestra cultura —de un modo extraño, y con consecuencias más graves en el ámbito de la difusión de las ideas y de la cultura, que las que podrían darse en prácticamente cualquier otro ámbito de decisión política que podamos adoptar en tanto democracia.

UNA SIMPLE IDEA nos ciega y, al amparo de la oscuridad, ocurren muchas cosas que la mayoría rechazaríamos si cualquiera de nosotros abriese los ojos. Aceptamos la idea de la propiedad de las ideas, de un modo falto de crítica que ni siquiera nos damos cuenta de cuán monstruoso es negarle ideas a gente que se está muriendo sin ellas. Aceptamos la idea de propiedad de la cultura de un modo tan falto de crítica que ni siquiera cuestionamos cuándo el control de esa propiedad elimina nuestra capacidad, como

pueblo, de desarrollar nuestra cultura democráticamente. La ceguera se convierte en nuestro sentido común. Y el reto para cualquiera que quiera reclamar el derecho a cultivar nuestra cultura es hallar un modo de hacer que este sentido común abra los ojos.

De momento, el sentido común duerme. No hay rebelión alguna. El sentido común no ve todavía sobre qué podría haber una rebelión. El extremismo que domina ahora este debate concuerda con ideas que parecen naturales, y esta armonía se ve reforzada por las RCAs de nuestros días. Llevan a cabo una guerra frenética para luchar contra la «piratería», y asolan una cultura que está a favor de la creatividad. Defienden la idea de la «propiedad creativa» mientras que transforman a los creadores reales en modernos aparceros, sometidos feudalmente a los verdaderos dueños de las tierras que trabajan. Las RCAs de hoy en día se sienten insultadas por la idea de que los derechos deberían tener un equilibrio, incluso si cada uno de los actores principales en esta guerra de los contenidos se beneficiara de un ideal más equilibrado. La hipocresía apesta. Más aún en una ciudad como Washington, la hipocresía ni se nota. Poderosos lobbies y una mínima capacidad de atención producen la «tormenta perfecta» que acaba con la cultura libre.

EN AGOSTO DE 2003, comenzó una nueva lucha en EE.UU. en torno a la decisión de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO en inglés) de suspender un encuentro.⁶ A petición de un amplio espectro de grupos de interés, la WIPO había decidido celebrar un encuentro para discutir «proyectos abiertos y de colaboración para crear bienes públicos». Se trata de proyectos que han tenido éxito a la hora de producir bienes públicos sin basarse exclusivamente en un uso propietario, cerrado, de la propiedad intelectual. Algunos ejemplos son Intenet y la World Wide Web, ambos desarrollados a partir de protocolos en el dominio público. Incluía la nascente tendencia para apoyar las revistas académicas abiertas, incluyendo el proyecto de la Biblioteca Pública de Ciencias que describo en el Epílogo. Incluía un proyecto para desarrollar polimorfismos de núcleo único (SNPs en inglés), que se piensa que tienen una gran importancia para la investigación biomédica. (El proyecto, sin ánimo de lucro, comprendía un consorcio del Wellcome Trust y compañías farmacéuticas y tecnológicas, entre ellas Amersham

⁶ Jonathan Krim, «The Quiet War over Open-Source», Washington Post, 21 de agosto de 2003, E1, disponible en el enlace #59; William New, «Global Group's Shift on 'Open Source' Meeting Spurs Stir», National Journal's Technology Daily, 19 de agosto de 2003, disponible en el enlace #60; William New, «U.S. Official Opposes 'Open Source' Talks at WIPO», National Journal's Technology Daily, 19 de agosto 2003, disponible en el enlace #61.

Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffman-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer, and Searle). Incluía el Sistema de Posicionamiento Global (GPS), que Ronald Reagan liberó a principio de los ochenta. E incluía «el código abierto y el software libre».

El propósito del encuentro era considerar esta amplia gama de proyectos desde una perspectiva común: que ninguno de estos se basaba en el extremismo de la propiedad intelectual. En lugar de esto, en todos ellos, la propiedad intelectual tenía el contrapeso de acuerdos para mantener el libre acceso o para imponer límites a la manera en la que podían usarse las reivindicaciones privativas.

Por lo tanto, desde la perspectiva de este libro, el congreso era ideal.⁷ Los proyectos acogidos en él incluían trabajos comerciales y no comerciales. Primordialmente tenían que ver con las ciencias, pero desde muchas perspectivas. Y la WIPO era el espacio perfecto para esta discusión, dado que se trata de la institución internacional más prominente en relación con cuestiones de propiedad intelectual.

En realidad, una vez me llamaron al orden, en público, por no reconocer este hecho con respecto de la WIPO. En febrero de 2003 di un discurso en el congreso preparatorio de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (WSIS en inglés). En una conferencia de prensa anterior al discurso me preguntaron qué iba a decir. Respondí que hablaría un poco de la importancia que tenía el equilibrio en el ámbito de la propiedad intelectual para el desarrollo de la sociedad de la información. Entonces la moderadora del evento me interrumpió puntualmente para informarnos a mí y a los periodistas reunidos que la WSIS no discutiría ninguna cuestión referida a la propiedad intelectual, ya que esas cuestiones eran dominio exclusivo de la WIPO. En realidad, en la charla que había preparado la propiedad intelectual era un punto menor. Pero después de esta asombrosa afirmación, convertí la propiedad intelectual en el único tema de mi charla. No hay forma de hablar de «la sociedad de la Información» a menos que uno hable también del grado de información y cultura que sería libre. Mi charla no dejó muy satisfecha a mi inmoderada moderadora. Y, sin duda, tenía razón en que la gama de protecciones de la propiedad intelectual era habitualmente la materia de la que se nutre la WIPO. Pero, en mi opinión, toda discusión sobre cuánta propiedad intelectual hace falta se queda corta, ya que, tal y como yo lo veo, se ha perdido la idea de equilibrio con respecto de la propiedad intelectual.

⁷ He de revelar que yo fui una de las personas que le pidió a la WIPO la reunión.

Así que, pudiera o no discutir la WSIS el asunto del equilibrio en referencia a la propiedad intelectual, pensé que se daba por sentado que la WIPO podía y debía hacerlo. Por lo tanto el encuentro sobre «proyectos abiertos y de colaboración para crear bienes públicos» parecía perfectamente apropiado dentro de su agenda.

Sin embargo, hay un proyecto dentro de esa lista que resulta muy controvertido, al menos para los lobbies. Ese proyecto es «el código abierto y el software libre». Microsoft, en particular, se muestra receloso de las discusiones sobre este tema. Desde su punto de vista, un congreso para discutir en relación al código abierto y al software libre sería un congreso para discutir sobre el sistema operativo de Apple. Tanto el código abierto como el software libre compiten con el software de Microsoft. E internacionalmente, muchos gobiernos han empezado a explorar algunos requisitos de uso del código abierto o el software libre, en lugar de «software propietario», para su propio uso interno.

No pretendo entrar ahora en este debate. Sólo es importante dejar claro que la distinción no está en la diferencia entre software comercial y no comercial. Hay muchas compañías importantes que dependen de modo fundamental del código abierto y del software libre: IBM es la más prominente de todas ellas. IBM está cambiando de modo creciente su enfoque hacia el sistema operativo GNU/Linux, el famoso pedacito de «software libre» —e IBM es de modo enfático una entidad comercial. Por lo tanto, apoyar el «código abierto y el software libre» no consiste en oponerse a las entidades comerciales. Es, por el contrario, apoyar un modelo de desarrollo de software distinto al de Microsoft.⁸

De un modo más relevante para nuestro propósito, apoyar «el código abierto y el software libre» no consiste en oponerse al copyright. «El código abierto y el software libre» no es software en el dominio público. Por el contrario, como el software de Microsoft, los dueños del copyright del software libre y del código abierto insisten con fuerza en que se respeten los términos de sus licencias por parte de aquellos que lo adoptan. Los términos de esa

⁸ La posición de Microsoft sobre el software libre y el software de código abierto es más sofisticada. Como ha afirmado repetidas veces, no tiene ningún problema con el software de «código abierto» o software bajo dominio público. La principal oposición de Microsoft es al «software libre» licenciado con licencia «copyleft», es decir, con una licencia que requiere que el que la recibe adopte los mismos términos en cualquier obra derivada. Véase Bradford L. Smith, «The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide», Government Policy Toward Open Source Software, Washington, D.C., AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2002, p. 69, disponible en el enlace #62. Véase también Craig Mundie, vicepresidente senior de Microsoft, The Commercial Software Model, discusión en la New York University Stern School of Business (3 de mayo de 2001), disponible en el enlace #63.

licencia son distintos, sin duda, de los términos de una licencia de software propietario. El software libre licenciado bajo la Licencia Pública General (GPL en inglés), por ejemplo, exige que el código fuente del software esté disponible para cualquiera que quiera modificar y redistribuir ese software. Si el copyright no gobernara el software, entonces el software libre no podría imponer el mismo tipo de requisitos a aquellos que lo adoptan. Depende, por lo tanto, de las leyes del copyright en la misma medida que Microsoft.

Es comprensible por ello que, como desarrollador de software propietario, Microsoft se opusiera a este encuentro de la WIPO, y es comprensible que usara a sus lobbies para conseguir que el gobierno de EE.UU. también se opusiera. Y de hecho esto es exactamente lo que se dijo que había ocurrido. Según Jonathan Krim del Washington Post, los miembros del lobby de Microsoft lograron que el gobierno de EE.UU. vetara el encuentro.⁹ Y sin apoyo de EE.UU., el encuentro se suspendió.

No culpo a Microsoft por hacer lo que pueda para hacer avanzar sus propios intereses de una forma que esté de acuerdo con la ley. Y usar grupos de presión que influyan en los gobiernos es, simplemente, coherente con la ley. Para este caso, no hay nada sorprendente en sus presiones, y nada tremendamente sorprendente en que el más poderoso productor de software en EE.UU. haya tenido éxito en sus esfuerzos de presión.

Lo que sí es sorprendente es la razón dada por el gobierno de EE.UU. para oponerse al encuentro. De nuevo según la versión de Krim, Lois Boland, actual directora de relaciones internacionales de la Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU., explicó que «el software de código abierto va en contra de la misión de la WIPO, que consiste en promover los derechos de propiedad intelectual». Según citas textuales: «Celebrar un encuentro que tiene como propósito renunciar o prescindir de tales derechos nos parece que es contrario a las metas de la WIPO».

Estas afirmaciones son asombrosas a varios niveles.

Primero, son sencillamente erróneas. Tal como he descrito, la mayoría del código abierto y el software libre se basa fundamentalmente en el derecho de propiedad intelectual llamado «copyright». Sin él, las restricciones impuestas por estas licencias no funcionarían. Así, decir que la afirmación «va en contra» de la misión de promover los derechos de propiedad intelectual revela un enorme falta de comprensión —la clase de error que se puede perdonar en un estudiante de derecho de primer año, pero que es una vergüenza cuando proviene de un alto cargo gubernamental que trata asuntos de propiedad intelectual.

⁹ Krim, «The Quiet War over Open-Source», disponible en el enlace #64

Segundo, ¿quién ha dicho que el propósito exclusivo de la WIPO sea «promover» al máximo la propiedad intelectual? Como se me había dicho en el congreso preparatorio de la WSIS, la WIPO está para considerar no sólo la mejor manera de proteger la propiedad intelectual, sino también cuál es el mejor contrapeso a la propiedad intelectual. Como sabe cualquier economista o cualquier abogado, la cuestión que es de verdad difícil en relación con las leyes de propiedad intelectual es hallar ese contrapeso. Pero que debe haber límites es, pensaba, algo que nadie discute. Uno querría preguntarle a Boland si los medicamentos genéricos (medicamentos basados en fármacos cuya patente ha expirado) van en contra de la misión de la WIPO. ¿Debilita el dominio público la propiedad intelectual? ¿Habría sido todo mejor si se hubieran patentado los protocolos de Internet?

