

## Parte II: Propiedad

LOS GUERREROS DEL copyright tienen razón: el copyright es un tipo de propiedad. Se puede poseer y se puede vender, y las leyes protegen contra su robo. Habitualmente, el dueño de copyright obtiene el precio que desea por él. Los mercados calculan la oferta y la demanda que parcialmente determina el precio que puede conseguir.

Pero en el lenguaje normal, llamar al copyright «propiedad» induce un poco de confusión, ya que la propiedad del copyright es un tipo de propiedad extraño. De hecho, la idea misma de propiedad sobre una idea o cualquier expresión es muy extraña. Entiendo lo que estoy tomando cuando cojo una mesa de picnic y la pongo en el patio. Estoy tomando una cosa, la mesa, y después de tomarla tú ya no la tienes. Pero ¿qué estoy tomando cuando tomo la buena *idea* que tuviste al poner la mesa en el patio —al, por ejemplo, ir a Sears, comprar una mesa, y ponerla en mi patio? Entonces, ¿qué estoy tomando?

El asunto no radica en la materialidad de las mesas de picnic en comparación con las ideas, aunque ésa sea una diferencia importante. El asunto es, por el contrario, que en el caso habitual —de hecho, en prácticamente cualquier caso excepto en una reducida gama de excepciones— las ideas que se hacen públicas son libres. No te quito nada cuando copio tu

forma de vestir —aunque podría parecer raro que lo hiciera cada día, y especialmente raro si eres una mujer. Por el contrario, como dijo Thomas Jefferson (algo que es especialmente cierto cuando copio la forma en la que viste otra persona), «quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía; igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin que yo me quede a oscuras».<sup>1</sup> Las excepciones al uso libre son ideas y expresiones dentro del alcance de las leyes de patentes y de copyright, y otros dominios que no discutiré aquí. Lo que dice la ley en este ámbito es que no puedes coger mi idea o expresión sin mi permiso: las leyes convierten lo intangible en una propiedad.

Pero cuánto, y hasta qué punto, y de qué manera —en otras palabras, los detalles— importan. Para comprender bien como emerge esta práctica que convierte lo intangible en propiedad, necesitamos emplazar la «propiedad» en el contexto adecuado.<sup>2</sup>

Mi propósito al hacer esto será similar al de la parte precedente. Ofrezco cuatro historias que ayudan a poner en contexto la idea de que «los materiales con copyright son propiedad». ¿De dónde viene esta idea? ¿Cuáles son sus límites? ¿Cómo funciona en la práctica? Después de estas historias, el significado de esta afirmación —«los materiales con copyright son propiedad»— estará un poco más claro, y sus implicaciones se revelarán muy diferentes a las implicaciones que los guerreros del copyright quieren que asumamos.

---

<sup>1</sup> Carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson (13 de agosto de 1813) en *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6 (Andrew A. Lipscomb y Albert Ellery Bergh, eds., 1903), pp. 330 y 333-34.

<sup>2</sup> Tal y como los realistas legales enseñaron al derecho estadounidense, todos los derechos de propiedad son intangibles. Un derecho de propiedad es simplemente un derecho que un individuo tiene frente al mundo para hacer o no ciertas cosas que pueden ir unidas o no a un objeto físico. El derecho en sí es intangible, incluso si el objeto al cual está (metafóricamente) unido es tangible. Véase «What Is Property? Putting the Pieces Back Together», *Arizona Law Review* 45 (2003): 373, 429 n, p. 241.

## 6. Fundadores

WILLIAM SHAKESPEARE ESCRIBIÓ *Romeo y Julieta* en 1595. La obra se publicó por primera vez en 1597. Era la undécima obra importante que Shakespeare había escrito. Seguiría escribiendo obras hasta 1613, y las obras que escribió han seguido definiendo la cultura anglo-americana desde entonces. Las obras de un escritor del siglo XVI se han filtrado tan profundamente en nuestra cultura que a menudo ni siquiera reconocemos su fuente. Una vez oí a alguien comentando la adaptación que hizo Kenneth Branagh de *Enrique V*: «Me gustó, pero Shakespeare está lleno de frases hechas».

En 1774, casi 180 años después de que se escribiera *Romeo y Julieta*, muchos pensaban que el «copy-right» de la obra era todavía de derecho exclusivo de un único editor londinense, Jacob Tonson.<sup>1</sup> Tonson era la figura más prominente dentro de un pequeño grupo de editores llamados el Conger<sup>2</sup> que controló el negocio del libro en Inglaterra durante el siglo XVIII. El Conger reclamaba un derecho a perpetuidad a controlar la «copia» de los libros que habían adquirido de los autores. Ese derecho a perpetuidad significaba que nadie más podría publicar copias de un libro del cual ellos tuvieran el copyright. Por lo tanto, los precios de los clásicos se mantenían altos; y se eliminaba la competencia para producir ediciones mejores o más baratas.

---

<sup>1</sup> A Jacob Tonson se le recuerda típicamente por su asociación con prominentes figuras literarias del siglo XVIII, especialmente John Dryden, y por sus hermosas «ediciones definitivas» de obras clásicas. Además de *Romeo y Julieta*, publicó una sorprendente colección de obras que todavía permanecen en el corazón del canon inglés, incluyendo las obras completas de Shakespeare, Ben Jonson, John Milton y John Dryden. Véase Keith Walker, «Jacob Tonson, Bookseller», *American Scholar* 61:3 (1992), pp. 424-31. 3. Como elegantemente argumenta Siva Vaidhyanathan, es erróneo llamar a esto «ley de copy-right». Véase Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, p. 40.

<sup>2</sup> Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, pp. 151-52.

Ahora bien, entorno al año 1774 se da algo desconcertante para cualquiera que sepa algo sobre las leyes de copyright. El año más conocido en la historia del copyright es 1710, el año en que el parlamento británico adoptó la primera ley del «copyright». Conocida como el Estatuto de Ana, la ley declaraba que todas las obras publicadas recibirían un plazo de copyright de catorce años, renovable por una ocasión si el autor estaba vivo, y que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un único plazo de veintiún años adicionales.<sup>3</sup> Bajo esta ley, *Romeo y Julieta* debería haber sido libre en 1731. Así que ¿por qué en 1774 aún había discusión sobre si estaba o no todavía bajo el control de Tonson?

La razón es que los ingleses no se habían puesto de acuerdo todavía sobre lo que era el «copyright» —en realidad, nadie lo había hecho. En la época en la que los ingleses aprobaron el Estatuto de Ana no había ninguna otra legislación que gobernara el copyright. La última ley que regulaba a los editores, la Ley de Licencias de 1662, había expirado en 1695. Esa ley les daba a los editores el monopolio sobre la publicación, como una forma de facilitarle a la Corona el control sobre lo que se publicaba. Pero después de expirar no hubo ninguna ley positiva que dijera que los editores, o «Stationers», tuvieran un derecho exclusivo a imprimir libros.

No había ninguna ley *positiva*, pero eso no quería decir que no hubiera ley. La tradición legal anglo-americana considera tanto la palabra de los legisladores como la palabra de los jueces para conocer las reglas que han de gobernar cómo se comporta la gente. A la palabra de los legisladores las llamamos «derecho positivo». A la palabra de los jueces, «derecho jurisprudencial o jurisprudencia».<sup>4</sup> La jurisprudencia produce el fondo sobre el cual los legisladores legislan; los legisladores, habitualmente, sólo pueden imponerse a ese fondo si aprueban una ley que lo desplace. Y la cuestión real después de que los estatutos de licencias hubieran expirado era si la jurisprudencia existente protegía el copyright, independientemente de cualquier derecho positivo.

Esta cuestión era importante para los editores, o «libreros», como se los llamaba, debido a que existía una competencia creciente por parte de editores extranjeros. Los escoceses en particular estaban publicando y exportando cada vez más libros a Inglaterra. Esa competencia reducía los beneficios

---

<sup>3</sup> Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Nueva York, J. Messner, Inc., 1937, p. 31.

<sup>4</sup> «Common law» en el original. El término puede traducirse como derecho consuetudinario en la medida en que se refiera a las leyes basadas en los usos sociales de una comunidad, y como derecho jurisprudencial o jurisprudencia en la medida en que aluda al corpus de doctrina legal elaborado a partir las decisiones de jueces y tribunales a lo largo del tiempo [N. del T.].

del Conger, que reaccionó exigiendo que el Parlamento aprobara una ley para devolverle los derechos exclusivos de publicación. Esa exigencia resultó finalmente en el Estatuto de Ana.

El Estatuto de Ana concedía al autor o «propietario» de un libro un derecho exclusivo a imprimir ese libro. Con una limitación importante, no obstante, y para horror de los libreros, la ley les otorgó este derecho por un plazo limitado. Al final de este plazo el copyright «expiraba», y la obra pasaba a ser libre y cualquiera podía publicarla. O eso se cree que creían los legisladores.

Ahora bien, lo que hay que aclarar es esto: ¿por qué habría el Parlamento de limitar un derecho exclusivo? No por qué habrían de limitarlo al plazo concreto que se impuso, sino ¿por qué habría de limitar el derecho *en primer lugar*?

Resulta que los libreros, y los autores a los que representaban, tenían una reclamación muy convincente. Tomemos *Romeo y Julieta* como ejemplo: esa obra fue escrita por Shakespeare. Fue su genio lo que la trajo al mundo. No tomó la propiedad de nadie más cuando creó esa obra (lo cual es una afirmación muy controvertida, pero no nos preocuparemos ahora por eso), y al crear esa obra no hizo que fuera más difícil que otra gente escribiera otras obras. Así que ¿por qué iban las leyes a permitir jamás que viniera alguien y tomara la obra de Shakespeare sin su permiso o el de sus herederos? ¿Cuál era la razón de permitirle a alguien que «robara» la obra de Shakespeare?

La respuesta tiene dos partes. Primero tenemos que considerar algo especial acerca de la noción de «copyright» que existía en la época del Estatuto de Ana. Segundo, tenemos que considerar algo importante acerca de los «libreros».

Primero, acerca del copyright. En los últimos trescientos años, hemos llegado a aplicar el concepto de copyright cada vez de una forma más amplia. Pero en 1710, no era tanto un concepto como un derecho muy particular. El copyright nació como una serie muy específica de restricciones: prohibía que otros reimprimieran un libro. En 1710, el «copy-right» era un derecho para usar una máquina específica para duplicar una obra específica. No iba más allá de ese derecho tan limitado. No controlaba de ninguna forma más extensa cómo podía *usarse* una obra. Hoy en día el derecho incluye una larga lista de restricciones a la libertad de los demás: concede al autor los derechos exclusivos de copiar, de distribuir, de interpretar, etc.

Así que, por ejemplo, incluso si el copyright de las obras de Shakespeare fuese a perpetuidad, todo lo que eso habría significado bajo el significado original del término sería que nadie podría reimprimir la obra de Shakespeare sin el permiso de los herederos de Shakespeare. No habría controlado nada

relacionado con, por ejemplo, cómo se podía representar la obra, si la obra podía traducirse, o si se permitiría que Kenneth Brannagh hiciera sus películas. El «copy-right» era solamente un derecho exclusivo para imprimir —nada menos, por supuesto, pero tampoco nada más.