Tercero, incluso si uno creyera que el fin de la WIPO es maximizar los derechos de propiedad intelectual, en nuestra tradición esos derechos de propiedad pertenecen a individuos y a corporaciones. Ellos deciden que hacer con ellos porque, de nuevo, son sus derechos. Si quieren «prescindir» o «renunciar» a sus derechos, es algo, que dentro de nuestra tradición es totalmente apropiado. Cuando Bill Gates da más de 20.000 millones de dólares para hacer el bien en el mundo, eso no es incoherente con el sistema de la propiedad. Por el contrario, es algo que es justo aquello en lo que se supone que consiste el sistema de propiedad: dar al individuo el derecho a decidir qué hace con su propiedad.

Cuando la señora Boland dice que hay algo mal en un encuentro «que tiene como meta renunciar o prescindir de tales derechos», está diciendo que la WIPO está interesada en interferir en las decisiones de aquellos que poseen derechos de propiedad intelectual. Que de algún modo el objetivo de la WIPO debería ser impedir que un individuo «prescinda» o «renuncie» a un derecho de propiedad intelectual. Que el interés de la WIPO no es solamente maximizar los derechos de la propiedad intelectual, sino que se ejercen de la manera más extrema y restrictiva posible.

Tenemos la historia de un derecho de propiedad semejante, bien conocido en la tradición anglo-americana. Se llama «feudalismo». Bajo el feudalismo, la propiedad no sólo estaba en las manos de un número relativamente pequeño de individuos y entidades. Y no sólo eran vastos y poderosos los derechos que acompañaban a esta propiedad. Además, el sistema feudal tenía un gran interés en asegurarse que los propietarios no debilitaran el propio sistema liberando gente o propiedad al dejarla pasar al control del libre mercado. El feudalismo dependía del máximo control y de la máxima concentración. Combatía cualquier libertad que pudiera interferir con ese control.

Tal y como cuentan Peter Drahos y John Braithwaite, ésta es precisamente la opción que estamos tomando con respecto a la propiedad intelectual.¹⁰

¹⁰ Véase Drahos con Braithwaite, *Information Feudalism*, pp. 210-20.

Tendremos sociedad de la información. Eso seguro. Nuestra única decisión ahora es si esa sociedad de la información será libre o feudal. La tendencia apunta hacia una sociedad feudal.

Cuando comenzó esta batalla, la seguí en mi blog. Un animado debate siguió en los comentarios. La señora Boland tenía unos cuantos seguidores que intentaron mostrar por qué sus afirmaciones tenían sentido. Pero hubo un comentario que me resultó particularmente deprimente. Un comentarista anónimo publicó:

George, malinterpretas a Lessig: está únicamente hablando del mundo tal y como debería ser («la meta de la WIPO, y la meta de todo gobierno, debería ser promover el equilibrio correcto con respecto a los derechos de propiedad intelectual, no simplemente promover los derechos de propiedad intelectual»), no como es. Si estuviéramos hablando del mundo tal y como es, por supuesto que Boland no ha dicho nada equivocado. Pero en el mundo que Lessig querría, por supuesto que estaba equivocada. Presta siempre atención a la diferencia entre el mundo de Lessig y el nuestro.

Se me escapó la ironía la primera vez que lo leí. Lo leí rápidamente y pensé que estaba apoyando la idea de que buscar un equilibrio es lo que nuestro gobierno debería hacer. (Por supuesto, mi crítica a la señora Boland no era sobre si ella buscaba o no el equilibrio; mi crítica tenía que ver con si sus afirmaciones revelaban un error propio de un estudiante de primero de derecho. No me hago ilusiones sobre el extremismo de nuestro gobierno, ya sea republicano o demócrata. Mi única ilusión aparente tiene que ver con si nuestro gobierno debería decir la verdad o no).

Obviamente, sin embargo, el comentarista no estaba apoyando esa idea. En lugar de eso, estaba ridiculizando la idea misma de que en el mundo real, la «meta» de un gobierno debería ser la de «promover el equilibrio correcto» con respecto a la propiedad intelectual. Para él eso era obviamente una tontería. Y obviamente, pensaba él, revelaba mi propio y tonto amor por la utopía. «Típico de un profesor», podría haber continuado.

Entiendo las críticas a las utopías de los profesores universitarios. Pienso, también, que las utopías son tontas y sería el primero en burlarme de los ideales absurdamente irreales de los académicos a lo largo de la historia (y no sólo en la historia de nuestro propio país).

Pero cuando se ha llegado a que se considere tonto suponer que el papel de nuestro gobierno habría de ser el de «buscar el equilibrio», entonces denme por tonto, porque eso significa que esto de verdad ha llegado a ser bastante serio. Si debiera ser obvio para todos que el gobierno no busca el equilibrio, que el gobierno es simplemente un instrumento de los grupos de

presión más poderosos, que la idea de medir al gobierno de acuerdo a otro estándar es absurda, que la idea de exigir del gobierno que diga la verdad y no mentiras es ingenua, entonces ¿en qué nos hemos convertido, nosotros, la democracia más poderosa del mundo?

Sería una locura esperar que un alto cargo gubernamental diga la verdad. Sería una locura creer que la política del gobierno será algo más que la criada de los intereses más poderosos. Sería una locura defender que deberíamos preservar una idea que ha sido parte de nuestra tradición durante la mayor parte de nuestra historia —la cultura libre.

Si esto es una locura, entonces que haya más locos. Pronto.

HAY MOMENTOS de esperanza en esta lucha. Y momentos que sorprenden. Cuando la FCC estaba considerando relajar las normas que rigen la propiedad, lo que habría incrementado la concentración de los medios de comunicación, una extraordinaria coalición bipartidista se unió para combatir este cambio. Quizás por primera vez en la historia, intereses tan diversos como la NRA, la ACLU, Moveon.org, William Safire, Ted Turner y Mujeres CódigoRosa para la Paz se organizaron para oponerse a este cambio en la política de la FCC. Sorprendentemente, se enviaron 700.000 cartas a la comisión exigiendo más vistas y un resultado diferente.

Este activismo no detuvo a la FCC, pero pronto, sólo un poco más tarde, una amplia coalición en el Senado votó para revocar la decisión de la FCC. Las debates hostiles que condujeron a ese voto revelaron cuán poderoso había llegado a ser este movimiento. No había apoyo substancial para la decisión de la FCC y había un amplio y sostenido apoyo para luchar contra una concentración aún mayor de los medios de comunicación.

Pero incluso a este movimiento se le escapa una pieza importante del rompecabezas. El gigantismo como tal no es malo. La libertad no se ve amenazada sólo porque algunos se hayan hecho muy ricos o porque haya solamente un puñado de grandes actores. La pobre calidad de los Big Macs o de las Burgers dobles no significa que no puedas conseguir una buena hamburguesa en otro sitio.

El peligro de la concentración de los medios de comunicación no viene de la concentración, sino del feudalismo que esta concentración produce, ligada a las modificaciones del copyright. No se trata de que sólo haya un puñado de compañías poderosas que controlan una tajada cada vez mayor de los medios de comunicación. Lo que hace que su enorme tamaño sea

malo es el hecho de que esta concentración pueda conjurar una gama igualmente inflada de derechos —derechos de propiedad de una forma históricamente extrema.

Por lo tanto, es significativo que tantos se manifiesten para exigir el derecho a la competencia y a una diversidad mayor. Aun así, si se entiende que la manifestación trata únicamente del tamaño, esto no es tremendamente sorprendente. Nosotros los estadounidenses tenemos una larga historia de luchar contra «lo grande», sabiamente o no. Que se nos pueda motivar a luchar contra «lo grande» una vez más no es nada nuevo.

Sería algo nuevo, y algo muy importante, si se pudiera convocar a un número igual para manifestarse contra el extremismo creciente inserto dentro de la idea de «propiedad intelectual». No porque el equilibrio sea ajeno a nuestra tradición; de hecho, como he argumentado, nuestra tradición es la del equilibrio. Sino debido a que el músculo preciso para pensar críticamente sobre la envergadura de cualquier cosa llamada «propiedad» ya no se ejerce dentro de esa tradición. Si fuéramos Aquiles, éste sería nuestro talón. Este sería el punto de nuestra tragedia.

MIENTRAS ESCRIBO estas palabras finales, las noticias andan llenas de historias sobre las demandas de la RIAA contra casi trescientos individuos.¹¹ Eminem ha sido demandado por «samplear» música de otro.¹² La historia de Bob Dylan por el «robo» a un autor japonés ya se ha terminado.¹³ Un *insider* de Hollywood —que insiste en permanecer en el anonimato— refiere «una asombrosa conversación con la gente de un estudio. Tienen extraordinarios contenidos [antiguos] que les encantaría usar, pero no pueden porque no saben ni como empezar ya que tendrían que clarificar la situación de los derechos. Tienen docenas de chavales que podrían hacer cosas sorprendentes

¹¹ John Borland, «RIAA Sues 261 File Swappers», CNET News.com, 8 de septiembre 2003, disponible en el enlace #65; Paul R. La Monica, «Music Industry Sues Swappers», CNN/Money, 8 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #66; Soni Sangha y Phyllis Furman con Robert Gearty, «Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr-Old Among 261 Cited as Sharers», New York Daily News, 9 de septiembre de 2003, p. 3; Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», Washington Post, 10 de septiembre de 2003, E1; Katie Dean, «Schoolgirl Settles with RIAA», Wired News, 10 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #67.

¹² Jon Wiederhorn, «Eminem Gets Sued... by a Little Old Lady», mtv.com, 17 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #68.

¹³ Kenji Hall, Associated Press, «Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs», Kansascity.com, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #69.

con esos contenidos, pero serían precisos docenas de abogados para aclarar la situación antes de hacer nada». Hay congresistas que están hablando de liberar virus informáticos que destruyan ordenadores que se piensa que violan las leyes. Hay universidades que están amenazando de expulsión a chavales que usan un ordenador para compartir contenidos.

Pero en la otra orilla del Atlántico, la BBC acaba de anunciar que construirá un «Archivo Creativo», del cual los ciudadanos británicos pueden descargar contenidos, modificarlos, mezclarlos y grabarlos.¹⁴ Y en Brasil, el ministro de cultura, Gilberto Gil, que además es un héroe popular de la música brasileña, se ha unido a Creative Commons para distribuir contenidos y licencias libres en ese país latinoamericano.¹⁵

He contado una historia sombría. La verdad es más compleja. Un tipo de tecnología nos ha dado una nueva libertad. Lentamente, algunos comienzan a entender que esta libertad no significa anarquía. Podemos llevar con nosotros una cultura libre al siglo XXI sin que los artistas pierdan y sin que el potencial de la cultura digital sea destruido. Será preciso pensar y, de un modo aún más importante, será preciso convertir en Causbys a las RCAs de nuestros días.

El sentido común debe rebelarse. Debe actuar para liberar la cultura. Cuanto antes, si este potencial ha de realizarse alguna vez.

¹⁴ «BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public», comunicado de prensa de la BBC, 24 de agosto de 2003, disponible en el enlace #70.

¹⁵ «Creative Commons and Brazil», Creative Commons Weblog, 6 de agosto de 2003, disponible en el enlace #71

Epílogo

AL MENOS ALGUNOS DE LOS que hayan leído hasta aquí estarán de acuerdo conmigo en que algo debe hacerse para cambiar el rumbo hacia el que nos dirigimos. El balance de este libro dibuja el mapa de qué puede hacerse.

Divido este mapa en dos partes: lo que cada uno puede hacer ahora y lo que precisa la ayuda de los legisladores. Si hay una lección que podamos destacar de cómo se ha rehecho el sentido común históricamente, es que se requiere que se cambie la manera en la que mucha gente piensa precisamente sobre el mismo asunto.

Eso significa que este movimiento debe empezar en la calle. Debe reclutar un número significativo de padres, profesores, bibliotecarios, creadores, autores, músicos, cineastas, científicos —para que todos ellos cuenten esta historia con sus propias palabras y para que les expliquen a sus vecinos por qué esta batalla es tan importante.

Una vez que este movimiento haya tenido efecto en la calle, habrá esperanzas de que tenga efecto en Washington. Aún somos una democracia. Lo que la gente piensa importa. No tanto como debería, al menos cuando alguna RCA se opone a ello, pero incluso así importa. Por lo tanto, en la segunda parte de lo que sigue, esbozo algunas modificaciones que el Congreso podría llevar a cabo para dar mayor seguridad a una cultura libre.

Nosotros, ahora

EL SENTIDO COMÚN está del lado los guerreros del *copyright* porque hasta este momento el debate ha quedado definido por sus extremos —como un enorme «o esto o lo otro»: o propiedad o anarquía, o control total o no se paga a los artistas. Si ésta fuera verdaderamente la elección, entonces los guerreros debieran ganar.

Aquí el error es excluir el punto medio. Se dan los extremos en este debate, pero los extremos no representan todo lo que hay. Existen aquellos que creen en el máximo *copyright* —«todos los derechos reservados»— y aquellos que rechazan el *copyright* —«ningún derecho reservado». Los de «todos los derechos reservados» creen que deberías pedir permiso antes de «usar», del modo que sea, una obra con *copyright*. Los de «ningún derecho reservado» creen que deberías poder hacer lo que quieras con los contenidos, sin que importe que tengas permiso o no.

Cuando Internet acababa de nacer, su arquitectura inicial se inclinó de un modo efectivo hacia la dirección de «ningún derecho reservado». Los contenidos podían ser copiados de una manera perfecta y barata; los derechos no podían controlarse fácilmente. Por lo tanto, a pesar de los deseos de la gente, el régimen de derechos del diseño original de Internet era «ningún derecho reservado». Los contenidos eran «tomados» sin que importaran los derechos. Todos los derechos estaban de hecho sin protección.

Este carácter inicial produjo una reacción (en la dirección contraria, pero no exactamente de igual magnitud) por parte de los dueños de *copyright*. Esa reacción ha sido el tema de este libro. Por medio de leyes, procesos y modificaciones en el diseño de la Red, los dueños de *copyright* han sido capaces de cambiar el carácter esencial del entorno de la Internet original. Si la arquitectura original hacía que la opción por defecto fuera de hecho «ningún derecho reservado», la arquitectura futura hará que la opción por defecto sea «todos los derechos reservados». La arquitectura y las leyes que rodean el diseño de Internet producirán, cada vez más, un entorno en el que el uso de los contenidos exija tener permiso. El mundo del «corta y pega» que define a Internet, hoy en día, se convertirá en el mundo de «consigue permiso para cortar y pegar» que es la pesadilla de los creadores.

Lo que se necesita es un modo de decir algo que esté en el medio—ni «todos los derechos reservados» ni «ningún derecho reservado», sino «algunos derechos reservados»— y por lo tanto un modo de respetar el *copyright* pero que posibilite que los creadores liberen contenidos de la

manera que les parezca más apropiada. En otras palabras, necesitamos una forma de restaurar una serie de libertades que antes simplemente podíamos dar por sentadas.

Cómo reconstruir libertades previamente dadas por supuestas: ejemplos

Si das un paso atrás y te alejas de la batalla que he estado describiendo aquí, reconocerás este problema a partir de otros contextos. Piensa en el derecho a la intimidad. Antes de Internet, la mayoría de nosotros no tenía que preocuparse mucho con respecto de la información que transmitía al mundo sobre su vida. Si entrabas en una librería y hojeabas algunas de las obras de Karl Marx, no tenías que preocuparte sobre el hecho de explicar a tus vecinos o a tu jefe tus hábitos a la hora de hojear libros. La libertad de tus hábitos de préstamo o compra estaba asegurada

¿Qué aseguraba esto?

Bueno, si lo pensamos en términos de las modalidades descritas en el capítulo 10, tu intimidad estaba asegurada gracias a una arquitectura ineficiente a la hora de recoger datos y, por lo tanto, a las limitaciones del mercado (costes) para cualquiera que quisiera recopilar esos datos. Si se sospechaba que eras un espía de Corea del Norte al mismo tiempo que trabajabas para la CIA, entonces sin duda tu privacidad no estaba asegurada. Pero eso se debía a que la CIA (esperemos) consideraría de suficiente interés gastarse los miles de dólares necesarios para seguirte la pista. Sin embargo, en la mayoría de los casos (de nuevo, esperamos), espionarnos no «sale a cuenta». La arquitectura altamente ineficiente del espacio real implica que todos podemos disfrutar de una dosis muy robusta de intimidad. Esa intimidad nos está garantizada por la fricción. No por ley (no hay leyes que protejan la «intimidad» en lugares públicos), y en muchos lugares, no por la norma (curiosear y chismear es divertido), sino, por el contrario, por los costes que la fricción le impone a cualquiera que quiera espionar.

Pero en esto llega Internet, donde, en particular, los costes de rastrear lo que hojeas se han hecho mínimos. Si eres cliente de Amazon, conforme hojeas distintas páginas, Amazon recopila información sobre lo que has mirado. Esto se sabe porque en el lado de la página hay una lista de páginas «vistas recientemente». Ahora, gracias a la arquitectura de la Red y a la función de las *cookies*, es más fácil recopilar información que no hacerlo. La fricción ha desaparecido y por lo tanto lo ha hecho también cualquier «privacidad» protegida por la fricción.

El problema, por supuesto, no es Amazon. Pero podemos empezar a preocuparnos por las bibliotecas. Si eres uno de esos locos izquierdistas que piensa que la gente debería tener el «derecho» a hojear cualquier cosa en una bibliotecas, sin que el gobierno sepa qué libros miras (y yo soy también uno de esos izquierdistas), entonces esta modificación de la tecnología de control debería preocuparte. Si recopilar y ordenar datos sobre quién hace qué en espacios digitales se convierte en algo sencillo, entonces se esfuma la privacidad inducida por la fricción que tuvimos en el pasado.

Esta realidad explica la presión por parte de muchos para definir qué es la «intimidad» en Internet. El reconocimiento de que la tecnología puede eliminar todo aquello que la fricción nos dio antes es lo que a muchos conduce a promover leyes que hagan lo que hacía la fricción.¹ Y ya estés a favor de estas leyes o en contra, aquí lo que importa es la pauta. Hemos de tomar medidas activas que nos aseguren el tipo de libertad que antes se nos proporcionaba pasivamente. Una modificación en la tecnología nos fuerza ahora, a aquellos que creemos en la intimidad, a actuar de una forma afirmativa donde la privacidad se daba antes por defecto.

Se podría contar una historia semejante acerca del nacimiento del movimiento del software libre. Cuando por primera vez se distribuyeron comercialmente ordenadores con software, el software —tanto el código fuente como los binarios— era libre. Era imposible ejecutar un programa escrito para una máquina de Data General en una máquina de IBM, así que Data General e IBM no se preocuparon de controlar su software.

Éste era el mundo en el que nació Richard Stallman, y mientras era investigador en el MIT llegó a amar la comunidad que creció cuando uno tenía la libertad de explorar y jugar con el software que se ejecutaba en las máquinas. Un tipo listo y un programador de talento, Stallman llegó a depender de la libertad para modificar o añadir algo al trabajo de otra gente.

Al menos, en un entorno académico ésta no es una idea tremendamente radical. En un departamento de matemáticas, cualquiera tiene la libertad de jugar con la demostración que otro ha ofrecido previamente. Si creías que tenías una forma mejor de demostrar un teorema, podías tomar lo que otro había hecho y cambiarlo. En un departamento de Lenguas Clásicas, si pensabas que la

¹ Véase, por ejemplo, Marc Rotenberg, «Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)», *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 6-18, disponible en el enlace #72 (describiendo ejemplos en los que la tecnología define la política de privacidad). Véase también Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, Nueva York, Random House, 2004 (delineando las concesiones mutuas entre la tecnología y la privacidad).

traducción hecha por un colega de un texto recientemente descubierto tenía errores, gozabas de la libertad de mejorarla. Así, para Stallman, parecía obvio que debías ser libre para jugar y mejorar el código que se ejecutaba en una máquina. Esto también era conocimiento. ¿Por qué no habría de estar abierto a críticas, como cualquier otra cosa?

Nadie respondió a esta pregunta. En lugar de esto, la estructura de ingresos del sector informático cambió. Conforme se hizo posible importar programas de un sistema a otro, se volvió comercialmente atractivo esconder el código de los programas (al menos en opinión de algunos). Lo mismo ocurrió, también, cuando las empresas empezaron a vender periféricos para sistemas. Si simplemente puedo tomar el *driver* de tu impresora y copiarlo, entonces me resulta más sencillo que a ti vender impresoras en el mercado.

De este modo, la práctica del código propietario empezó a expandirse y para principios de los ochenta Stallman se encontraba rodeado de código propietario. El mundo del software libre había sido eliminado por un cambio en la economía de la informática. Y según creía él, si no hacía nada, entonces la libertad de modificar y compartir software sería debilitada de un modo fundamental.

Así que, en 1984, Stallman dio comienzo a un proyecto para construir un sistema operativo libre, de manera que al menos una rama del software libre sobreviviera. Esto fue el nacimiento del proyecto GNU, al cual se añadió el «kernel» Linux de Linus Torvalds para así producir el sistema operativo GNU/Linux.

La técnica de Stallman fue usar las leyes de copyright para construir un ámbito del software que había de mantenerse libre. El software licenciado bajo la GPL de la *Free Software Foundation*² no puede modificarse ni distribuirse a menos que el código fuente también se haga público. De este modo, cualquiera que construyese sobre la base de software con GPL tendría que liberar también su código. Esto aseguraría, creía Stallman, el desarrollo de una ecología del código que se mantendría libre para que otros construyeran sobre él. Su meta fundamental era la libertad; el código creativo e innovador era un producto secundario.

Stallman, por lo tanto, estaba haciendo por el código lo que los defensores del derecho a la intimidad hacen ahora por la privacidad. Estaba buscando una forma de reconstruir un tipo de libertad que antes se había dado por

² Fundación para el software libre en castellano, organización sin ánimo de lucro, creada en 1985, con el fin promover el desarrollo del software libre y defender legalmente la vigencia y el respeto de las licencias copyleft de los programas, las librerías informáticas y los manuales de uso del software [N. del E.].

sentada. A través del uso activo de licencias que marcan obligaciones al código con copyright, Stallman estaba reclamando de hecho un espacio en el que el software libre pudiera sobrevivir. Estaba protegiendo activamente lo que antes se había garantizado pasivamente.

Finalmente, considérese un ejemplo muy reciente que resuena más directamente en relación a la historia de este libro. Es el cambio en la forma en que se producen las revistas académicas y científicas.

Conforme se desarrollan las tecnologías digitales, a muchos les resulta obvio que imprimir miles de copias de revistas cada mes y enviarlas a las bibliotecas no es quizá la forma más eficiente de distribuir conocimiento. En lugar de esto, las revistas se están editando, de forma creciente, en forma digital y las bibliotecas y sus usuarios reciben acceso a estas revistas digitales a través de sitios protegidos con contraseñas. Algo semejante ha estado ocurriendo en el campo del derecho durante casi treinta años: Lexis y Westlaw tienen versiones electrónicas de informes de casos que están disponibles para sus suscriptores. Aunque una sentencia del Tribunal Supremo no tiene copyright y cualquiera es libre de ir a una biblioteca y leerla, Lexis y Westlaw son libres también de cobrar a sus usuarios por el privilegio de acceder a esa misma opinión a través de sus servicios.

En general no hay nada malo en todo esto, y de hecho la capacidad de cobrar por el acceso, incluso a materiales en el dominio público, es un buen incentivo para que la gente desarrolle formas nuevas e innovadoras de difundir el conocimiento. Las leyes están de acuerdo y es por esto que se ha permitido que florezcan Lexis y Westlaw. Y si no hay nada malo en vender algo bajo dominio público, entonces no puede haber nada malo, en principio, en vender el acceso a materiales que no están en el dominio público.