Los británicos vieron con escepticismo incluso ese derecho limitado. Habían tenido una larga y desagradable experiencia con los «derechos exclusivos», especialmente con los «derechos exclusivos» concedidos por la Corona. Los ingleses habían luchado en una guerra civil en parte debido a la práctica de la Corona de repartir monopolios —especialmente monopolios para obras que ya existían. El rey Enrique VIII concedió una patente para imprimir la Biblia y un monopolio a Darcy para imprimir barajas de cartas. El Parlamento inglés empezó a luchar contra este poder de la Corona. En 1656, aprobó el Estatuto de Monopolios, limitando los monopolios a las patentes para nuevos inventos. Y para 1710, el Parlamento estaba deseoso de tratar la cuestión del creciente monopolio de los editores.

Así que el «copy-right», cuando se consideraba como un derecho al monopolio, se consideraba de forma natural como un derecho que debía limitarse. (Por muy convincente que sea la afirmación de que «es mi propiedad, y debería tenerla para siempre», intenta que suene convincente «es mi monopolio, y debería tenerlo para siempre»). El Estado protegería un derecho exclusivo, pero solamente mientras beneficiara a la sociedad. Los británicos veían los daños resultantes de los favores a los grupos de interés; aprobaron una ley para detenerlos.

Segundo, sobre los libreros. No era sólo que el copyright fuera un monopolio. También resulta que era un monopolio en manos de los libreros. Los libreros nos parecen pintorescos e inofensivo. A la Inglaterra del siglo XVII no le parecían inofensivos. Los miembros del Conger eran vistos cada vez más como monopolistas de la peor especie —instrumentos de la represión de la Corona, vendiendo la libertad de Inglaterra para garantizarse los beneficios de un monopolio. Los ataques contra estos monopolios fueron muy agrios: Milton los describió como «viejos dueños de patentes y monopolizadores del negocio de los libros»; eran «hombres que por tanto no trabajan en una profesión honrada a la cual se debe el conocimiento».<sup>5</sup>

Muchos creían que el poder que los libreros ejercían sobre la difusión del conocimiento estaba dañando esa difusión, justo en el momento en que la Ilustración estaba enseñando la importancia que la educación y el conocimiento

---

<sup>5</sup> *A Letter to a Member of Parliament concerning the Bill now depending in the House of Commons, for making more effectual an Act in the Eighth Year of the Reign of Queen Anne, entitled, An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* (Londres, 1735), en *Brief Amici Curiae of Tyler T. Ochoa et al.*, 8, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618).

tuvieran una difusión general. La idea de que el conocimiento fuera libre era uno de los lemas característicos de esa época, y estos poderosos intereses comerciales estaban interfiriendo con esa idea.

Para equilibrar ese poder, el Parlamento decidió incrementar la competencia entre libreros, y la forma más sencilla de hacerlo era difundir la riqueza de los libros valiosos. Por lo tanto, el Parlamento limitó el plazo de los copyrights y garantizó así que los libros valiosos estuvieran abiertos a cualquier editor para que los publicara después de un tiempo limitado. Así que determinar que el plazo para las obras ya existentes fuera de sólo veintiún años fue un compromiso para luchar contra el poder de los libreros. La limitación en los plazos fue una forma indirecta de asegurar la competencia entre libreros, y de este modo la producción y difusión de cultura.

Cuando llegó 1731 (1710 + 21), sin embargo, los libreros se estaban poniendo muy nerviosos. Veían las consecuencias de una mayor competencia, y como a cualquier competidor no les gustaba. Al principio los libreros simplemente ignoraron el Estatuto de Ana y siguieron insistiendo en los derechos a perpetuidad para controlar la publicación. Pero en 1735 y 1737, intentaron persuadir al Parlamento para que extendiera sus plazos. Veintiún años no era suficiente, decían; necesitaban más tiempo.

El Parlamento rechazó sus peticiones. Como un escritor explicó, con palabras que hallan eco hoy en día:

No veo razón para conceder ahora un nuevo plazo, lo cual no impedirá que se conceda una y otra vez, con tanta frecuencia como expire el antiguo; así que si esta ley se aprueba, establecerá de hecho un monopolio a perpetuidad, cosa que con razón es odiosa a los ojos de la ley; será una gran traba al comercio, un gran obstáculo al conocimiento, no supondrá ningún beneficio para los autores, pero sí una gran carga para el público; y todo esto sólo para incrementar las ganancias privadas de los libreros.<sup>6</sup>

Habiendo fracasado en el Parlamento, los editores recurrieron a los tribunales en una serie de casos. Su argumento era simple y directo: el Estatuto de Ana les daba a los autores ciertas protecciones por medio del derecho positivo, pero esas protecciones no tenían intención de reemplazar la jurisprudencia existente. Por el contrario, la intención era simplemente que la reemplazaran. Bajo la jurisprudencia existente ya estaba mal tomar la «propiedad» creativa de otra persona y usarla sin su permiso. El Estatuto de Ana, argumentaban

---

<sup>6</sup> Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Nueva York, J. Messner, Inc., 1937, p. 31.

los libreros, no cambiaba eso. Por lo tanto, sólo porque las protecciones del Estatuto de Ana expirasen, eso no significaba que las protecciones otorgadas por la jurisprudencia expirasen: bajo el derecho jurisprudencial tenían el derecho a prohibir la publicación de un libro, incluso si su copyright según el Estatuto de Ana había expirado. Ésa, argumentaban, era la única forma de proteger a los autores.

Era un argumento ingenioso y recibió el apoyo de algunos de los principales juristas de la época. También desplegaba un descaro extraordinario. Hasta entonces, como explica el profesor Raymond Patterson, «los editores [...] se habían preocupado tanto por los autores como un ranchero por su ganado».<sup>7</sup> Al librero no le importaban absolutamente nada los derechos de los autores. Lo que le preocupaba era el beneficio monopolístico que le daba la obra del autor.

El argumento de los libreros no fue aceptado sin lucha. El héroe en esta lucha fue un librero escocés llamado Alexander Donaldson.<sup>8</sup>

Donaldson estaba fuera del Conger londinense. Empezó su carrera en Edimburgo en 1750. Su negocio se centraba en reimpressiones baratas de «obras canónicas a las que les hubiese expirado el plazo de copyright», al menos bajo el Estatuto de Ana.<sup>9</sup> La editorial de Donaldson prosperó y se convirtió «en una especie de centro de reunión para los literatos escoceses». «Entre ellos», escribe el profesor Mark Rose, «estaba el joven James Boswell, quien, junto a su amigo Andrew Erskine, publicó un antología de poemas contemporáneos con Donaldson».<sup>10</sup>

Cuando los libreros londinenses intentaron cerrar el negocio de Donaldson en Escocia, éste respondió trasladando su negocio a Londres, donde vendió ediciones baratas «de los libros ingleses más populares, en desafío a la presunta jurisprudencia sobre la Propiedad Literaria».<sup>11</sup> Sus libros se vendían entre un 30 y un 50 % más baratos que los de Conger y afirmó su derecho a competir sobre la base de que, bajo el Estatuto de Ana, las obras que vendía ya no tenían protección.

<sup>7</sup> Lyman Ray Patterson, «Free Speech, Copyright, and Fair Use», *Vanderbilt Law Review* 40 (1987): 28. Para un relato maravilloso, véase Vaidhyanathan, *op. cit.*, pp. 37-48.

<sup>8</sup> Para un relato convincente, véase David Saunders, *Authorship and Copyright*, Londres, Routledge, 1992, pp. 62-69.

<sup>9</sup> Mark Rose, *Authors and Owners*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 92.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>11</sup> Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, p. 167 (citando a Borwell).



Los libreros de Londres establecieron rápidamente un pleito para acabar con una «piratería» como la de Donaldson. Algunas de las acciones contra los «piratas» tuvieron éxito, siendo la más importante de estas primeras victorias el caso de *Millar contra Taylor*.

Millar era un librero que, en 1729, había comprado los derechos para el poema «The Seasons» de James Thomson. Millar se atuvo a los requisitos del Estatuto de Ana y por lo tanto recibió la protección completa que otorgaba ese estatuto. Después de que terminase el plazo del copyright, Robert Taylor empezó a imprimirlo en un volumen, haciéndole la competencia a Millar. Éste lo demandó, reclamando un derecho jurisprudencial a perpetuidad a pesar del Estatuto de Ana.<sup>12</sup>

De un modo sorprendente para los abogados modernos, uno de los más grandes jueces de la historia de Inglaterra, Lord Mansfield, dio la razón a los libreros. Cualquier protección que el Estatuto de Ana ofreciera a los libreros, sostenía Mansfield, no extinguía ningún derecho concedido por la jurisprudencia. La cuestión era saber si el derecho jurisprudencial protegería al autor contra los «piratas» del porvenir. La respuesta de Mansfield era que «sí»: la jurisprudencia prohibiría que Taylor reimprimiera el poema de Thomson sin el permiso de Millar. Así, esa regla del derecho jurisprudencial otorgaba efectivamente a los libreros un derecho a perpetuidad para controlar la publicación de cualquier libro asignado a ellos.

Considerada como una cuestión de justicia abstracta —razonando como si la justicia fuera una cuestión de deducción lógica a partir de axiomas— la conclusión de Mansfield puede que tenga algún sentido. Pero lo que ignoraba era la cuestión mayor con la que había peleado el Parlamento en 1710: ¿cuál era la mejor forma de limitar el poder monopolístico de los libreros? La estrategia del Parlamento consistía en ofrecer un plazo para las obras existentes que era lo suficientemente largo como para comprar la paz en 1710, pero lo suficientemente corto como para asegurar que la cultura pasaría al campo de la libre competencia en un periodo razonable de tiempo. En veintidós años, creía el Parlamento, Gran Bretaña maduraría de la cultura controlada que codiciaba la Corona a la cultura libre que nosotros heredamos.

La lucha por defender los límites del Estatuto de Ana no había de terminar aquí, sin embargo, y es aquí donde entra Donaldson.

---

<sup>12</sup> Howard B. Abrams, «The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright», *Wayne Law Review* 29 (1983), p. 1152.

Millar murió poco después de su victoria, de manera que en su caso no hubo apelación. Sus herederos vendieron los poemas de Thomson a una asociación de impresores que incluía a Thomas Beckett.<sup>13</sup> Entonces Donaldson publicó una edición no autorizada de las obras de Thomson. Beckett, basándose en la decisión en el caso Millar, consiguió un mandato judicial contra Donaldson. Donaldson apeló el caso a la Cámara de los Lores, que funcionaba de modo muy parecido a nuestro Tribunal Supremo. En febrero de 1774, ese cuerpo legal tuvo la oportunidad de interpretar el significado de los límites impuestos por el Parlamento sesenta años antes.