Pero ¿qué pasaría si la única forma de acceder a datos sociales y científicos fuera a través de servicios propietarios? ¿Qué pasaría si nadie pudiera hojear esta información a menos que pagara una suscripción?

Tal y como muchos están empezando a comprender, esto es ya realidad en el caso de las revistas científicas. Cuando estas revistas se distribuían en papel, las bibliotecas podían ponerlas a disposición de cualquiera que tuviese acceso a ellas. Así, los pacientes con cáncer podían convertirse en expertos sobre el cáncer debido a que la biblioteca les permitía el acceso. O los pacientes que intentaran entender los riesgos de un determinado tratamiento podían investigar esos riesgos leyendo todos los artículos disponibles sobre ese tratamiento. Esta libertad era, por lo tanto, una función de la institución, las bibliotecas (normas), y de la tecnología de las revistas en papel (arquitectura) —es decir, era muy difícil controlar el acceso a una revista en papel.

Conforme las revistas se vuelven digitales, sin embargo, los editores están exigiendo que las bibliotecas no den acceso al público general. Esto significa que las libertades proporcionadas por las revistas impresas en bibliotecas públicas está desapareciendo. Así, del mismo modo que con la intimidad y con el software, una tecnología modificada y el mercado están reduciendo una libertad que se daba antes por sentada.

Esta libertad menguante ha llevado a muchos a tomar medidas activas para restaurar la libertad perdida. La Biblioteca Pública de la Ciencia (PLOS en inglés), por ejemplo, es una corporación sin ánimo de lucro dedicada a hacer de la investigación científica algo disponible a cualquiera con una conexión a la Red. Los autores de trabajos científicos envían estos trabajos a la Biblioteca Pública de la Ciencia. Ese trabajo se somete después a evaluación de expertos. Si se acepta, se deposita en un archivo digital público y se le da acceso general de forma gratuita. La PLoS también vende una versión impresa de éstas obras, pero el copyright para la versión en papel no restringe el derecho a redistribuir gratuitamente los trabajos incluidos.

Éste es uno de los muchos esfuerzos para restaurar una libertad antes dada por sentada, pero amenazada ahora por el mercado y una tecnología cambiante. Sin duda esta alternativa compete con los editores tradicionales y sus esfuerzos por ganar dinero a partir de la distribución exclusiva de contenidos. Pero la competencia en nuestra tradición es presuntamente algo bueno —especialmente cuando ayuda a difundir el conocimiento y la ciencia.

Cómo reconstruir la cultura libre: una idea

La misma estrategia puede aplicarse a la cultura, como respuesta al control creciente que se lleva a cabo por medio de las leyes y la tecnología.

He aquí Creative Commons. Creative Commons (las Tierras Comunes Creativas en castellano) es una corporación sin ánimo de lucro establecida en Massachusetts, pero que tiene su sede en la universidad de Stanford. Su meta es construir una capa de *copyright razonable* por encima de los extremos que reinan hoy en día. Y esto lo lleva a cabo haciendo que sea más fácil construir a partir de las obras de otra gente, por medio de hacer más fácil a los creadores la determinación de los grados de libertad que otros tienen a la hora de tomar y construir sobre sus obras. Esto es posible por medio de etiquetas sencillas, etiquetas ligadas a descripciones que las personas pueden leer, licencias a prueba de bombas.

Sencillas —lo cual significa que funcionan sin intermediarios ni abogados. Al desarrollar una serie de licencias libres que la gente puede añadir a sus contenidos, Creative Commons pretende determinar un espectro de contenidos que puedan ser empleados fácil y seguramente como base para más contenidos. Estas etiquetas se enlazan después a versiones legibles por máquinas, las cuales permiten a los ordenadores identificar automáticamente contenidos que se pueden compartir fácilmente. Juntas, estas tres expresiones —una licencia legal, una descripción legible para seres humanos, una etiqueta legible para máquinas—constituyen una licencia de Creative Commons. Una licencia Creative Commons constituye una garantía de libertad para cualquiera que acceda a la licencia y, de un modo más importante, una expresión del ideal de que la persona asociada a la licencia cree en algo distinto a los extremos del «todo» o «nada». Los contenidos se marcan con la marca de CC, lo que no significa que se renuncie al copyright, sino que se conceden ciertas libertades.

Estas libertades están más allá de las libertades prometidas por el *fair use*. Sus contornos precisos dependen de las decisiones que tome el creador. El creador puede escoger una licencia que permita cualquier uso, en tanto que se le atribuya la obra. Puede escoger una licencia que permita solamente usos no comerciales. Puede escoger una licencia que permita cualquier uso en tanto que las mismas libertades les sean otorgadas a otros usuarios («comparte y comparte de la misma forma»). O cualquier uso en tanto que no sea un uso derivado de la obra. O absolutamente cualquier uso en países en vías de desarrollo. O cualquier uso en un sampleado, en tanto que no se hagan copias completas. O, finalmente, cualquier uso educativo.

Estas opciones establecen, por lo tanto, un espectro de libertades más allá del que establecen por defecto las leyes de *copyright*. Permiten también libertades que van más allá del *fair use* tradicional. Y de modo más importante, expresan estas libertades de una forma por la que los usuarios posteriores pueden usar estas obras y fiarse de lo que hacen sin que haga falta contratar a un abogado. Creative Commons, pretende, por lo tanto, construir una capa de contenidos, gobernados por una capa de leyes razonables de *copyright*, sobre la que otros puedan construir. Las decisiones voluntarias de individuos y creadores harán que estos contenidos estén disponibles. Y estos contenidos nos permitirán a su vez reconstruir un dominio público.

Éste es solamente un proyecto entre muchos dentro de Creative Commons. Y por supuesto, Creative Commons no es la única organización en busca de estas libertades. Pero el punto que distingue a Creative Commons de muchas otras es que no estamos interesados sólo en hablar sobre dominio público o en conseguir que los legisladores ayuden a construir un dominio público. Nuestra meta es construir un movimiento de consumidores y

productores de contenidos («conductores de contenidos», como los llama la abogada Mía Garlick) que ayuden a construir un dominio público y que, por medio de su obra, demuestren la importancia del dominio público para otras formas de creatividad.

La meta no es combatir a los defensores de «todos los derechos reservados». La meta es complementarlos. Los problemas que la ley nos crea como cultura son producidos por las consecuencias irracionales e involuntarias de leyes escritas hace siglos, aplicadas a una tecnología que solamente Jefferson podría haber imaginado. Puede que las reglas tuvieran sentido en un marco tecnológico de hace siglos, pero no tienen sentido en el marco de las tecnologías digitales. Lo que hoy necesitamos son nuevas reglas —con libertades diferentes, expresadas de forma que puedan usarlas seres humanos sin abogados. Creative Commons le da a la gente una forma efectiva de empezar a construir esas reglas.

¿Por qué habrían de participar los creadores, abandonando un control total sobre sus obras? Algunos participan para difundir mejor sus contenidos. Cory Doctorow, por ejemplo, es un autor de ciencia ficción. Su primera novela, *Down and Out in the Magic Kingdom*, fue publicada gratis en Internet, bajo una licencia de Creative Commons, el mismo día que se puso a la venta en las librerías.

¿Por qué un editor habría de estar de acuerdo con esto? Sospecho que éste fue el razonamiento del editor: Hay dos tipos de gente: (1) los que comprarán el libro de Cory Doctorow sin que importe o no que esté en Internet y (2) los que nunca comprarán un libro de Cory, si no está disponible gratis en Internet. Una parte de los (1) se bajará el libro de Cory en lugar de comprárselo. Llamémosle los malos (1). Una parte de los (2) se bajará el libro de Cory, les gustará y entonces decidirán comprárselo. Llamémosles los buenos (2). Si hay más buenos (2) que malos (1), la estrategia de publicar el libro de Cory gratis en Internet probablemente *incrementará* las ventas del libro de Cory.

De hecho, la experiencia de su editor claramente apoya esta conclusión. La primera tirada se acabó meses antes de lo que esperaba el editor. Esta primera novela de un autor de ciencia ficción fue un éxito absoluto.

La idea de que los contenidos libres pueden incrementar el valor de contenidos que no son libres fue confirmada por la experiencia de otro autor. Peter Wayner, quien había escrito un libro sobre el movimiento del software libre titulado *Free For All*, publicó gratis en Internet, bajo una licencia de Creative Commons, una versión digital de su libro una vez que estuvo descatalogado. Después observó los precios de las copias usadas de su libro. Tal y como se había predicho, los precios de las copias usadas de su libro también subieron.

Éstos son ejemplos de cómo usar los Commons, las Tierras Comunes, el Procomún para difundir mejor contenidos propietarios. Creo que es un uso maravilloso y común de los Commons. Hay otros que usan licencias de Creative Commons por otras razones. Muchos de los que usan la «licencia de muestreo» lo hacen porque cualquier otra cosa sería una hipocresía. La licencia de muestreo dicta que otros tienen la libertad, para propósitos comerciales y no comerciales, de muestrear contenidos de la obra licenciada; solamente no tienen la libertad de hacer copias de la obra licenciada y ponerlas a disposición de otros. Esto es coherente con su propio arte — también ellos muestrean a otros. Dado que los costes *legales* de muestrear son tan altos (Walter Leaphart, manager del grupo de rap Public Enemy, que nació muestreando la música de otros, ha afirmado que ya no «permite» que Public Enemy muestree nada más, debido a los altos costes legales³), estos artistas difunden en el entorno creativo contenidos que otros pueden usar como base para construir los suyos propios, de manera que esta forma de creatividad pueda crecer.

Finalmente, hay muchos que marcan su contenido con una licencia de Creative Commons simplemente porque quieren dejar claro a los demás la importancia del equilibrio en este debate. Si te dejas llevar por el sistema tal y como está, estás efectivamente diciendo que crees en el modelo de «todos los derechos reservados». Lo cual está muy bien por lo que a ti respecta, pero muchos no piensan así. Muchos creen que por muy apropiadas que sean las reglas para Hollywood y sus *freaks*, no se trata de una descripción apropiada sobre la forma en la que muchos creadores consideran los derechos asociados con sus contenidos. La licencia de Creative Commons expresa esta noción de «algunos derechos reservados» y da a muchos la oportunidad de decírselo a otros.

En los primeros seis meses del experimento de Creative Commons, más de un millón de objetos se licenciaron con estas licencias de cultura libre. El próximo paso es asociarse con proveedores *middleware*⁴ para ayudarles a añadir a sus tecnologías formas sencillas para los usuarios con el fin de marcar sus contenidos con las libertades de Creative Commons. Después, el paso siguiente es observar y reconocer a los creadores que construyan sus contenidos a partir de contenidos liberados.

³ *Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars* (2003), producido por Jed Horowitz, dirigido por Greg Hittelman, una producción Fiat Lucre, disponible en el enlace #72.

⁴ El *middleware* es un software de conexión que consiste en una serie de servicios que permiten que múltiples procesos en ejecución en una o más máquinas interactúen entre sí a través de una red [N. del T.].

Éstos son los primeros pasos para reconstruir un dominio público. No son mera charla; ya están en acción. Construir un dominio público es el primer paso para mostrarle a la gente cuán importante es ese dominio para la creatividad y la innovación. Creative Commons confía en pasos voluntarios para conseguir esta reconstrucción. Conducirán a un mundo en el que sean posibles más pasos voluntarios.

Creative Commons es solamente un ejemplo de los esfuerzos voluntarios por parte de individuos y creadores para cambiar la composición de derechos que ahora gobierna el campo de la creación. El proyecto no compite con el copyright; lo complementa. Su meta no es derrotar los derechos de los autores, sino facilitar a los autores y creadores el ejercicio de sus derechos con mayor flexibilidad y a menor precio. Esa diferencia, creemos, permitirá que la creatividad se difunda más fácilmente.

Ellos, pronto

NO RECUPERAREMOS una cultura libre solamente con acciones individuales. Precisaré también de importantes reformas legales. Nos queda mucho, antes de que los políticos escuchen estas ideas e implementen estas reformas. Pero eso también significa que tenemos tiempo para concienciar a la gente con respecto de los cambios que necesitamos.

En este capítulo, esbozo cinco modalidades de cambio: cuatro son generales y uno es específico de la batalla más virulenta hoy en día, la de la música. Cada uno señala un paso, no un fin. Pero cada uno de estos pasos puede llevarnos muy lejos en la dirección de nuestro destino.

1. Más formalidades

Si te compras una casa, tienes que registrar esa venta en un documento legal. Si compras tierras sobre las que construir una casa, tienes que registrar esa compra en un documento legal. Si te compras un coche, tienes que conseguir una prueba de venta y matricular el coche. Si compras un billete de avión, tiene tu nombre.

Éstas son formalidades asociadas a la propiedad. Son requisitos por los que todos tenemos que pasar si queremos que nuestra propiedad esté protegida.

Por el contrario, bajo las leyes actuales del copyright, recibes automáticamente el copyright, sin que importe si has cumplido o no con alguna formalidad. No tienes que registrarlo. No tienes que marcar tus contenidos. La opción por defecto es control y las «formalidades» son eliminadas.

¿Por qué?

Tal y como sugerí en el capítulo 10, el motivo para abolir las formalidades era bueno. En el mundo anterior a las tecnologías digitales, las formalidades imponían a los dueños de copyright una carga que no conllevaba muchos beneficios. De este modo, supuso un progreso el que las leyes relajaron los requisitos formales por los que tenía que pasar un dueño de copyright para proteger y asegurar su obra. Esas formalidades se perdieron en el proceso.

Pero Internet modifica el marco. Hoy en día, las formalidades no tienen que ser una carga. Más bien, un mundo sin formalidades es un mundo que le impone cargas a la creatividad. Hoy en día, no hay una manera sencilla de saber quién es dueño de qué o con quién tiene uno que tratar para usar o basarse en el trabajo creativo de otros. No hay registros, no hay un sistema de búsqueda —no hay una manera sencilla para saber cómo conseguir permiso. Sin embargo, dado el masivo incremento del campo de acción de las reglas del copyright, recibir permiso es un paso necesario para cualquier obra que se construya a partir de nuestro pasado. Y así, la *falta* de formalidades fuerza al silencio a muchos que, de otra manera, podrían hablar.

Por lo tanto, las leyes deben cambiar este requisito⁵ —pero no deben cambiar para volver al viejo y roto sistema. Debemos exigir formalidades, pero debemos establecer un sistema que cree incentivos para minimizar la carga de estas formalidades.

Las formalidades importantes son tres: marcar las obras con copyright, registrar los copyrights y renovar las exigencias del copyright. Tradicionalmente, la primera de las tres era algo que el dueño del copyright hacía por sí mismo; las dos últimas eran algo que hacía el gobierno. Pero un sistema revisado de formalidades eliminaría al gobierno del proceso, excepto para el único propósito de aprobar estándares desarrollados por otros.

⁵ La propuesta que estoy presentando aquí se aplicaría únicamente a las obras estadounidenses. Obviamente, creo que sería beneficioso que otros países también adoptaran la misma idea.

Registro y renovación

Bajo el antiguo sistema, los dueños del copyright tenían que presentar una petición de registro a la Oficina de Copyright para registrar o renovar un mismo copyright. Cuando se presentaba esa solicitud, había que pagar una tarifa de registro. Como ocurre con la mayoría de las entidades del gobierno, la Oficina de Copyright tenía poco incentivo para minimizar las cargas del registro; tenía también poco incentivo para minimizar la tarifa. Y como la Oficina de Copyright no es una de las propiedades de la política del gobierno, históricamente la entidad ha sufrido una gran carencia de financiación. De este modo, cuando la gente que sabía algo del proceso oía algo acerca de esta idea de las formalidades, su primera reacción era de pánico —nada podría ser peor que forzar a la gente a que se enfrente al caos que supone la Oficina de Copyright.

Todavía me resulta siempre sorprendente que nosotros, que venimos de una tradición de extraordinaria innovación en lo tocante al diseño del gobierno, ya no podamos pensar innovadoramente acerca de cómo las funciones del gobierno podrían ser diseñadas. Que una parte del Gobierno tenga una función pública no significa que el gobierno tenga que administrar esa función. En lugar de esto, deberíamos estar creando incentivos para que grupos privados sirvan al público, sujetos a los estándares que marque el gobierno.

En el contexto del registro Internet es un modelo obvio. Hay al menos 32 millones de sitios web registrados en todo el mundo. Los dueños de los dominios de esos sitios deben pagar una tarifa para mantener vivos sus registros. En los principales dominios de primer nivel (.com, .org, .net), hay un registro central. Los verdaderos registros, sin embargo, son llevados a cabo por una multitud de agencias de registro que compiten entre sí. Esa competencia disminuye los costes y, de un modo más importante, aumenta la facilidad con la que se produce el registro de un dominio.

Deberíamos adoptar un modelo similar para el registro y la renovación de copyrights. La Oficina de Registro podría servir como registro central, pero no debería estar en el negocio de los registros. En lugar de esto, debería establecer una base de datos y establecer una serie de estándares para las compañías de registro. Debería aprobar aquellas que cumplan con estos mismos estándares. Estas compañías, a su vez, competirían entre sí para proporcionar los sistemas más sencillos y baratos de registro y renovación de copyright. Esta competencia reduciría sustancialmente la carga de esta formalidad, al tiempo que produciría una base de datos de registros que facilitaría la liberación de contenidos bajo licencia.

Marcar

Normalmente el olvido a la hora de incluir un aviso de copyright en una obra de creación implicaba que el copyright se había perdido. Lo cual era una dura pena por olvidarse de cumplir con una mera regla —similar, en el mundo de los derechos de creación, a imponer la pena de muerte por una multa de aparcamiento. De nuevo, aquí no hay razón alguna para que el requisito de imponer una marca se deba hacer cumplir de esta manera. Y de un modo más importante, no hay razón para que el requisito de marcar las obras se deba hacer cumplir uniformemente en todos los medios.

El propósito de marcar una obra es indicar al público que esa obra tiene copyright y que el autor quiere que se cumplan esos derechos. La marca también facilita la localización del dueño del copyright para obtener permiso para usar la obra.

Uno de los problemas a los que al principio se enfrentó el sistema de copyright era que los distintos tipos de obras con copyright tenían que marcarse de maneras distintas. No estaba claro cómo o dónde había de marcarse una estatua, o un disco, o una película. Un nuevo requisito a la hora de marcar las obras podría resolver estos problemas al reconocer las diferencias entre los medios de expresión y al permitir que el sistema de marca evolucione conforme las tecnologías se lo permitan. El sistema podría permitir una señal especial por el olvido a la hora de marcar la obra —no la pérdida de copyright, sino la pérdida del derecho de castigar a alguien por el olvido de pedir permiso para usar la obra antes de hacerlo.

Empecemos por este último punto. Si el dueño de un copyright permite que su obra se publique sin un aviso de copyright, la consecuencia de ese olvido no ha de ser la pérdida de copyright. La consecuencia podría ser, por el contrario, que cualquiera tenga el derecho a usar esta obra, hasta que el dueño del copyright se queje y demuestre que esa obra es suya y que no da permiso.⁶ El significado de una obra no marcada sería por tanto «úsala a menos que alguien se queje». Si alguien se queja, entonces la obligación sería dejar de usar la obra en cualquier creación nueva a partir de entonces, pero no se impondría ninguna pena a los usos llevados a cabo hasta ese momento. Esto crearía un fuerte incentivo para que los dueños de copyright marcasen sus obras.

⁶ Habría una complicación con las obras derivadas que no he resuelto. En mi opinión, la ley de obras derivadas genera un sistema más complicado que lo que justifican los incentivos marginales que a su vez crea.

Lo cual a su vez implica la cuestión de cuál es la mejor manera de marcar una obra. Aquí, de nuevo, el sistema necesita ajustarse conforme evolucionen las tecnologías. La mejor forma de asegurarse que el sistema evoluciona es limitar el papel de la Oficina de Copyright a la aprobación de estándares para marcar contenidos y que el marcado se produzca luego en otro sitio.

Por ejemplo, si una asociación de discográficas diseña un método para marcar CDs, se la propondría a la Oficina de Copyright. La Oficina de Copyright tendría una vista, en la cual podrían hacerse otras propuestas. La Oficina del Copyright escogería entonces la propuesta que juzgara preferible a las otras y basaría esta elección *únicamente* en la consideración de qué método podría integrarse mejor en el sistema de registro y renovación. No podemos contar con el gobierno para que innove; pero podemos contar con el gobierno para que mantenga los productos de la innovación en armonía con sus otras funciones importantes.

Finalmente, marcar claramente los contenidos simplificaría los requisitos de registro. Si las fotografías fueran marcadas por autor y año, habría pocos motivos para, por ejemplo, permitir que un fotógrafo volviera a registrar, de golpe, todas las fotografías tomadas en un determinado año. La meta de esta formalidad no es imponerle una carga al creador; el sistema mismo debería ser tan simple como fuera posible.

El objetivo de las formalidades es dejar las cosas claras. El sistema existente no hace nada para dejar las cosas claras. De hecho, parece diseñado para no hacerlo.

Si se volvieran a instaurar formalidades como el registro, se eliminaría uno de los aspectos más difíciles de basarse en el dominio público. Sería sencillo identificar qué contenidos son presuntamente libres; sería sencillo identificar quién controla los derechos de un determinado tipo de contenidos; sería sencillo hacer valer estos derechos y renovar esta reclamación cuando llegara el momento.

2. Plazos más cortos

El plazo del copyright ha ido creciendo de catorce años a noventa y cinco para autores corporativos, y la vida de los autores más setenta años para los autores naturales.

En *The Future of Ideas* propuse un plazo de setenta y cinco años, concedido en incrementos de cinco años con el requisito de renovarlos cada cinco años. Eso pareció radical en su momento. Pero después de que perdimos

Eldred contra Ashcroft, las propuestas se hicieron aún más radicales. *The Economist* apoyó una propuesta para un plazo de catorce años.⁷ Otros han propuesto ligar el plazo al plazo de las patentes.

Estoy de acuerdo con aquellos que creen que necesitamos un cambio en los plazos del copyright. Pero ya sean catorce o setenta y cinco, hay cuatro principios que debemos tener en mente en relación con los plazos de copyright.

1. *Que sea corto*. El plazo debería ser tan largo como sea preciso para proporcionar incentivos a la hora de crear, pero no más. Si quedara ligado a fuertes protecciones para los autores (de manera que los autores pudieran reclamar derechos de los editores), los derechos a la misma obra (no las obras derivadas) podrían extenderse más. La clave es no atar la obra con regulaciones legales cuando ya no beneficia a su autor.
2. *Que sea sencillo*. La línea entre el dominio público y el contenido protegido debe quedar clara. A los abogados les gusta la indefinición del «*fair use*» y las distinciones entre «ideas» y «expresión». Ese tipo de leyes les proporciona mucho trabajo. Pero nuestros legisladores tenían una idea más sencilla: protegido frente a no protegido. El valor de los plazos más cortos es que hay poca necesidad de insertar excepciones en el copyright cuando el propio plazo es corto. Una «zona libre de abogados» que sea clara y activa hace que sea menos necesario navegar en torno a las complejidades del «*fair use*» o de «idea/expresión».
3. *Que esté vivo*. Se debería tener que renovar el copyright. Especialmente si el plazo máximo es largo, se debería obligar al dueño a que señale periódicamente que quiere que la protección continúe. Esta necesidad no tendría por qué ser una carga onerosa, pero no hay razón para que esta protección del monopolio sea gratuita. De media, a un veterano le lleva noventa minutos solicitar una pensión.⁸ Si hacemos que los veteranos sufran esa carga, no veo por qué no habríamos de exigirles a los autores que dediquen diez minutos cada cincuenta años a rellenar un único formulario.
4. *Que anticipe el futuro*. Sea cual sea el plazo del copyright, la lección más clara que enseñan los economistas es que el plazo no debe extenderse una vez dado. Puede que haya sido un error legal que en 1923 se otorgase sólo un plazo de cincuenta y seis años. Yo no lo creo, pero es posible. Si fue un error, la consecuencia entonces es que tenemos

⁷ «A Radical Rethink», *Economist*, 366: 8308 (25 de enero de 2003), p. 15, disponible en el enlace #74.