Como pocos casos legales con anterioridad, *Donaldson contra Beckett* atrajo una enorme cantidad de atención en toda Gran Bretaña. Los abogados de Donaldson argumentaban que por muchos derechos que hubiera bajo el derecho estatutario, el Estatuto de Ana los extinguía. Después de la aprobación del Estatuto de Ana, la única protección legal para un derecho exclusivo a controlar la publicación provenía de ese estatuto. De este modo, argumentaban, que después de que expiraba el plazo especificado por el Estatuto de Ana, las obras que habían estado protegidas por el estatuto dejaban de estarlo.

La Cámara de los Lores era una institución rara. Se presentaban cuestiones legales a la Cámara y que eran votada primero por los «lores legales», miembros de una división legal especial que funcionaba de un modo muy parecido a los magistrados de nuestro Tribunal Supremo. Entonces, una vez habían votado los lores legales, votaba toda la Cámara de los Lores.

Los informes sobre los votos de los lores legales son confusos. Según algunas fuentes, parece que prevaleció el copyright a perpetuidad. Pero no hay ambigüedad sobre cómo votó la Cámara de los Lores al completo. Con una mayoría de dos a uno (22 a 11) votaron en contra de la idea de los copyrights a perpetuidad. Sin que importara cómo se entendiera la jurisprudencia existente, el copyright estaba ahora fijado por un tiempo limitado, después del cual la obra protegida por el copyright pasaba al dominio público.

«El dominio público». Antes del caso *Donaldson contra Beckett*, no había en Inglaterra una idea clara de qué era el dominio público. Antes de 1774 había un argumento muy convincente a favor de que los copyrights concedidos por el derecho jurisprudencial fueran a perpetuidad. El dominio público nació después de 1774. Por primera vez en la historia anglo-americana el control legal sobre obras creativas expiraba y las obras más importantes de la historia inglesa —incluyendo las de Shakespeare, Bacon, Milton, Johnson y Bunyan— quedaban libres de restricciones legales.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 1156.

A nosotros nos cuesta imaginarlo, pero esta decisión de la Cámara de los Lores dio pie a una reacción extraordinariamente popular y política. En Escocia, donde realizaban su trabajo la mayoría de los «editores piratas», la gente celebró la decisión en las calles. Tal y como informó el *Edinburgh Advertiser*: «Ninguna causa privada ha atrapado de tal manera la atención del público y nunca la Cámara de los Lores había juzgado una causa en cuya decisión tantos individuos estuvieran interesados». «Gran regocijo en Edimburgo por la victoria sobre la propiedad literaria: hogueras y alumbrados».<sup>14</sup>

En Londres, sin embargo, al menos entre los editores, la reacción tuvo la misma fuerza pero en la dirección contraria. El *Morning Chronicle* informó:

Por la decisión descrita [...] materiales por valor de casi 200.000 libras que compramos honradamente en una venta pública, y que ayer pensábamos que eran propiedad nuestra se ven ahora reducidos a nada. Los Libreros de Londres y Westminster, muchos de los cuales vendieron fincas y casas para comprar Copyright, quedan de esta manera arruinados, y aquellos que tras muchos años de esfuerzo creyeron que habían adquirido la competencia necesaria para mantener a sus familias ahora se hallan sin un chelín con el que proveer a sus herederos.<sup>15</sup>

«Arruinados» es un poquito exagerado. Pero no es una exageración decir que el cambio fue profundo. La decisión de la Cámara de los Lores significó que los libreros ya no controlarían nunca más cómo crecería y se desarrollaría la cultura en Inglaterra. La cultura en Inglaterra era, de este modo, *libre*. No en el sentido de que los copyrights no se respetaran, porque, por supuesto, durante un tiempo limitado después de la aparición de una obra el librero tenía un derecho exclusivo para controlar la publicación de esa obra. Y no en el sentido de que se podían robar los libros, porque incluso después de que el copyright expirara, tenías que comprarle el libro a alguien. Sino *libre* en el sentido de que la cultura y su desarrollo ya no estarían controlados por un pequeño grupo de editores. Como hace cualquier mercado libre, este libre mercado de cultura libre crecería de la manera que escogieran consumidores y productores. La cultura inglesa se desarrollaría tal y como los muchos lectores ingleses decidieran dejar que se desarrollara —en los libros que comprarán y escribirán; en las ideas que repetirán y apoyarán. Lo decidirán en un *contexto competitivo*, no un contexto en el que las decisiones sobre qué cultura está a disposición de la gente y cómo ésta consigue acceso a ella las toman unos pocos, a pesar de los deseos de la mayoría.

---

<sup>14</sup> Rose, *op. cit.*, p. 97.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Al menos ésta era la norma en un mundo en el que el Parlamento está en contra del monopolio y se resiste a los alegatos proteccionistas de los editores. En un mundo en que el parlamento hubiera sido más felxible, la cultura libre habría estado menos protegida.

## 7. Grabadoras

JON ELSE ES cineasta. Se le conoce principalmente por sus documentales y ha tenido mucho éxito a la hora de difundir su arte. También es profesor, y ya que también yo soy profesor, le tengo envidia por la lealtad y admiración que sus estudiantes sienten por él. (Conocí por casualidad a dos de sus estudiantes durante una cena. Él era su dios).

Else trabajaba en un documental en el que yo también estaba involucrado. Durante un descanso, me contó una historia sobre la libertad para crear con imagen en movimiento en los EE.UU. hoy en día.

En 1990, Else estaba trabajando en un documental sobre la Tetralogía del Anillo de Richard Wagner. El centro de atención eran los tramoyistas de la Ópera de San Francisco. Los tramoyistas son un elemento particularmente divertido y pintoresco en una ópera. Durante el espectáculo, se reúnen debajo del escenario en la sala de grúas y en la galería de focos. Proporcionan un contraste perfecto al arte desplegado sobre el escenario.

Durante uno de estas representaciones, Else estaba rodando a unos cuantos tramoyistas jugando a las damas. En un rincón de la sala había un televisor. En la pantalla, mientras los tramoyistas jugaban a las damas y la compañía de ópera interpretaba a Wagner, estaban *Los Simpsons*. En opinión de Else, este toque de dibujos animados ayudaba a capturar el sabor de todo lo que hacía de la escena algo especial.

Años más tarde, cuando finalmente consiguió financiación para terminar la película, Else intentó obtener los derechos de esos pocos segundos de *Los Simpsons*. Porque, por supuesto, esos pocos segundos tienen copyright; y, por supuesto, para usar materiales con copyright necesitas el permiso de sus dueños, a menos que se pueda aplicar el *fair use* o algún otro privilegio.

Else llamó a la oficina de Matt Groening, el creador de *Los Simpsons*, para obtener el permiso. Groening aprobó la toma. La toma era una imagen de cuatro segundos y medio de un minúsculo televisor en el rincón de una habitación. ¿Qué daño podía hacer? Groening estaba contento de que saliera en la película, pero le dijo a Else que contactara con Gracie Films, la compañía que produce el programa.

Gracie Films también estuvo de acuerdo, pero, como Groening, querían tener cuidado. Así que le dijeron a Else que contactara con la Fox, la casa matriz de Gracie. Else llamó a la Fox y les contó el segmento de video que aparecía en el rincón de una habitación durante la película. Matt Groening ya había dado permiso, dijo Else. Quería solamente confirmar ese permiso con la Fox.

Entonces, como me contó Else, «pasaron dos cosas. La primera es que descubrimos [...] que Matt Groening no es el dueño de su propia creación —o al menos que alguien [en la Fox] cree que no es el dueño de su propia creación». Y segundo, la Fox «quería que pagáramos una licencia de diez mil dólares para poder usar estos cuatro segundos y medio de [...] estos *Simpsons* que nadie había pedido y que aparecían en una esquina de la toma».

Else estaba seguro de que era un error. Consiguió llegar hasta alguien que creía que era el vicepresidente para las licencias, Rebecca Herrera. Le explicó que «aquí debe haber algún error. [...] Estamos pidiendo la tarifa para fines educativos». Ésa era la tarifa para esos fines, le respondió Herrera a Else. Un día o dos más tarde, Else volvió a llamar para confirmar lo que le habían dicho.

«Quería asegurarme de que me había enterado bien», me contó. «Sí, se ha enterado bien», dijo ella. Poder usar un segmento de *Los Simpsons* en la esquina de una toma en un documental sobre la Tetralogía del Anillo de Wagner le costaría diez mil dólares. Y luego, sorprendentemente, Herrera le dijo a Else: «Y si repite mis palabras, le enviaré a mis abogados». Como más tarde un ayudante de Herrera le dijo a Else: «No les importa un carajo. Lo único que quieren es dinero».

Else no tenía el dinero para comprar el derecho a re-emitir lo que se estaba emitiendo en la televisión en los bastidores de la Ópera de San Francisco. Reproducir esta realidad se salía de su presupuesto. En el último momento antes de que se estrenara la película, Else sustituyó digitalmente la toma con un clip de *The Day After Trinity*, una película en la que había trabajado diez años antes.

NO HAY DUDA de que alguien, ya sea Matt Groening o la Fox, es propietaria del copyright de *Los Simpsons*. Ese copyright es propiedad suya. Así que para usar ese material con copyright se necesita a veces el permiso del dueño del copyright. Si el uso que Else quería hacer del copyright de *Los Simpsons* fuera uno de los usos restringidos por la ley, entonces tendría que obtener el permiso del dueño antes de poder usar la obra de esa manera. Y en un mercado libre, es el dueño del copyright quien decide el precio de cualquier uso sobre el que tiene control según las leyes.

Por ejemplo, la «emisión pública» es un uso de *Los Simpsons* sobre el que el dueño del copyright tiene el poder de decisión. Si escoges tus episodios favoritos, alquilas un cine y vendes entradas para «Mis *Simpsons* favoritos», entonces tienes que obtener permiso del dueño del copyright. Y el dueño del copyright (correctamente, en mi opinión) puede cobrarte lo que quiera — diez dólares o un millón. Es su derecho, tal y como fija la ley.

Pero cuando los abogados oyen esta historia acerca de Jon Else y la Fox lo primero que piensan es *fair use*.<sup>1</sup> El uso que Else hace de cuatro segundos y medio de una toma indirecta de un episodio de *Los Simpsons* es con claridad un *fair use* de *Los Simpsons* — y el *fair use* no requiere el permiso de nadie.

Así que le pregunte a Else porque no se basó simplemente en el *fair use*. He aquí su respuesta:

El fiasco con *Los Simpsons* fue una gran lección para mí sobre el abismo entre lo que les parece irrelevante a los abogados en la teoría y lo que en la práctica es relevante en un sentido destructivo para aquellos de nosotros que de verdad tenemos que hacer y emitir documentales. He aquí por qué:

1. Antes de que nuestras películas puedan emitirse, la emisora exige que compremos una póliza de seguro de Errores y Omisiones. Las aseguradoras exigen una detallada «lista de entradas visuales» que incluya la fuente y el estatus de las licencias para cada toma de la película. Tienen una opinión poco favorable del *fair use*, y una declaración de *fair use* puede hacer que se detenga por completo el proceso de solicitud.
2. En primer lugar, probablemente nunca debería haberle preguntado a Matt Groening. Pero sabía (al menos por el folklore de la industria) que la Fox tenía una larga trayectoria de rastrear e impedir el uso de

---

<sup>1</sup> Para una excelente argumentación sobre el hecho de que un uso semejante es *fair use*, aunque los abogados no permiten que se reconozca como tal, véase Richard A. Posner con William F. Patry, «Fair Use and Statutory Reform in the Wake of *Eldred*» (borrador en mano de este autor), University of Chicago Law School, 5 de agosto de 2003.

*Los Simpsons* sin licencia, de la misma forma que George Lucas tomó un papel muy prominente en los litigios contra los usos de *La guerra de las galaxias*. Así que decidí jugar según las reglas, pensando que me concederían una licencia gratuita o no muy cara por cuatro segundos de *Los Simpsons*. Como productor de documentales que trabaja hasta el agotamiento con cuatro cuartos, lo último que quería era arriesgarme a tener líos legales, incluso aunque fueran un pequeño incordio, incluso aunque fueran por defender un principio.

3. De hecho, sí que hablé con uno de tus colegas en la facultad de derecho de Stanford [...] que me confirmó que era *faire use*. También me confirmó que la Fox «declarará y pleiteará contra ti hasta tu muerte», sin que importaran los méritos de mi posición. Me aclaró que todo terminaría por ser cosa de ver quién tenía el equipo legal más grande y los bolsillos más llenos, si ellos o yo.
4. Habitualmente la cuestión del *fair use* aparece al final del proyecto, cuando tenemos una fecha límite para el estreno y estamos sin dinero.

En teoría, el *fair use* significa que no necesitas permiso. La teoría, por lo tanto, apoya la cultura libre y la protege aislándola de una cultura del permiso. Pero en la práctica el *fair use* funciona de una forma muy diferente. Los límites borrosos de la ley, unidos a las extraordinarias responsabilidades legales si se cruzan estos límites, significan que el *fair use* efectivo es, para muchos creadores, algo muy reducido. La ley tiene el fin correcto; la práctica ha derrotado este fin.

Esta práctica muestra cuán lejos están las leyes de sus raíces del siglo XVIII. Las leyes nacieron para proteger los beneficios de los editores de la competición desleal de los piratas. Ahora se han convertido en una espada que interfiere en cualquier uso, transforme éste el original, o no.



## 8. Transformadores

EN 1993, ALEX ALBEN era un abogado que trabajaba en Starwave, Inc. Starwave era una compañía innovadora fundada por el cofundador de Microsoft, Paul Allen, para desarrollar formas de entretenimiento digital. Mucho antes de que Internet se hiciera popular, Starwave empezó a invertir en una nueva tecnología que distribuyera entretenimiento para adelantarse al poder de las grandes cadenas de televisión.

Alben tenía un interés especial en las nuevas tecnologías. Estaba intrigado por el mercado emergente de la tecnología del CD-ROM —no para distribuir películas, sino para hacer cosas con películas que de otra manera serían muy difíciles. En 1993 lanzó una iniciativa para desarrollar un producto que generaba retrospectivas de determinados actores. El primer actor seleccionado fue Clint Eastwood. La idea era exponer la obra completa de Eastwood, con clips sacados de sus películas y entrevistas con figuras importantes en su carrera.

En esa época Eastwood había hecho más de cincuenta películas como actor y director. Alben empezó por una serie de entrevistas con Eastwood, preguntándole sobre su carrera. Como era Starwave quien producía esas entrevistas, tenía toda la libertad de incluirlas en el CD.

En sí mismas las entrevistas no habrían creado un producto muy interesante, así que Starwave quería añadir contenidos de las películas de la carrera de Eastwood: carteles, guiones y otros materiales relacionados con ellas. La mayoría de su carrera la había pasado en la Warner Brothers, así que fue relativamente fácil conseguir permiso para usar esos contenidos.

Entonces Alben y su equipo decidieron incluir segmentos de las películas en sí. «Nuestro objetivo era tener un segmento de cada una de las películas de Eastwood», me dijo Alben. Aquí fue donde surgió el problema.

«Nadie antes había hecho algo así», explicó Alben. «Nadie había intentado hacer algo así en el contexto de una mirada artística sobre la carrera de un actor».

Alben le llevó la idea a Michael Slade, el consejero delegado de Starwave. Slade preguntó: «Bueno, ¿qué es lo que nos va a suponer hacerlo?»

Alben respondió: «Bien, vamos a tener que obtener los derechos de cualquiera que aparezca en esas películas, y la música y todo lo demás que queramos usar en esos segmentos». Slade dijo: «¡Genial! Adelante».<sup>1</sup>

El problema es que ni Alben ni Slade tenían ni idea de lo que podía significar obtener esos derechos. Cada actor de cada una de estas películas tendría derecho a los royalties por volver a usar esa película. Pero los CD-ROMS no estaban especificados en los contratos con los actores, así que no había una manera clara de saber qué es lo que tenía que hacer Starwave.

Le pregunté a Alben cómo se enfrentó a este problema. Con un evidente orgullo por su ingenio, que eclipsaba que su historia era evidentemente rara, Alben me contó lo que hizo:

Así que nos pusimos a examinar los clips de manera mecánica. Tomamos algunas decisiones artísticas sobre qué segmentos íbamos a incluir —por supuesto que íbamos a usar el trozo de «Alégrame el día» de *Dirty Harry*. Pero entonces tienes que conseguir al tipo que está retorciéndose en el suelo bajo la pistola y tienes que pedirle permiso. Y luego tienes que decidir cuánto le vas a pagar.

Decidimos que sería justo ofrecerle el salario de actor por un día a cambio de los derechos para volver a usar su interpretación. Estamos hablando de un segmento de menos de un minuto, pero para usar esa interpretación en el CD-ROM la tarifa de la época eran seiscientos dólares.

Así que teníamos que identificar a la gente —algunos de ellos eran difíciles de identificar porque en las películas de Eastwood no puedes saber quién es el tipo estrellándose contra el cristal —¿es el actor o el especialista?— Y luego pues sólo tuvimos que reunir un equipo, mi ayudante y otra gente, y simplemente empezamos a llamar a la gente.

Algunos actores estuvieron encantados de ayudar —Donald Sutherland, por ejemplo, se preocupó él mismo de confirmar que se habían obtenido los derechos. Otros estaban atónitos ante su buena suerte. Alben preguntaba:

---

<sup>1</sup> Técnicamente, los derechos que Alben tenía que obtener eran principalmente los de imagen —los derechos que un artista tiene para controlar la explotación comercial de su imagen. Pero esos derechos también son una carga para la creatividad «toma, mezcla, quema», como demuestra este capítulo.

«Hola, ¿puedo pagarle seiscientos dólares o quizá si salía en dos películas, ya sabe, mil doscientos?» Y ellos responderían: «¿De verdad me está diciendo eso? Me encantaría recibir mil doscientos dólares». Y algunos por supuesto fueron un poco difíciles de convencer (ex-esposas resentidas, en particular). Pero finalmente, Alben y su equipo obtuvieron los derechos para esta retrospectiva en CD-ROM de la carrera de Clint Eastwood.

Había pasado un *año* —«e incluso entonces todavía no estábamos seguros de estar fuera de toda sospecha».

Alben está orgulloso de su trabajo. El proyecto fue el primero de su especie y la única vez que supiera que un equipo había emprendido un proyecto tan masivo con el propósito de publicar una retrospectiva.

Todo el mundo pensaba que sería demasiado difícil. Todo el mundo se desesperó y dijo: «Oh, Dios mío, una película, hay tantos *copyrights*, está la música, está el guión, está el director, están los actores». Pero simplemente lo dividimos. Simplemente lo redujimos a las partes que lo formaban y dijimos: «OK, hay tantos actores, hay tantos directores, [...] hay tantos músicos», y simplemente fuimos al asunto muy sistemáticamente y obtuvimos los derechos.

Y sin duda el producto mismo fue excepcionalmente bueno. A Eastwood le encantó, y se vendió muy bien.

Pero le insistí un poco a Alben sobre lo extraño que parece que hiciera falta un año de trabajo sólo para obtener los derechos. Sin duda Alben había hecho esto de un modo eficiente, pero como dice la famosa ironía de Peter Drucker, «no hay nada tan inútil como hacer eficientemente algo que no debería haberse hecho en absoluto».<sup>2</sup> ¿Tenía sentido, le pregunté a Alben, que ésta fuera la manera en la que se tenía que hacer una obra nueva?

Porque, como reconoció, «muy poca gente [...] tiene el tiempo y los recursos y la voluntad de ir pidiendo todas las autorizaciones», por consiguiente, se harán muy pocas obras semejantes. ¿Tiene sentido, le pregunté, desde el punto de vista de aquello a lo que todo el mundo pensaba estar dando los derechos originalmente, que tuvieras que obtener los derechos para este tipo de clips?

Creo que no. Cuando un actor actúa en una película, se le paga muy bien. [...] Y luego cuando se usan treinta segundos de esa interpretación en un nuevo producto, que es la retrospectiva de la carrera de alguien, no creo que haya que compensar de nuevo a esa persona.

---

<sup>2</sup> U.S. Department of Commerce Office of Acquisition Management, *Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition*, disponible en el enlace #22.

O, al menos, ¿es así como hay que compensar a los artistas? ¿Tendría sentido, pregunté, si hubiera algún tipo de licencia estatutaria que alguien pudiera pagar para tener la libertad de crear obras derivadas con segmentos como éstos? ¿De verdad tenía sentido que un creador posterior tuviera que seguirle la pista a cada artista, actor, director, músico y obtener el permiso explícito de todos ellos? ¿No se crearía mucho más si se hiciera que la parte legal del proceso creativo fuese más limpia?

Por supuesto. Creo que si hubiera algún mecanismo de licencias justas —en el que no estuvieses a merced de bloqueos y no estuvieses a merced de ex-esposas resentidas— veríamos muchísimas obras así, porque no intimidaría tanto intentar reunir la retrospectiva de alguien e ilustrarla de forma inteligente con un montón de materiales de la carrera de esa persona. Asumirías un coste como productor de uno de estos proyectos. Asumirías el coste de pagarle X dólares al talento que actuó. Pero sería un coste conocido. Esto es lo que hace tropezar a todo el mundo y hace que sea difícil que despegue este tipo de producto. Si supieras que tengo cien minutos de cine en este producto y que va a costarme X, entonces diseñarías tu presupuesto en torno a esos costes; podrías conseguir la financiación y todo lo demás que necesitas para producirlo. Pero si dices: «Oh, tengo cien minutos de algo y no tengo ni idea de lo que me va a costar, y mucha gente me va a atracar en el proceso», entonces se vuelve difícil hacer algo semejante.