⁸ Department of Veterans Affairs, Veteran's Application for Compensation and/or Pension, VA Form 21-526 (OMB Approved No. 2900-0001), disponible en el enlace #75.

menos autores que crearon en 1923 de los que tendríamos de otra manera. Pero no podemos corregir ese error extendiendo hoy el plazo. Hagamos lo que hagamos hoy, no incrementaremos el número de autores que escribían en 1923. Por supuesto, podemos incrementar las retribuciones para aquellos que escriben hoy en día (o, alternativamente, podemos incrementar la carga del copyright que asfixia muchas obras que son hoy invisibles). Pero incrementar su recompensa no incrementará la creatividad en 1923. Lo que no se ha hecho no se ha hecho y ya no hay nada que podamos hacer ahora.

Juntos, estos cambios deberían producir un plazo *medio* de copyright que sea muchísimo más corto que el actual. Hasta 1976, el plazo medio era solamente de treinta y dos años y medio. Lo mismo que deberíamos tener como meta.

Sin duda los extremistas llamarán «radicales» a estas ideas. (Después de todo, yo los llamo «extremistas»). Pero, de nuevo, el plazo que recomiendo es más largo que el plazo bajo Richard Nixon. ¿Cuán «radical» puede ser pedir una ley de copyright más generosa que la existente cuando Nixon era presidente?

3. Uso libre frente a *fair use*

Como ya observé al principio de este libro, las leyes de la propiedad intelectual concedieron originalmente a los dueños de esta propiedad el derecho a controlarla desde el suelo hasta los cielos. Entonces llegó el avión. La gama de derechos de propiedad cambió rápidamente. No hubo jaleo, ni reto a la Constitución. Ya no tenía sentido conceder tanto control, dada la aparición de esa nueva tecnología.

Nuestra Constitución otorga al Congreso el poder de conceder a los autores «derechos exclusivos» sobre «sus escritos». El Congreso ha dado a los autores un derecho exclusivo sobre «sus escritos», además de cualquier escrito derivado (hecho por otros) que esté lo suficientemente cerca de la obra original del autor. De manera que, si yo escribo un libro y basas una película en ese libro, tengo el poder de negarte el derecho a difundirla, incluso cuando ésta no es parte de «mis escritos».

El Congreso concedió lo que son los principios de este derecho en 1870, cuando expandió los derechos exclusivos del copyright para incluir el derecho a controlar las traducciones y dramatizaciones de una obra.⁹ Lentamente,

⁹ Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright*, Nueva York, Columbia University Press, 1967, 32.

desde entonces los tribunales lo han expandido mediante interpretaciones judiciales. Esta expansión ha recibido el comentario de uno de los grandes jueces de esta ley, Benjamin Kaplan.

Hemos llegado a estar tan habituados a la extensión del monopolio a una amplia gama de las así llamadas obras derivadas, que ya no percibimos lo extraño que es aceptar semejante crecimiento del copyright mientras todavía entonamos el abracadabra de idea y expresión.¹⁰

Creo que es hora de reconocer que hay aviones que sobrevuelan sobre este terreno y que la expansividad de estos derechos de uso derivado ya no tiene sentido. De un modo más preciso, no tienen sentido para el periodo de tiempo por el que rige el copyright. Y no tiene sentido como una concesión amorfa. Consideremos cada limitación una a una.

Plazo. Si el Congreso quiere conceder un derecho derivado, entonces ese derecho debería ser por un plazo mucho más corto. Tiene sentido proteger el derecho de John Grisham a vender los derechos cinematográficos de su última novela (o al menos estoy dispuesto a admitir que tiene sentido); pero no lo tiene el que ese derecho rija por el mismo plazo que el copyright subyacente. El derecho derivado podría ser importante para animar la creatividad; una vez que la obra esta hecha, no tiene importancia durante demasiado tiempo.

Ámbito. De la misma manera, debería estrecharse el ámbito de los derechos sobre obras derivadas. De nuevo, hay algunos casos en los que los derechos derivados son importantes. Éstos deberían ser especificados. Pero la ley debería dibujar fronteras claras entre los usos regulados y no regulados de los materiales con copyright. Cuando toda «reutilización» de material creativo estaba bajo control de las distintas compañías, quizás tenía sentido pedir que los abogados negociaran las distintas fronteras de uso. Pero ya no tiene sentido que los abogados negocien estas últimas. Pensemos en todas las posibilidades creativas que nos permiten las tecnologías digitales; imaginemos ahora que echamos melaza a las máquinas. Esto es lo que los requisitos generales de permisos provocan en el proceso creativo. Lo asfixian.

Ésta es el problema que dejó claro Alben cuando describió la creación del CD de Clint Eastwood. Si bien tiene sentido exigir negociaciones por anticipado para los derechos derivados —convertir un libro en una película o un poema en una partitura— no tiene sentido exigir negociaciones para lo imposible de prever. Un derecho estatutario habría tenido aquí mucho más sentido.

⁶ *Ibidem*, p. 56.

En cada uno de estos casos, las leyes deberían marcar los usos que están protegidos, y la suposición general debería ser que los demás usos no lo están. Esto es justo lo contrario de lo que recomienda mi colega Paul Goldstein.¹¹ Su opinión es que las leyes deberían escribirse de manera que la expansión de las protecciones siga la expansión de los usos.

El análisis de Goldstein tendría todo el sentido del mundo si los costes del sistema legal fueran pequeños. Pero tal y como estamos ahora viendo en el contexto de Internet, la incertidumbre por lo que respecta al espectro de protecciones, combinada con un fuerte copyright, debilita el proceso de innovación.

Las leyes podrían remediar este problema, ya sea eliminando la protección más allá de los términos explicitados, ya sea concediendo derechos de reutilización bajo ciertas condiciones estatutarias. En cualquiera de los dos casos, el efecto sería la liberación de un gran volumen de cultura para que otros la cultivaran. Bajo un régimen de derechos estatutarios, esa reutilización proporcionaría más ingresos a los artistas.

4. Liberen la música —de nuevo

La batalla que comenzó toda esta guerra fue en torno a la música, de manera que no sería justo terminar este libro sin estudiar la cuestión que —para la mayoría de la gente, es más apremiante: la música. No hay ninguna otra cuestión referida a las normativas que nos enseñe mejor la lección de este libro, que las batallas en torno al fenómeno de compartir música.

El atractivo de compartir archivos musicales fue el crack cocaínico del crecimiento de Internet. Impulsó la demanda de accesos más poderosos a Internet mucho más que cualquier otra aplicación. Fue la *killer application* de Internet —probablemente en ambos sentidos de la palabra. Sin duda fue la aplicación que impulsó la demanda de ancho de banda. También puede que sea la aplicación que impulse la demanda de regulaciones que, al final, acaben matando la innovación en la Red.

El propósito del copyright, con respecto a los contenidos en general y la música en particular, es crear incentivos para que se componga, interprete y, de un modo más importante, se difunda la música. Las leyes logran esto

¹¹ Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford, Stanford University Press, 2003, pp. 187-216.

otorgando al compositor un derecho exclusivo para que controle las interpretaciones de sus obras y a los intérpretes para que controlen las copias de estas mismas interpretaciones.

Las redes de intercambio de archivos complican este modelo al permitir la difusión de contenidos por los que no se ha pagado al intérprete. Pero, por supuesto, esto no es todo lo que hacen estas redes. Tal y como describí en el capítulo 5, permiten cuatro modalidades distintas de compartir:

- A. Hay quien las usa como un sustituto de la compra de CDs.
- B. También hay quien las usa para escuchar partes de CDs antes de comprarlos.
- C. Hay muchos que usan estas redes para acceder a contenidos que ya no se venden pero que están todavía bajo copyright o que serían demasiado complicados de comprar fuera de la Red.
- D. Hay muchos que usan estas redes para acceder a contenidos que no tienen copyright o para obtener un acceso respaldado por el mismo dueño del copyright.

Cualquier reforma de las leyes necesita enfocar cada uno de estos cuatro usos. Debe evitar poner cargas sobre los hombros del tipo D, incluso si busca eliminar el tipo A. El entusiasmo con el que las leyes persiguen eliminar al tipo A, además, debe depender de la magnitud del tipo B. Igual que ocurrió con los reproductores de video, si el efecto neto de compartir no hace verdaderamente mucho daño, la necesidad de regular queda disminuida de un modo significativo.

Sin embargo, hay un hecho crucial acerca del contexto tecnológico actual que debemos tener en cuenta si queremos comprender de qué manera deberían responder las leyes.

Hoy en día compartir ficheros es adictivo. En diez años no lo será. Hoy en día, es adictivo porque es la forma más fácil de acceder a una gran gama de contenidos. No será la forma más fácil dentro de diez años. Hoy en día el acceso a Internet es engorroso y lento —en EE.UU. tenemos la suerte de disfrutar un servicio de banda ancha de 1.5 Mb/s y raramente obtenemos un servicio que esté por encima o por debajo de esa velocidad. Aunque el acceso inalámbrico está creciendo, la mayoría de nosotros todavía nos conectamos por medio de cables. La mayoría sólo nos conectamos a través de una máquina con un teclado. La idea de estar siempre ahí, de estar siempre conectados a Internet, es esencialmente sólo una idea.

Pero se hará realidad y eso significa que la forma en la que accedemos a Internet hoy en día es una tecnología en estado de transición. Los legisladores no deberían diseñar normativas a partir de una tecnología en transición. Deberían diseñarlas sobre la base de lo que será la tecnología en un futuro. La pregunta no debería ser: ¿cómo deberían regular las leyes este mundo? La pregunta debería ser: ¿qué leyes exigiremos cuando la Red se convierta en lo que claramente se está convirtiendo? Se trata de una Red en la que cada máquina alimentada por electricidad está esencialmente conectada a la propia Red; en la que, da igual dónde estés —excepto tal vez en el Desierto o las Montañas Rocosas—, te puedes conectar instantáneamente a Internet. Imaginemos una Internet tan ubicua como el mejor servicio de telefonía móvil, en la que, con pulsar un botón ya estás conectado.

En ese mundo será extremadamente fácil conectarse a servicios que te den sin más acceso a contenidos —tales como la radio digital, contenidos que son proporcionados al usuario cuando éste los pide. He aquí, entonces, la cuestión fundamental: cuando es *extremadamente fácil* conectarse a servicios que den acceso a contenidos, será *más fácil* conectarse a servicios que te den acceso a contenidos de descarga y almacenar contenidos *en la multitud de dispositivos de reproducción que tendrás a tu disposición*. En otras palabras, será más fácil, suscribirse que convertirse en el administrador de una base de datos, que es precisamente lo que es cualquiera que opere en el mundo del intercambio de archivos por medio de las tecnologías inspiradas en Napster. Los servicios de contenidos competirán con el intercambio de contenidos, incluso si estos servicios cobran por el contenido al que dan acceso. Ya hay servicios de telefonía móvil en Japón que ofrecen música (por una tarifa) a través de los teléfonos móviles (mejorados con auriculares para móviles). Los japoneses están pagando por estos contenidos incluso si se trata de contenidos «gratuitos» en la Red en forma de MP3s.¹²

Este argumento acerca del futuro pretende ofrecer una cierta perspectiva sobre el presente: es enfáticamente temporal. El «problema» con el intercambio de archivos —en la medida en la que hay un problema real— es un problema que irá desapareciendo conforme sea más fácil conectarse a Internet. Y, por lo tanto, es un error extraordinario que los legisladores de hoy «resuelvan» este asunto a la luz de una tecnología que mañana habrá desaparecido. La cuestión no debería ser cómo regular Internet para eliminar el intercambio de archivos (la Red resolverá ese problema, eliminándolo). La cuestión, por el contrario, debería ser cómo asegurar que se pague a los artistas durante esta transición entre modelos de negocio del siglo XX y tecnologías del siglo XXI.