Alben trabajaba para una gran compañía. Su compañía estaba respaldada por uno de los inversores más ricos del mundo. Por tanto tenía una autoridad y un acceso que el diseñador medio de páginas web no tiene. Así que, si le llevó un año, ¿cuánto le llevaría a otra gente? ¿Y cuánta creatividad se desperdicia sólo porque el coste de obtener derechos es demasiado alto?

Estos costes son las cargas de un modelo de regulación. Ponte por un momento una gorra de republicano y enójate. El gobierno define el campo de acción de estos derechos y este campo define cuánto va costar su negociación. (Recuerda la idea de que tus tierras llegan a los cielos e imagínate al piloto comprando permisos de vuelo mientras negocia volar desde Los Ángeles a San Francisco). Bien puede ser que alguna vez estos derechos tuvieran sentido; pero como las circunstancias cambian, hoy no lo tienen en absoluto. O al menos, un republicano bien entrenado que busque minimizar la regulación debería considerar estos derechos y preguntarse: «¿Todavía tienen sentido?»

He visto en un fogonazo la comprensión que la gente llega a tener en este momento, pero únicamente unas pocas veces. La primera fue en un congreso de jueces federales en California. Se habían reunido para discutir la emergente cuestión del ciberderecho. Harvey Saferstein, un abogado de Los Ángeles con buena reputación en la profesión, presentó el panel con un video que habían producido él y su amigo Robert Fairbank.

El video era un brillante collage del cine de todo el siglo XX, todo dentro de la idea marco de un episodio de *60 Minutos*. La ejecución era perfecta, incluso la precisión con la que terminaba en sesenta minutos. A los jueces les encantó cada segundo de la cinta.

Cuando se encendieron las luces, miré a mi compañero de panel, David Nimmer, quizás el estudioso y abogado en ejercicio más importante en el campo del *copyright* de los Estados Unidos. Tenía cara de asombro, mientras miraba a la sala llena de más de doscientos cincuenta jueces bien preparados. Adoptando un tono amenazador, empezó a hablar con esta pregunta: «¿Ustedes saben cuántas leyes federales se acaban de violar en esta sala?»

Porque, por supuesto, los dos creadores, brillantemente dotados, que habían producido esta película no habían hecho lo que hizo Alben. No habían pasado un año obteniendo los derechos para estos clips; técnicamente, lo que habían hecho violaba las leyes. Por supuesto, no es que se les fuera a procesar, ni a ellos ni a nadie, por esta violación (a pesar de la presencia de doscientos cincuenta jueces y una banda de agentes federales). Pero Nimmer estaba dejando claro un punto importante: un año antes de que nadie hubiera oído la palabra Napster y dos años antes de que otro miembro de nuestro panel, David Boies, defendiera a Napster ante el Noveno Círculo del Tribunal de Apelación, Nimmer estaba intentando conseguir que los jueces vieran que las leyes podían no ser muy amistosas con respecto a las posibilidades que esta tecnología hacía realidad. La tecnología significa que ahora puedes hacer cosas asombrosas con facilidad: pero no legalmente.

VIVIMOS EN UNA cultura del «corta y pega» hecha posible gracias a la tecnología. Cualquiera que prepare una presentación conoce la extraordinaria libertad que ha creado la arquitectura de corta y pega de Internet —en un segundo puedes encontrar propiamente cualquier imagen que quieras; un segundo después la has plantado en tu presentación.

Pero las presentaciones sólo son un minúsculo principio. Usando Internet y sus archivos, los músicos pueden realizar mezclas de sonidos nunca imaginadas antes; los cineastas pueden realizar películas a partir de clips de ordenadores de todo el mundo. En Suecia, un sitio extraordinario toma imágenes de políticos y las mezcla con música, para crear mordaces comentarios políticos. Un sitio llamado Camp Chaos ha producido algunas de las críticas más feroces de la industria discográfica mezclando la música con Flash.

Todas estas creaciones son técnicamente ilegales. Incluso si los creadores quisieran ser legales, el coste de cumplir con las leyes es prohibitivamente

alto. Por lo tanto, para aquellos que se someten a la ley, todo un tesoro de creatividad no se llevará nunca a cabo. Y la parte que se realiza, si no se siguen las reglas para obtener los permisos, no se lanzará nunca al público.

A algunos, estas historias les sugieren una solución: vamos a cambiar el derecho para que la gente tenga la libertad de desarrollar nuestra cultura. Para que tenga la libertad de añadir cosas o mezclarlas como mejor le parezca. Incluso podríamos llevar a cabo esta modificación sin exigir necesariamente que un uso «libre» sea libre en el sentido de «barra libre». Por el contrario, el sistema podría simplemente facilitar a los creadores posteriores la compensación a los artistas, sin exigir que aparezca un ejército de abogados: una norma, por ejemplo, que diga que «los royalties debidos al dueño del *copyright* de una obra no registrada, por el uso derivado de esta obra, serán un 1 % inamovible de los ingresos netos para el dueño del *copyright*». Bajo esta norma, el dueño del *copyright* obtendría beneficio de sus royalties, pero no obtendría el beneficio de un derecho completo de propiedad (es decir, el derecho de establecer el precio) a menos que registre la obra.

¿Quién podría oponerse a esto? ¿Y qué razón habría para oponerse? Estamos hablando de obras que ahora no se están haciendo; las cuales, si se hicieran gracias a este plan, generarían nuevos ingresos para los artistas. ¿Qué razón podría tener alguien para oponerse?

EN FEBRERO DE 2003, Dreamworks anunció un acuerdo con Mike Myers, el genial cómico de *Saturday Night Live* y *Austin Powers*. Según el anuncio, Myers y Dreamworks trabajarían juntos para formar «un pacto único en el mundo del cine». Según el acuerdo, Dreamworks «adquirirá los derechos de éxitos cinematográficos y películas clásicas, escribirá nuevas tramas y —con el uso de la tecnología digital más avanzada— insertará a Myers y a otros actores en la película, creando así una obra de entretenimiento completamente nueva».

El anuncio llamaba a esto «*film sampling*». Como Myers explicó: «El *film sampling* es una forma muy emocionante de darle una original vuelta de tuerca a películas que ya existen y de permitirle al público que vea los clásicos bajo una nueva luz. Los artistas de rap han estado haciendo esto con la música durante años y ahora podemos tomar el mismo concepto y aplicarlo al cine». Según Steven Spielberg: «Si alguien puede crear una forma de llevar las películas antiguas al nuevo público, éste es Mike».

Spielberg tenía razón. El *film sampling* de Myers será algo brillante. Pero si no se reflexiona sobre ello, se escapará la idea verdaderamente asombrosa de este anuncio. Como la inmensa mayoría de nuestra herencia cinematográfica

está bajo *copyright*, el verdadero significado del anuncio de Dreamworks era simplemente éste: Mike Myers, y sólo Mike Myers, tiene libertad para samplear. Cualquier libertad general para desarrollar el archivo fílmico de nuestra historia, una libertad que en otros contextos se le supone a todo el mundo, es ahora un privilegio reservado a los graciosos y famosos —presumiblemente ricos.

Este privilegio se convierte en algo reservado por dos tipos de razones. La primera continúa la historia del último capítulo: la vaguedad del *fair use*. Mucho de este «sampleado» se debería considerar *fair use*. Pero pocos confiarían en una doctrina tan débil a la hora de crear. Esto conduce a la segunda razón por la que el privilegio queda reservado a unos pocos: los costes de negociar los derechos legales para la reutilización creativa de los contenidos son astronómicos. Estos costes son un reflejo de los costes que implica el *fair use*: o bien pagas a un abogado para que defienda tus derechos concedidos por *fair use* o bien pagas a un abogado para que rastree los permisos de manera que no tengas que basarte en los derechos que concede el *fair use*. En cualquier caso, el proceso creativo es un proceso de pago a los abogados —de nuevo, un privilegio, o quizás una maldición, reservada a unos pocos.

## 9. Coleccionistas

EN ABRIL DE 1996, millones de «bots» —códigos informáticos diseñados para «reptar como arañas» o registrar automáticamente Internet y copiar contenidos— echaron a correr por toda la Red. Página a página, estos bots copiaban la información hallada en Internet a una pequeña serie de ordenadores situados en un sótano en el Presidio de San Francisco. Una vez que los bots terminaban de rastrear toda la red de Internet, empezaban otra vez. Una y otra vez, cada dos meses, estas piezas de código hacían una copia de Internet y la almacenaban.

Para octubre del 2001, los bots habían recogido más de cinco años de copias. Y con un pequeño anuncio en Berkeley, California, el archivo creado por esas copias, el Internet Archive, quedó abierto al mundo. Empleando una tecnología llamada la «Way Back Machine»,<sup>1</sup> podías entrar en una página web y ver todas sus copias remontándose hasta 1996, y ver así cómo y cuando habían cambiado estas páginas.

Hay algo que Orwell habría apreciado en Internet. En la distopía descrita en 1984, los periódicos viejos se actualizaban continuamente para asegurar que la visión actual del mundo, aprobada por el gobierno, no era desmentida por las noticias viejas. Miles de trabajadores reeditaban constantemente el pasado, lo que significaba que no había manera de saber si la historia que estabas leyendo hoy era la historia que fue impresa en la fecha publicada en el periódico.

Lo mismo ocurre con Internet. Si hoy en día vas a una página web, no tienes forma de saber si los contenidos que estás leyendo son los mismos que los que ya leíste. La página puede parecer igual, pero fácilmente puede que

---

<sup>1</sup> «La máquina de retorno en el tiempo» [N. del T].



los contenidos sean diferentes. Internet es la biblioteca de Orwell —constantemente actualizada, sin ninguna memoria de la que puedas fiarte.

Al menos hasta la Way Back Machine. Con la Way Back Machine, y el Archivo de Internet sobre la que se basa, puedes ver lo que era Internet. Tienes el poder de ver lo que recuerdas. De un modo más importante, quizá, tienes también el poder de encontrar lo que no recuerdas y quizá otros prefieren que olvides.<sup>2</sup>

DAMOS POR SENTADO que podemos retroceder al pasado para ver lo que recordamos haber leído. Piensa en los periódicos. Si querías estudiar la reacción del diario local a las revueltas raciales de Watts en 1965 o al cañón de agua de Bull Connor en 1963, podías ir a la biblioteca municipal y mirar los periódicos. Esos periódicos probablemente existen en microfichas. Si tienes suerte, existen también en papel. De un modo u otro, tienes la libertad, con sólo usar una biblioteca, de volver atrás y recordar —no sólo lo que conviene que se recuerde, sino también algo parecido a la verdad.

Se dice que aquellos que olvidan su historia están condenados a repetirla. Eso no es completamente cierto. *Todos* olvidamos la historia. La clave es si tenemos una forma de volver al pasado para redescubrir lo que hemos olvidado. De un modo más directo, la clave es si un pasado objetivo puede hacer que sigamos siendo honrados. Las bibliotecas ayudan a seguir siéndolo, recopilando contenidos y guardándolos para los escolares, para los investigadores, para la abuela. Una sociedad libre da por sentado este conocimiento.

Internet era una excepción a esta suposición. Hasta el Archivo de Internet, no había forma de volver atrás. Internet era un medio sustancialmente transitorio. Y sin embargo, conforme aumenta su importancia para formar y reformar la sociedad, se vuelve cada vez más importante mantener algún registro histórico. Es muy extraño pensar que tenemos montones de archivos de periódicos de ciudades minúsculas de todo el mundo, mientras que no hay más que una copia de Internet —la que está guardada en el Archivo de Internet.

---

<sup>2</sup> Sin embargo, la tentación continúa. Brewster Kahle informa de que la Casa Blanca cambia sus propios comunicados de prensa sin avisar. El 13 de mayo de 2003, un comunicado de prensa afirmaba que «las operaciones de combate en Irak han terminado». Que fue cambiado sin aviso: «Las operaciones de combate de importancia en Irak han terminado». E-mail de Brewster Kahle, 1 de diciembre de 2003.

El fundador del Archivo de Internet es Brewster Kahle. Fue un empresario digital de éxito y luego un investigador informático también de éxito. En los noventa, Kahle decidió que había tenido suficiente éxito con los negocios. Era hora de tener éxito de otra forma. Así que lanzó una serie de proyectos diseñados para archivar el conocimiento humano. El Archivo de Internet era solamente el primero de los proyectos de este Andrew Carnegie de Internet. En diciembre del 2002, el archivo tenía más de diez mil millones de páginas y estaba creciendo a un ritmo de mil millones de páginas al mes.

La Way Back Machine es el mayor archivo de conocimiento humano de la historia. A finales del 2002, guardaba «doscientos treinta terabytes de material» —y era «diez veces mayor que la Biblioteca del Congreso». Y éste era sólo el primero de los archivos que Kahle había decidido construir. Además del Archivo de Internet, Kahle había estado construyendo el Archivo de la Televisión. Resulta que la televisión es todavía más efímera que Internet. Si bien una gran parte de la cultura del siglo XX se construyó por medio de la televisión, solamente una minúscula porción de esa cultura está disponible para el público general. La universidad de Vanderbilt graba tres horas de noticias cada noche —gracias a una exención específica en la ley del *copyright*. Esos contenidos se incluyen en un índice y se ponen a disposición de los investigadores por una tarifa muy baja. «Pero aparte de eso, [la televisión] es casi imposible de conseguir», me dijo Kahle. «Si fueras Barbara Walters podrías obtener acceso a [los archivos], pero ¿y si sólo eres un estudiante de doctorado?» Como explica Kahle:

¿Recuerdas cuándo Dan Quayle estaba interactuando con Murphy Brown?  
¿Recuerdas esa experiencia surrealista de un político interactuando con un personaje televisivo de ficción? Si fueras un estudiante de doctorado que quisiera estudiar eso y quisieras conseguir ese diálogo entre los dos, el episodio de *60 minutos* que resultó de ahí [...] sería casi imposible. [...] Esos materiales son casi imposibles de conseguir.

¿Por qué son así las cosas? ¿Por qué ocurre que parte de nuestra cultura que está registrada en los periódicos permanece accesible a perpetuidad, mientras que la parte que esta registrada en cinta no? ¿Cómo es que hemos creado un mundo en el que los investigadores que intentan entender el efecto de los medios de comunicación en los EE.UU. del siglo XIX lo tienen más fácil que los investigadores que intentan hacer lo mismo con el siglo XX?

En parte esto es así debido a las leyes. En los comienzos de la ley estadounidense del *copyright*, se les exigía a los dueños de *copyright* que depositaran copias de sus obras en las bibliotecas. La intención era que estas copias facilitarían la difusión del conocimiento y asegurarse que habría una copia de la obra una vez que expirara el *copyright*, para que otros pudieran tener acceso a ella e hicieran nuevas copias.

Estas reglas también se aplicaban al cine. Pero en 1915, la Biblioteca del Congreso hizo una excepción con el mismo. El cine sólo tendría copyright en tanto que se hicieran estos depósitos. Pero se permitía que el cineasta pidiera prestados los depósitos —por tiempo ilimitado y sin coste alguno. Sólo en 1915 se depositaron y se «pidieron prestadas» más de 5.475 películas. Así, cuando expiran los copyrights de las películas, no se conserva ninguna copia en ninguna biblioteca. La copia existe —si es que existe en alguna parte— en los archivos de la productora cinematográfica.

Lo mismo ocurre generalmente con la televisión. Las emisiones de televisión originalmente no tenían copyright —no había ninguna forma de capturar las emisiones, así que no había miedo alguno al «robo». Pero conforme la tecnología fue haciendo posible esta captura, las emisoras empezaron a basarse cada vez más en las leyes. Las leyes exigían que hicieran una copia de cada emisión para que las obras tuvieran «copyright». Pero estas copias simplemente se quedaban en las manos de las emisoras. Ninguna biblioteca tenía derecho a ellas; el gobierno no las exigía. Los contenidos de esta parte de la cultura estadounidense le resultan prácticamente invisibles a cualquiera que los busque.

Kahle estaba deseando corregir esta situación. Antes del once de septiembre del 2001 sus aliados y él habían empezado a capturar televisión. Seleccionaron veinte emisoras de todo el mundo y pulsaron el botón de grabación. Después del once de septiembre, Kahle, trabajando con docenas de personas, seleccionó veinte emisoras de todo el mundo y, a partir del once de octubre del 2001, puso en la Red a disposición gratuita su seguimiento de la semana del once de septiembre. Cualquiera podía ver cómo los informativos televisivos de todo el mundo cubrieron los acontecimientos de aquel día.

Kahle tenía la misma idea con respecto al cine. Trabajando con Rick Prelinger, cuya filmoteca incluye cerca de 45.000 «películas efímeras» (lo que quiere decir que son películas que no son de Hollywood, cintas que nunca recibieron copyright), Kahle estableció el Archivo de Cine. Prelinger dejó que Kahle digitalizara 1.300 películas en este archivo y que las publicara en Internet, de donde podían descargarse gratis. La compañía de Prelinger tiene ánimo de lucro. Vende copias de estas películas como material de archivo («*stock footage*»). Lo que descubrió es que las ventas aumentaron drásticamente después de poner a disposición gratuita una parte significativa de su archivo. La gente podía encontrar fácilmente el material que quería usar. Hubo quienes descargaron esos materiales e hicieron sus propias películas con él. Otros compraron copias para permitir que se hicieran otras películas. De un modo u otro, el archivo hizo posible el acceso a esta parte importante de nuestra cultura. ¿Quieres ver una copia de la película «Agáchate y cúbrete», que instrúa a los niños sobre como salvarse en mitad de un ataque nuclear? Ve a [archive.org](http://archive.org), puedes bajarte la película en unos minutos —gratis.

De nuevo, Kahle está dando acceso a una parte de nuestra cultura que de otra forma no podría conseguirse con facilidad o no conseguirse en absoluto. Ésta es otra parte de aquello que define el siglo XX y que hemos perdido en las manos de la historia. Las leyes no exigen que nadie guarde todavía copias de estos materiales o que se depositen en ningún archivo. Por lo tanto, no existe una manera fácil de encontrarlos.

La clave aquí es el acceso, no el precio. Kahle quiere hacer posible el acceso gratuito a estos materiales, pero también quiere permitir que otros vendan el acceso a ellos. Su objetivo es asegurar la competencia en el acceso a esta parte importante de nuestra cultura. No durante la vida comercial de un pedazo de propiedad creativa, sino durante la segunda vida que tiene toda propiedad creativa —la vida no comercial.

Porque aquí hay una idea que deberíamos reconocer con mayor claridad. Cada fragmento de la propiedad creativa atraviesa «vidas» diferentes. En su primera vida, si el creador tiene suerte, los contenidos se venden. En casos así, el mercado comercial trabaja para el creador. La inmensa mayoría de la propiedad creativa no disfruta de este éxito, pero una parte llega a disfrutar claramente del mismo. Para estos contenidos, la vida comercial es extremadamente importante. Sin este mercado comercial, según muchos defienden, habría mucha menos creatividad.

Tras el fin de la vida comercial de la propiedad creativa, nuestra tradición siempre ha apoyado una segunda vida. Un periódico distribuye sus noticias cada mañana a los porches de EE.UU. Al día siguiente se usa para envolver pescado o para llenar cajas con regalos frágiles o para construir un archivo de conocimientos sobre nuestra historia. En esta segunda vida los contenidos pueden seguir informando, incluso si esa información ya no se vende.

Lo mismo ha sido siempre cierto en el caso de los libros. Los libros se dejan de imprimir muy rápidamente (la media hoy en día es de más o menos un año)<sup>3</sup>. Una vez que un libro está descatalogado, puede venderse en librerías de segunda mano sin que el dueño del copyright reciba nada, o bien puede almacenarse en bibliotecas, donde muchos consiguen leerlo, también gratis. Las librerías de segunda mano y las bibliotecas son, por lo tanto, la segunda vida de un libro. Esa segunda vida es extremadamente importante para la difusión y estabilidad de la cultura.

Sin embargo, y de un modo creciente, estamos en un error si damos por sentada una segunda vida estable para los componentes más importantes de la cultura popular en los siglos XX y XXI. Porque estos componentes —la

---

<sup>3</sup> Doug Herrick, «Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress», *Film Library Quarterly* 13 nos. 2-3 (1980), p. 5; Anthony Slide, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States* (Jefferson, N.C.: McFarland & Co., 1992), p. 36.

televisión, el cine, la música, la radio, Internet— no tienen garantizada una segunda vida. Para esos tipos de cultura, es como si se hubiera sustituido las bibliotecas por las megalibrerías de Barnes & Noble. En esta cultura, lo que está accesible no es nada más que unas determinadas y limitadas demandas del mercado. Más allá de esto la cultura desaparece.

DURANTE LA MAYOR parte del siglo XX fue la economía la que causó este fenómeno. Habría sido irracionalmente caro recopilar y poner a libre disposición toda la televisión, el cine y la música. El coste de las copias analógicas es extraordinariamente alto. Así que aunque en principio las leyes habrían restringido la capacidad de un Brewster Kahle de copiar cultura de una manera generalizada, la verdadera restricción era económica. El mercado hacía que fuera imposible hacer algo por esta cultura efímera; las leyes tenían un efecto práctico muy pequeño.

Tal vez la característica individual más importante de la revolución digital es que, por primera vez desde la Biblioteca de Alejandría, es factible imaginar la construcción de archivos que alberguen toda la cultura producida o distribuida públicamente. La tecnología hace que sea posible imaginar un archivo de todos los libros publicados y hace posible, cada vez más, imaginarse un archivo de todas las imágenes en movimiento y de todos los sonidos.