¹² Véase, por ejemplo, «Music Media Watch», The J@pan Inc. Newsletter, 3 de abril de 2002, disponible en el enlace #76.

La respuesta comienza por reconocer que hay diferentes «problemas» que resolver. Empecemos por los contenidos tipo D — contenidos sin copyright o contenidos con copyright que los artistas quieren que se compartan. El «problema» con estos contenidos es asegurar que no se ilegalice la tecnología que permite este tipo de intercambio. Pensémoslo de esta manera: los teléfonos públicos pueden usarse para exigir el rescate en un secuestro, sin duda. Pero hay muchos que necesitan usar teléfonos públicos que no tienen nada que ver con ningún rescate. Sería un error prohibir los teléfonos públicos para eliminar los secuestros.

Los contenidos de tipo C presentan un «problema» diferente. Este contenido que fue una vez publicado y que ya no está disponible. Puede que sea imposible de encontrar porque el artista ya no es suficientemente valorado en su discográfica como para mantener su obra en el catálogo. O puede que esto ocurra porque la obra haya caído en el olvido. En cualquier caso, el propósito de las leyes debería ser facilitar el acceso a estos contenidos, idealmente de un modo que implique alguna retribución para el artista.

De nuevo, el modelo podría ser el de la librería de segunda mano. Una vez que un libro deja de imprimirse está todavía disponible en bibliotecas y en librerías de segunda mano. Pero las bibliotecas y las librerías de segunda mano no le pagan nada al dueño del copyright cuando alguien lee un libro o compra un ejemplar de una obra descatalogada. Esto tiene todo el sentido del mundo, por supuesto, ya que cualquier otro sistema sería tan complicado y con una carga tan grande que eliminaría la mera posibilidad de que hubiera librerías de segunda mano. Pero desde el punto de vista del autor esta forma de «compartir» sus contenidos sin que se le retribuya a cambio no es exactamente la mejor.

El modelo de las librerías de segunda mano sugiere que las leyes podrían considerar simplemente que la música descatalogada es un objeto legítimo para este sistema. Si la discográfica no pone a la venta copias de esta música, entonces proveedores comerciales y no comerciales, bajo estas normas, tendrán la libertad de «compartir» esos contenidos, incluso si compartirlos implica hacer una copia. En este caso la copia sería una incidencia de la distribución musical; en un contexto en el que ha terminado la publicación comercial, ofrecer y obtener música sería tan libre como hacerlo con libros.

De un modo alternativo, las leyes podrían crear una licencia estatutaria que asegurase que los artistas reciben algo del comercio con su música. Por ejemplo, si la ley instituye una tarifa estatutaria baja por compartir comercialmente contenidos que ya no están a la venta, por parte de una discográfica, y si se transfiriese —automáticamente a un fondo en beneficio del artista, entonces se podrían desarrollar empresas en torno a la idea de comerciar con estos contenidos, y los artistas se beneficiarían de este negocio.

Este sistema crearía también un incentivo para que las discográficas mantuvieran sus obras disponibles comercialmente. Las obras que estuvieran disponibles comercialmente no estarían sujetas a esta licencia. Por lo tanto,

las discográficas podrían proteger el derecho a cobrar lo que quieran por sus contenidos siempre y cuando mantengan su disponibilidad comercial. Pero si no lo hacen, mientras que, por el contrario, son mantenidos vivos en los discos duros de fans de todo el mundo, entonces el importe de los derechos que hubiera que pagar por una copia debería ser mucho menor que el debido a una discográfica.

El caso más difícil es el de los contenidos del tipo A y B y, de nuevo, este caso es difícil solamente porque la dimensión del problema cambiará con el tiempo, conforme cambien las tecnologías de acceso a contenidos. La solución propuesta por las leyes debería ser tan flexible como el problema mismo, demostrando que se entiende que estamos en medio de una transformación radical de la tecnología para distribuir y acceder a contenidos.

De manera que he aquí una solución que al principio les parecerá muy extraña a ambos bandos, pero que tras una cierta reflexión, creo que podría tener sentido.

Si le quitamos toda esa retórica acerca de la santidad de la propiedad, la reclamación básica de la industria de contenidos es ésta: una nueva tecnología (Internet) ha dañado una serie de derechos que aseguran el copyright. Si se ha de proteger esos derechos, entonces la industria de contenidos debe ser compensada por estos daños. Del mismo modo que la tecnología del tabaco dañó la salud de millones de estadounidenses, o que la tecnología del amianto provocó graves enfermedades a miles de mineros, la tecnología de las redes digitales ha dañado los intereses de la industria de contenidos.

Amo Internet y por lo tanto no me gusta que la comparen con el tabaco o con el amianto. Pero la analogía es justa desde el punto de vista de la ley. Y sugiere una respuesta justa: antes que buscar destruir Internet o las tecnologías p2p que están dañando a los proveedores de contenidos deberíamos buscar una forma relativamente sencilla de compensar a aquellos que reciben este daño.

La idea podría ser una modificación de una propuesta que hizo circular William Fisher, profesor de derecho en Harvard.¹³ Fisher sugiere una forma muy ingeniosa para desbloquear el debate sobre Internet. De acuerdo con su

¹³ William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (revisado por última vez el 10 de octubre de 2000), disponible en el enlace #77; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (de próxima aparición), Stanford, Stanford University Press, 2004, capítulo 6, disponible en el enlace #78. El profesor Netanel ha propuesto una idea relacionada, que dejaría el intercambio no comercial fuera del alcance del copyright y que establecería una compensación a los artistas para equilibrar cualquier pérdida. Véase Neil Weinstock Netanel, «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing», disponible en el enlace #79. Para otras propuestas, véase Lawrence Lessig, «Who's Holding Back Broadband?» *Washington Post*, 8 de enero de 2002, A17; Philip S. Corwin en nombre de Sharman Networks, A Letter to Senator Joseph R. Biden, Jr., Chairman of the Senate Foreign

plan, todos los contenidos susceptibles de transmitirse digitalmente serían (1) marcados con una huella digital (no importa lo fácil que sea evitar estas marcas; ya veremos que no hay incentivos para hacerlo). Una vez que los contenidos han sido marcados, los empresarios desarrollarán (2) sistemas que controlen cuántos ejemplares de cada contenido se distribuyeron. A partir de estos números, (3) después se compensará a los artistas. La compensación sería pagada por (4) un impuesto al efecto.

La propuesta de Fisher es cuidadosa y exhaustiva. Da pie a millones de preguntas, la mayoría de las cuales reciben una buena respuesta en su libro de próxima publicación, *Promises to Keep*. La modificación que yo haría es relativamente simple: Fisher imagina que su propuesta reemplazaría el sistema de *copyright* actualmente existente. Yo lo imagino complementándolo. El propósito de su propuesta es facilitar las compensaciones en la medida en que se demuestre que efectivamente ha habido un daño. Estas compensaciones serían temporales y con la intención de facilitar una transición entre regímenes. Y requeriría la renovación después de un cierto periodo de años. Si todavía tiene sentido facilitar el libre intercambio de contenidos, apoyado por medio de un sistema de impuestos, entonces se continuará con él. Si ya no se necesita esta forma de protección, entonces el sistema volverá al viejo modelo de controlar el acceso a contenidos.

Fisher rechazaría con disgusto la idea de permitir que su sistema expire. Su meta no es solamente asegurar que se pague a los artistas, sino asegurar también que el sistema apoya el mayor espectro posible de «democracia semiótica». Pero las metas de la democracia semiótica quedarían satisfechas si se lograran otras modificaciones que ya he descrito —en particular, las relativas a la limitación de los usos derivados. Un sistema que simplemente cobra por el acceso no sería una gran carga para la democracia semiótica si hubiera menos limitaciones a lo que se permite que haga con los contenidos en sí.

Relations Committee, 26 de febrero de 2002, disponible en el enlace #80; Serguei Osokine, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee* (IPUF), 3 de marzo de 2002, disponible en el enlace #81; Jefferson Graham, «Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly», *USA Today*, 13 de mayo de 2002, disponible en el enlace #82; Steven M. Cherry, «Getting Copyright Right», *IEEE Spectrum Online*, 1 de julio de 2002, disponible en el enlace #83; Declan Mc-Cullagh, «Verizon's Copyright Campaign», *CNET News.com*, 27 de agosto de 2002, disponible en el enlace #84.

La propuesta de Fisher es muy similar a la propuesta de Richard Stallman para DAT. A diferencia de la de Fisher, la propuesta de Stallman consiste en pagar a los artistas de un modo directamente proporcional, aunque los artistas más populares recibirían más que los menos populares. Como es típico en Stallman, su propuesta se adelanta al debate actual en algo así como una década. Véase el enlace #85.

Sin duda sería difícil calcular la medida exacta del «daño» provocado a la industria. Pero la dificultad de hacer ese cálculo quedaría más que equilibrada por el beneficio de facilitar la innovación. Este sistema de base de compensación tampoco tendría por qué interferir con propuestas innovadoras como la MusicStore de Apple. Según predijeron los expertos, cuando Apple lanzó su tienda musical *on-line*, podría vencer a lo «gratuito» al ser más fácil de usar que lo gratuito. Lo cual ha resultado ser verdad: Apple ha vendido millones de canciones incluso a un precio tan alto como noventa y nueve centavos la canción (a noventa y nueve centavos, el coste es equivalente al precio de un CD canción a canción, aunque los sellos no tienen que pagar ninguno de los costes de un CD). La maniobra de Apple fue contrarrestada por Real Networks, al ofrecer música a solamente setenta y nueve centavos la canción. Y sin duda habrá mucha más competencia a la hora de ofrecer y vender música por la Red.

Esta competencia ya ha tenido lugar en el marco de la música «gratuita» obtenible por medio de los sistemas p2p. Como han sabido los vendedores de televisión por cable durante treinta años y los vendedores de agua embotellada desde hace mucho más tiempo, no hay absolutamente nada imposible en la «competencia con lo gratuito». De hecho, si hay algo que mencionar es que la competencia incita a los competidores a ofrecer productos nuevos y más baratos. Esto es precisamente de lo que iba el libre mercado. Por lo tanto, en Singapur, aunque la piratería es galopante, los cines son frecuentemente de lujo —con asientos «de primera clase» y comidas servidas mientras ves la película— al tiempo que se esfuerzan y triunfan a la hora de encontrar formas de competir con «lo gratuito».

Este régimen de competencia, con la red de seguridad que confirma que los artistas no salen perdiendo, facilitaría enormemente la innovación en la distribución de contenidos. La competencia haría que el intercambio de tipo A menguase cada vez más. Inspiraría una extraordinaria gama de nuevos innovadores —los cuales tendrían derechos sobre los contenidos y ya no temerían las penas inciertas y bárbaramente severas de la ley.

En resumen, por lo tanto, ésta es mi propuesta:

Internet está en transición. No deberíamos andar regulando una tecnología en transición. Deberíamos, por el contrario, andar regulando las maneras de minimizar los daños a los intereses afectados por este cambio tecnológico, al tiempo que permitimos y animamos la tecnología más eficiente que podamos crear.

Podemos minimizar este daño al tiempo que maximizamos el beneficio para la innovación por medio de:

1. garantizar el derecho a tomar parte en el intercambio de tipo D;
2. permitir que el intercambio no comercial del tipo C sin obligaciones legales y que el intercambio comercial de este tipo se produzca con una tasa baja y fija determinada por un estatuto;
3. mientras estamos en esta transición, recaudar impuestos y ofrecer compensaciones para el intercambio de tipo A, en la medida en que se demuestre un daño real.

Pero ¿y si la «piratería» no desaparece? ¿Y si hay un mercado competitivo que ofrece contenidos a precios bajos, pero un número significativo de consumidores continúa «tomando» contenidos a cambio de nada? ¿Deberían entonces las leyes hacer algo?