La escala de este archivo potencial es algo que jamás habíamos imaginado antes. Los Brewster Kahle de nuestra historia habían soñado con él; pero estamos por primera vez en un punto en el que ese sueño es posible. Tal y como lo describe Kahle:

Parece que hay algo así como entre dos o tres millones de grabaciones musicales, en toda la historia. Hay algo así como cien mil películas estrenadas en el cine, [...] y entre uno y dos millones de películas [distribuidas] durante el siglo XX. Hay unos veintiséis millones de títulos de libros. Todo esto cabría en ordenadores que a su vez cabrían en esta habitación y que una compañía pequeña podría permitirse. Así que estamos en un punto decisivo de nuestra historia. El objetivo es el acceso universal. Y la oportunidad de vivir una vida diferente, basada en esto [...] es apasionante. Podría ser una de las cosas de las que la humanidad podría estar más orgullosa. A la altura de la Biblioteca de Alejandría, al lado de llevar al hombre a la luna y de la invención de la imprenta.

Kahle no es el único bibliotecario. El Archivo de Internet no es el único archivo. Pero Kahle y el Archivo de Internet sugieren lo que podría ser el futuro de las bibliotecas o de los archivos. No sé *cuándo* termina la vida comercial de la propiedad creativa. Pero ocurre. Y termine cuando termine, Kahle y su

archivo sugieren un mundo en el que estos conocimientos, y la cultura, se puedan mantener perpetuamente disponibles. Habrá quien recurra a ella para entenderla y quien lo hará para criticarla. Otros la usarán, como lo hizo Walt Disney, con el fin de re-crear el pasado para el futuro. Estas tecnologías prometen algo que había sido inimaginable durante la mayor parte de nuestro pasado —un futuro *para* nuestro pasado. La tecnología de las artes digitales podría volver a hacer real el sueño de la Biblioteca de Alejandría.

De este modo, la tecnología ha eliminado los costes económicos de construir un archivo semejante. Pero los costes de los abogados permanecen. Porque por mucho que nos guste llamarlos «archivos», por muy acogedora que pueda parecer la idea de «biblioteca», los «contenidos» que se recogen en estos espacios digitales son también la «propiedad» de alguien. Y las leyes de propiedad restringen las libertades que Kahle y otras personas ejercerían si pudieran.

## 10. *Propiedad*

JACK VALENTI HA sido presidente de la Asociación de Cine de EE.UU. (MPAA en inglés) desde 1966. Llegó por primera vez a Washington con la administración de Lyndon Jonson —literalmente. En la famosa fotografía de la jura del cargo por parte de Johnson en el Air Force One después del asesinato del presidente Kennedy, Valenti se encuentra en el fondo. En los casi cuarenta años de dirección de la MPAA, Valenti se ha establecido quizás como el jefe más prominente y efectivo de cualquier lobby o grupo de presión en Washington.

La MPAA es la rama estadounidense de la Asociación Internacional de Cine. Se creó en 1922 como una asociación de comercio cuyo objetivo era defender las películas estadounidenses de las crecientes críticas dentro del país. La organización representa ahora no sólo a los cineastas sino también a productores y distribuidores de entretenimiento por televisión, video y cable. Su consejo directivo está compuesto por los consejeros delegados y los presidentes de las siete productoras y distribuidoras de cine y programas de televisión más importantes de EE.UU.: Walt Disney, Sony, MGM, Paramount, Fox, Universal y Warner Brothers.

Valenti es sólo el tercer presidente de la MPAA. Ningún presidente antes de él ha tenido tanta influencia sobre esa organización o sobre Washington. Como tejano que es, Valenti se ha convertido en un maestro en la habilidad individual más importante para un sureño —la habilidad para parecer sencillo y no muy listo, al tiempo que esconde una inteligencia de una agilidad extraordinaria. Hasta hoy día Valenti se presenta como un hombre sencillo y humilde. Pero este autor de cuatro libros, que tiene un Master de Harvard en administración de empresas, que terminó la escuela secundaria a los quince y pilotó más de cincuenta misiones de combate en la Segunda Guerra Mundial, no es un cualquiera. Cuando Valenti fue a Washington, se hizo el dueño de la ciudad de una manera sustancialmente típica de Washington.

A la hora de defender la libertad artística y la libertad de expresión de la que depende nuestra cultura, la MPAA ha hecho mucho bien. Al crear el sistema de calificación de películas, probablemente evitó una enorme cantidad de daños derivados de la regulación de la libertad de expresión. Pero hay un aspecto de la misión de la organización que es a un tiempo el más radical y el más importante. Se trata del esfuerzo, resumido en cada uno de los actos de Valenti, de redefinir el significado de «propiedad creativa».

En 1982, el testimonio de Valenti ante el Congreso sintetizó perfectamente esta estrategia:

A pesar de las extensas argumentaciones, a pesar de los ataques y de las defensas, a pesar de los tumultos y los gritos, los hombres y mujeres razonables seguirán volviendo sobre la cuestión fundamental, el tema central que anima todo este debate: *los dueños de la propiedad creativa deben recibir los mismos derechos y protecciones que los demás dueños de una propiedad tienen en este país*. Ése es el asunto. Ésa es la cuestión. Y ésta es la base sobre la que se tiene que asentar toda esta vista y los debates que la sigan.<sup>1</sup>

La estrategia de esta retórica, como la estrategia de la mayor parte de la retórica de Valenti, es brillante y sencilla, y es brillante porque es sencilla. El «tema central» al cual volverán «los hombres y mujeres razonables» es éste: «Los dueños de la propiedad creativa deben recibir los mismos derechos y protecciones que tienen en este país los demás dueños de una propiedad». No hay ciudadanos de segunda clase, podría haber seguido Valenti. No debería haber propietarios de segunda clase.

Esta afirmación tiene un tirón evidente, poderosamente intuitiva. Está hecha con tanta claridad como para hacer que la idea sea tan obvia como la noción de que usamos las elecciones para escoger a los presidentes. Pero, de hecho, no hay una afirmación más extrema, hecha por *nadie* que aborde con seriedad este debate, que la realizada por Valenti. Jack Valenti, por muy dulce y brillante que sea, es quizás el mayor extremista en este país cuando se trata de hablar de la naturaleza y de los límites de la «propiedad creativa». Sus opiniones no tienen *ninguna* conexión razonable con nuestra verdadera tradición legal, incluso si el atractivo sutil de su encanto tejano ha ido redefiniendo lentamente esa tradición, al menos en Washington.

---

<sup>1</sup> Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, y H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97th Cong., 2nd sess. (1982), p. 65 (testimonio de Jack Valenti).



Mientras que la «propiedad creativa» es ciertamente «propiedad» en el sentido escolástico y preciso en el que se educa a los abogados para entender estas cuestiones,<sup>2</sup> nunca se ha dado el caso, y nunca debería darse, de que «los dueños de la propiedad creativa» hayan «recibido los mismos derechos y protecciones que los demás dueños de una propiedad». De hecho, si los dueños de la propiedad creativa recibieran los mismos derechos que los demás dueños de una propiedad, eso supondría un cambio radical, y radicalmente indeseable, para nuestra tradición.

Valenti sabe todo esto. Pero es portavoz de una industria a la que no le importan absolutamente nada nuestra tradición y los valores que representa. Es portavoz de una industria que, por el contrario, lucha para restaurar la tradición con la que los ingleses terminaron en 1710. En el mundo que crearían los cambios de Valenti, unos pocos poderosos ejercerían un control abrumador sobre la forma en la que se desarrollaría nuestra cultura creativa.

Tengo dos objetivos en este capítulo. El primero es convencerte de que, históricamente, la afirmación de Valenti es completamente equivocada. El segundo es convencerte de que sería algo terriblemente equivocado rechazar nuestra historia. Siempre hemos tratado los derechos en el campo de la propiedad creativa de una manera diferente a los derechos otorgados a los dueños de cualquier otra propiedad. Nunca han sido iguales. Y nunca deberían ser iguales, porque, por mucho que parezca ir contra nuestra intuición, hacer que fueran iguales debilitaría fundamentalmente la oportunidad de crear para los nuevos creadores. La creatividad depende de que los dueños de la creatividad no lleguen a tener un control perfecto.

Las organizaciones como la MPAA, cuyo consejo de dirección incluye a los miembros más poderosos de la vieja guardia, tienen poco interés, a pesar de su retórica, en asegurar que lo nuevo reemplace a lo viejo. Ninguna organización lo tiene. Ninguna persona. (Pregúntame sobre la conveniencia de que sean fijas las plazas de los profesores). Pero lo que es bueno para la MPAA no es necesariamente bueno para EE.UU. Una sociedad que defiende los ideales de la cultura libre debe preservar precisamente la oportunidad de que la nueva creatividad amenace a la vieja.

---

<sup>2</sup> Los abogados hablan de la propiedad no como una cosa absoluta, sino como una serie de derechos que a veces están asociados con un objeto en particular. Así, «mi derecho a la propiedad» de mi coche me da el derecho al uso exclusivo del mismo, pero no el derecho a conducir a 220 km/h. Para un mejor esfuerzo con el fin de conectar el significado habitual de «propiedad» con «la jerga de abogados», véase Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977, pp. 26-27.

PARA HACERSE simplemente una ligera idea de que hay algo fundamentalmente equivocado en el argumento de Valenti, no tenemos más que echarle un vistazo a la propia Constitución de Estados Unidos.

Los padres de nuestra Constitución amaban la «propiedad». De hecho, la amaban con tanta intensidad que insertaron en nuestra Constitución un importante requisito. Si el gobierno te quita tu propiedad —si declara ruinoso tu casa o adquiere una parte de las tierras de tu granja— se exige, según la Cláusula de Expropiaciones de la Quinta Enmienda, que te pague una «compensación justa» por esa expropiación. La Constitución garantiza así que la propiedad es, en cierto sentido, sagrada. *Jamás* se le puede arrebatar nada al propietario a menos que el gobierno pague por ese privilegio.

Sin embargo, la propia Constitución habla de manera muy diferente sobre lo que Valenti llama «propiedad creativa». En la cláusula que concede al Congreso el poder para crear «propiedad creativa», la Constitución *exige* que, después de un «tiempo limitado», el Congreso recobre el derecho que ha concedido y que libere la «propiedad creativa» incorporándola al dominio público. Sin embargo, cuando el Congreso hace esto, cuando la expiración del plazo del copyright te «arrebata» el copyright y se lo entrega al dominio público, el Congreso no tiene ninguna obligación de pagar una «compensación justa» por esta «expropiación». Por el contrario, la propia Constitución que exige compensaciones por tus tierras, exige que pierdas tus derechos a la «propiedad creativa» sin ninguna compensación en absoluto.

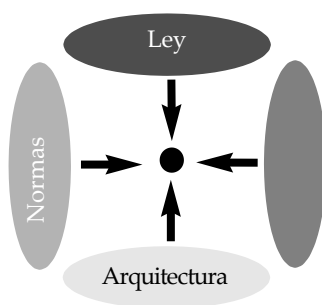
De este modo, la Constitución declara directamente que hay dos formas de propiedad a las que no se les va a reconocer los mismos derechos. Simplemente se las va a tratar de forma distinta. Valenti, por lo tanto, no está solamente pidiendo un cambio en nuestra tradición cuando defiende que los dueños de la propiedad creativa deberían recibir los mismos derechos que los de cualquier otra propiedad. Lo que efectivamente está defendiendo es un cambio en nuestra Constitución.