Sí, deberían. Pero, de nuevo, lo que se debería hacer depende de cómo se desarrolla la situación. Estos cambios puede que no eliminen el intercambio del tipo A. Pero la verdadera cuestión no es si eliminan el intercambio en abstracto. La verdadera cuestión es su efecto en el mercado. ¿Es mejor (a) tener una tecnología que es segura en un 95% y que produce un mercado de un tamaño x , o (b) tener una tecnología que es segura en un 50% pero que produce un mercado del tamaño de cinco veces x ? Menos seguridad puede producir más intercambio sin autorización, pero es probable que también produzca un mercado mucho mayor de intercambio autorizado. La cosa más importante es asegurar las compensaciones a los artistas sin romper Internet. Una vez que se ha asegurado eso, entonces será el momento de encontrar maneras de ir detrás de los pequeños piratas.

Pero nos queda mucho para reducir el problema a este subconjunto del tipo A. Y nuestro centro de atención hasta que llegemos allí no debería ser buscar maneras de romper Internet. Nuestro centro de atención debe ser asegurar que se les paga a los artistas, al tiempo que protegemos ese espacio para la innovación y la creatividad que es Internet.

5. Despedir a un montón de abogados

Yo soy abogado. Me gano la vida formando abogados. Creo en las leyes. Creo en la ley de copyright. De hecho, he dedicado mi vida a trabajar en el campo del derecho, no porque al final haya aquí mucho dinero, sino porque hay ideales con los que me encantaría vivir.

Sin embargo, gran parte de este libro es una crítica a los abogados o al papel que los abogados han tenido en este debate. La ley habla de ideales, pero en mi opinión nuestra profesión ha llegado a sintonizar demasiado con

los clientes. Y en un mundo en el que los clientes ricos tienen una opinión muy firme, la falta de voluntad a la hora de cuestionar esta opinión o contrarrestarla con otras desvirtúa las leyes.

La prueba de esta desviación es convincente. Muchos en mi profesión me atacan tachándome de «radical» y sin embargo las posturas que defendiendo son precisamente las posturas de algunas de las figuras más moderadas y significativas en la historia de esta rama del derecho. Muchos, por ejemplo, piensan que es una locura que desafieemos la Ley de extensión del plazo del copyright. Y sin embargo hace treinta años, al estudioso y practicante más prominente en el campo del copyright, Melville Nimmer, le pareció algo obvio.¹⁴

No obstante, mi crítica al papel que los abogados han tenido en este debate no concierne solamente a la ausencia de imparcialidad profesional. Trata, de un modo más importante, acerca de nuestro fracaso a la hora de medir los costes de la ley.

Se supone que los economistas han de ser buenos en calcular costes y beneficios. Pero en la mayoría de los casos, los economistas, sin tener ni idea de como funciona de verdad el sistema legal, asumen que los costes del sistema son pequeños.¹⁵ Consideran un sistema que ha estado funcionando durante cientos de años y asumen que funciona de la misma forma en la que se lo enseñaron en su clase de Educación Cívica en la escuela primaria.

Pero el sistema legal no funciona. O, por decirlo con mayor exactitud, no funciona para nadie excepto para aquellos que tienen el máximo de recursos. No porque el sistema esté corrompido. No creo en absoluto que nuestro sistema legal (al menos a nivel federal) esté corrompido. Quiero decir, simplemente, que debido a que los costes son tan asombrosamente altos, prácticamente nunca puede conseguirse justicia alguna.

¹⁴ Lawrence Lessig, «Copyright's First Amendment» (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review* 48 (2001), pp. 1057 y 1069-70.

¹⁵ Un buen ejemplo es la obra del profesor Stan Liebowitz. Hay que alabar a Liebowitz por su cuidadoso repaso de los datos sobre violación de copyright, lo que le llevó —en dos ocasiones— a cuestionar su propia posición, formulada públicamente. Inicialmente predijo que las descargas perjudicarían sustancialmente a la industria. Después revisó esta opinión a la luz de los datos, y desde entonces ha vuelto a revisar su posición otra vez más. Compárese Stan J. Liebowitz, *Rethinking the Network Economy: The True Forces That Drive the Digital Marketplace*, Nueva York, Amacom, 2002, p. 173 (repasando su opinión original, pero expresando escepticismo) con Stan J. Liebowitz, «Will MP3s Annihilate the Record Industry?» documento de trabajo, junio de 2003, disponible en el enlace #86.

El cuidadoso análisis de Liebowitz es extremadamente valioso a la hora de calcular el efecto de la tecnología de intercambio de ficheros. En mi opinión, sin embargo, minimiza los costes del sistema legal. Véase, por ejemplo, *Rethinking*, pp. 174-176.

Estos costes distorsionan de muchas maneras la cultura libre. En los bufetes más importantes la hora de abogado supera los cuatrocientos dólares. ¿Cuánto tiempo puede dedicar un abogado semejante a leer casos con cuidado o a investigar oscuras líneas de jurisprudencia? La respuesta es la realidad cada vez frecuente: muy poco. Las leyes dependen de la articulación cuidadosa y del desarrollo de una doctrina legal, pero todo esto depende de una labor también cuidadosa. Y sin embargo esa cuidadosa labor cuesta demasiado, excepto en los casos más caros y de mayor visibilidad.

El alto precio, la torpeza y la arbitrariedad de este sistema se ríen de nuestra tradición. Y los abogados, igual que los académicos, deberían considerar que su deber es cambiar la forma en que las leyes funcionan —o mejor, cambiar las leyes de modo que funcionen. No es bueno que el sistema funcione bien sólo para el 1% de los clientes. Se podría hacer que la ley fuera radicalmente más eficiente y menos costosa, y por lo tanto radicalmente más justa.

Pero hasta que se haya completado esa reforma, nosotros como sociedad debemos mantener las leyes bien lejos de áreas en las que sabemos que sólo produce daños. Y eso es precisamente lo que las leyes harán con demasiada frecuencia si una parte excesivamente grande de nuestra cultura se abandona a su escrutinio.

Piensa en todas las cosas que tu podría hacer o construirhijo con la tecnología digital —cine, música, páginas web, blogs. O piensa en todas las cosas que tu comunidad podría facilitar con la tecnología digital —un wiki, *barn raisings* o fiestas para ayudar a un vecino, activismo con el fin de cambiar algo. Piensa en todas estas cosas creativas y luego piensa en melaza fría derramada sobre las máquinas. Esto es lo que produce cualquier régimen que exija permiso. Por decirlo otra vez, ésta es la realidad de la Rusia de Breznev.

Las leyes deberían regular ciertas áreas de la cultura —pero deberían regular la cultura solamente allí donde la regulación produce algo bueno. Y sin embargo los abogados raramente examinan su poder, o el poder que promueven, a la luz de esta sencilla pregunta pragmática: «¿Producirá algo bueno?» Cuando se los desafía en relación al creciente ámbito de acción de las leyes, responden «¿por qué no?»

Deberíamos preguntar «¿por qué?» Demuéstrame que hace falta regulación de la cultura. Demuéstrame que produce un bien. Y mientras no puedas demostrarme estas dos cosas que tus abogados no se acerquen.

Agradecimientos

ESTE LIBRO ES el producto de una larga y de momento infructuosa lucha que comenzó cuando empecé a leer algunas cosas sobre la guerra de Eric Eldred con el fin de mantener libres los libros. El trabajo de Eldred ayudó a lanzar un movimiento, el movimiento por la cultura libre, y es a él a quien está dedicado este libro.

He recibido consejos en varios sitios de amigos y académicos, incluyendo a Glenn Brown, Peter DiCola, Jennifer Mnookin, Richard Posner, Mark Rose y Kathleen Sullivan. Y he recibido correcciones y consejos de muchos estudiantes extraordinarios de la escuela de derecho de Stanford y de la universidad de Stanford. Estos incluyen a Andrew B. Coan, John Eden, James P. Fellers, Christopher Guzelian, Erica Goldberg, Robert Hallman, Andrew Harris, Matthew Kahn, Brian Link, Ohad Mayblum, Alina Ng y Erica Platt . Estoy particularmente agradecido a Catherine Crup y a Harry Surden, quienes ayudaron a dirigir su investigación, y a Laura Lynch, quien dirigió brillantemente al ejército que reunieron y quien proporcionó su propio ojo crítico a mucho de lo que aquí hay.

Yuko Noguchi me ayudó a comprender las leyes de Japón así como su cultura. Le estoy muy agradecido, a él y a los muchos que en Japón me ayudaron a preparar este libro: Joi Ito, Takayuki Matsutani, Naoto Misaki, Michihiro Sasaki, Hiromichi Tanaka, Hiroo Yamagata y Yoshihiro Yonezawa. También le estoy agradecido al profesor Nobuhiro Nakayam y al Centro de Derecho Comercial de la Universidad de Tokio, por darme la oportunidad de pasar tiempo en Japón, y a Tadashi Shiraishi y a Kiyokazu Yamagami por su generosa ayuda mientras estaba allí.

Estos son las típicas formas de ayuda en las que se basa un profesor universitario. Pero además de ellos, Internet ha hecho posible recibir consejo y correcciones de muchos a los que nunca he conocido personalmente. Entre

aquellos que han respondido con consejos extremadamente útiles a las peticiones en mi blog para este libro se hallan el Dr. Mohammad Al-Ubaydli, David Gerstein y Peter DiMauro, así como una larga lista de aquellos que tenían ideas específicas sobre maneras de desarrollar mis argumentos. Estos incluyen a Richard Bondi, Steven Cherry, David Coe, Nik Cubrilovic, Bob Devine, Charles Eicher, Thomas Guida, Elihu M. Gerson, Jeremy Hunsinger, Vaughn Iverson, John Karabaic, Jeff Keltner, James Lindenschmidt, K. L. Mann, Mark Manning, Nora McCauley, Jeffrey McHugh, Evan McMullen, Fred Norton, John Pormann, Pedro A. D. Rezende, Shabbir Safdar, Saul Schleimer, Clay Shirky, Adam Shostack, Kragen Sitaker, Chris Smith, Bruce Steinberg, Andrzej Jan Taramina, Sean Walsh, Matt Wasserman, Miljenko Williams, «Wink», Roger Wood, «Ximbo da Jazz» y Richard Yanco. (Mis disculpas si dejo a alguien fuera; con los ordenadores vienen los errores, y el colapso de mi sistema de e-mail significó que perdí un montón de buenos comentarios).

Richard Stallman y Michael Carroll leyeron el borrador del libro entero y cada uno proporcionó correcciones y consejos extremadamente útiles. Michael me ayudó a ver más claramente el significado de la regulación de obras derivadas. Y Richard corrigió un número vergonzosamente alto de errores. Si bien mi trabajo está inspirado en parte en el de Stallman, no está de acuerdo conmigo en algunos puntos importantes que desarrolló a lo largo de todo este libro.

Finalmente, y para siempre, le estoy agradecido a Bettina, que siempre ha insistido en que habría una felicidad ilimitada lejos de estas batallas, y siempre ha tenido la razón. Éste mal estudiante está, como siempre, agradecido por su paciencia y amor perpetuos.

Sobre el autor

LAWRENCE LESSIG (<http://www.lessig.org>), catedrático de derecho y Profesor Emérito Universitario John A. Wilson en la Facultad de Derecho de Stanford, es el fundador del Stanford Center for Internet and Society y es presidente de Creative Commons (<http://creativecommons.org>). Autor de *The Future of Ideas* (Random House, 2001) y *El código y otras leyes del ciberespacio* (Taurus, 2002), Lessig es miembro de los consejos directivos de la Public Library of Science, la Electronic Frontier Foundation y de Public Knowledge. Fue ganador del premio de la Free Software Foundation por el Avance del Software Libre, incluido dos veces entre los «e.biz 25» de *BusinessWeek*, y nombrado uno de los «cincuenta visionarios» de la *Scientific American*. Graduado de la Universidad de Pennsylvania, la Universidad de Cambridge y la Escuela de Derecho de Yale, Lessig fue escribano del Juez Richard Posner en el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito.