Defender un cambio en nuestra Constitución no es necesariamente un error. Hay muchas cosas en nuestra Constitución original que simplemente eran equivocadas. La Constitución de 1789 consideraba inamovible la esclavitud; hacía que los senadores fueran nombrados en lugar de ser elegidos; permitía que el colegio electoral produjera un empate entre el presidente y su propio vicepresidente (como ocurrió en 1800). Sin duda sus autores eran extraordinarios, pero sería el primero en admitir que cometieron algunos errores. Desde entonces hemos rechazado algunos de esos errores; sin duda podría haber otros que también deberíamos rechazar. Así que mi argumento no es simplemente que como Jefferson hizo esto, nosotros también deberíamos hacer lo mismo.

Por el contrario, mi argumento tiene que ver con por qué hizo Jefferson lo que hizo, deberíamos al menos intentar comprender el *porqué*. ¿Por qué los padres de la Constitución, siendo como eran fanáticos de la propiedad, rechazaron la idea de que la propiedad creativa tenía que recibir los mismos derechos que todas las otras formas de propiedad? ¿Por qué exigieron que hubiera un dominio público para la propiedad creativa?

Para responder a esta pregunta, tenemos que adquirir cierta perspectiva con respecto de la historia de los derechos de esa «propiedad creativa» y el control que permitían. Una vez que veamos con claridad cuan diferentemente se definían esos derechos, estaremos mejor preparados para hacer la pregunta que debería estar en el centro de esta guerra: no *si* la propiedad creativa debería estar protegida, sino cómo. No *si* deberíamos hacer cumplir los derechos que la ley concede a los dueños de la propiedad creativa, sino cuál debería ser la composición específica de esos derechos. No *si* habría que pagar a los artistas, sino si las instituciones diseñadas para asegurar que se pague a los artistas deberían también controlar la forma en la que se desarrolla la cultura.

Para responder a estas preguntas necesitamos una forma más general de hablar sobre cómo se protege la propiedad. De un modo más preciso, necesitamos una forma que sea más general que el estrecho lenguaje que las leyes establecen. En *El código y otras leyes del ciberespacio*, usé un modelo sencillo para capturar esta perspectiva más general. Para cualquier derecho o regulación particular, este modelo se pregunta cómo interactúan cuatro modalidades diferentes de regulación para apoyar o socavar ese mismo derecho o regulación. Lo representé con este diagrama:



En el centro de este diagrama hay un punto regulado: el individuo o el grupo que es el objetivo de la regulación o el titular de un derecho. (En cada uno de estos casos podemos describir esto tanto como una regulación que como un derecho. Para simplificar las cosas hablaré sólo de regulaciones).

Los óvalos representan cuatro maneras por las que el individuo o el grupo pueden ser regulados —ya sea restringiendo o, de forma alternativa, por medio de permisos. Las leyes son las restricciones más evidentes (al menos para los abogados). Restringen por medio de la amenaza de castigos si se violan una serie de reglas que han determinado previamente. De manera que, si por ejemplo violas voluntariamente el *copyright* de Madonna copiando una canción de su último CD y publicándola en la Red, te pueden castigar con una multa de 150.000 dólares. La multa es un castigo posterior por violar una regla anterior. Es impuesta por el Estado.

Las normas son un tipo diferente de restricción. También castigan a un individuo por violar una regla. Pero el castigo de una norma es impuesto por una comunidad, no (o no solamente) por el Estado. Puede que no haya ninguna ley contra escupir, pero eso no quiere decir que no te castigarían si escupieses en el suelo mientras haces cola para ver una película. Puede que el castigo no sea severo, aunque dependiendo de la comunidad, fácilmente puede ser más severo que muchos de los castigos impuestos por el Estado. La condición de la diferencia no es la severidad del castigo, sino su fuente.

El mercado es el tercer tipo de restricción. Sus restricciones se efectúan mediante condiciones: puedes hacer X si pagas a Y; te pagarán M si haces N. Evidentemente estas restricciones no son independientes de las leyes o de las normas —la ley de la propiedad define qué debe comprarse si es que se quiere tomar legalmente; las normas dictan qué puede venderse de un modo apropiado. Pero dada una serie de normas y un marco general de leyes contractuales y de propiedad, es el mercado el que impone una restricción simultánea sobre cómo puede comportarse un individuo o un grupo.

Finalmente, y quizás por el momento de modo más misterioso, la «arquitectura» —el mundo físico tal y como nos lo encontramos— supone una restricción al comportamiento. Un puente derrumbado puede restringir tu capacidad para cruzar un río. Unas vías de tren pueden restringir la capacidad de una comunidad para tener una vida social integrada. Como con el mercado, la arquitectura no impone sus restricciones por medio de castigos posteriores. Por el contrario, igual que con el mercado, la arquitectura impone restricciones por medio de condiciones simultáneas. Estas condiciones no son impuestas por medio de tribunales que hagan cumplir contratos o por la policía castigando el robo, sino por medio de la naturaleza, por medio de la «arquitectura». Si un peñasco desprendido de 300 kilos te bloquea el paso, es la ley de la gravedad la que impone esta restricción. Si un billete de avión que cuesta quinientos dólares te impide volar a Nueva York, es el mercado el que impone esta restricción.

Así que el primer punto sobre estas cuatro modalidades de regulación es obvio: interactúan entre sí. Las restricciones impuestas por una pueden verse reforzadas por otra. O las restricciones impuestas por una pueden verse socavadas por otra.

El segundo punto se deriva directamente del primero: si queremos comprender la libertad efectiva que alguien tiene en un momento dado para hacer una cosa en particular, tenemos que considerar cómo interactúan estas cuatro modalidades. Haya o no otras restricciones (puede que las haya; no pretendo ser exhaustivo), estas cuatro están entre las más significativas, y cualquier regulador (ya sea controlando o liberando) debe considerar cómo interactúan estas cuatro en particular.

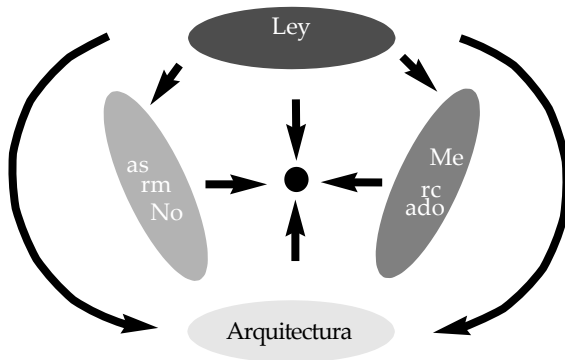
Así que, por ejemplo, considera la «libertad» de conducir un coche a alta velocidad. Esa velocidad está restringida en parte por las leyes: límites de velocidad que dicen cuán rápido puedes conducir en determinados lugares a determinadas horas. Está restringida en parte por la arquitectura: los badenes, por ejemplo, hacen que la mayoría de los conductores racionales desaceleren; los reguladores de un camión, tomando otro ejemplo, marcan la velocidad máxima a la que puede ir el conductor. La velocidad está restringida en parte por el mercado: la eficiencia en el consumo de gasolina cae conforme aumenta la velocidad, así que el precio de la gasolina limita indirectamente la velocidad. Y, finalmente, las normas de una comunidad pueden o no restringir la libertad para pisar el acelerador. Pasa a 90 Km/h por la escuela de tu propio barrio y es probable que los vecinos te castiguen. La misma norma no sería tan efectiva en una ciudad diferente o por la noche.

La reflexión final sobre este sencillo modelo debería estar también bastante clara: mientras que estas cuatro modalidades son analíticamente independientes, las leyes tienen un papel especial en tanto que afectan a las otras tres.<sup>3</sup> En otras palabras, en ocasiones las leyes operan para aumentar o disminuir las restricciones de una modalidad de acción determinada. De esta manera, las leyes pueden usarse para subir los impuestos de la gasolina, para incrementar así los incentivos para conducir despacio. Las leyes pueden usarse para exigir más badenes, para incrementar así la dificultad de conducir rápido. Las leyes pueden usarse para financiar anuncios que estigmaticen la conducción temeraria. O las leyes pueden usarse para exigir que

---

<sup>3</sup> Al describir la forma en la que la ley afecta a las otras tres modalidades, no pretendo sugerir que estas no afecten a la ley. Obviamente sí que lo hacen. La única diferencia de la ley es que ella sola habla como si tuviera el derecho a cambiar conscientemente las otras tres. El derecho de las otras tres se expresa con mayor timidez. Véase Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, pp. 90-95; Lawrence Lessig, «The New Chicago School», *Journal of Legal Studies*, June 1998.

otras leyes sean más estrictas —requisitos federales para que los estados bajen los límites de velocidad, por ejemplo— para disminuir así los atractivos de conducir rápido.



Estas restricciones, por lo tanto, pueden cambiar y pueden también cambiarse. Para comprender la protección efectiva de la libertad o la protección efectiva de la propiedad en un momento determinado, debemos rastrear estos cambios a través del tiempo. Una restricción impuesta en una modalidad puede ser borrada por otra. Una libertad hecha posible por una modalidad puede ser eliminada por otra.<sup>4</sup>

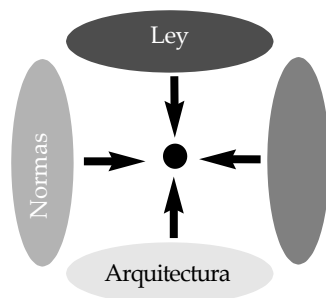
<sup>4</sup> Algunos se oponen a esta forma de hablar sobre la «libertad». Se oponen porque su centro de atención, cuando consideran las restricciones que existen en un determinado momento, está exclusivamente en las restricciones impuestas por el gobierno. Por ejemplo, si una tormenta destruye un puente, esta gente piensa que no tiene sentido decir que se haya limitado la libertad de nadie. Las aguas se han llevado un puente por delante y es más difícil ir de un lado a otro. Hablar de esto como de una pérdida de libertad, dicen, es confundir la materia de la política con los caprichos de la vida cotidiana.

No pretendo negar el valor de esta visión más estrecha, que depende del contexto de estudio. Sin embargo, pretendo argumentar contra quien insista en que esta visión, más estrecha, es la única visión correcta de la libertad. Como ya argumenté en *El código*, venimos de una larga tradición de pensamiento político cuyo centro de atención es más amplio que la estrecha cuestión de lo que hizo el gobierno en un determinado momento. John Stuart Mill defendió la libertad de expresión, por ejemplo, de la tiranía de las mentes estrechas, no del miedo a la persecución del gobierno; *John Stuart Mill, On Liberty*, Indiana, Hackett Publishing Co., 1978, 19 [ed. cast.: *Sobre la libertad*, Madrid, Tecnos, 2000]. John R. Commons defendió célebremente la libertad económica de la fuerza laboral frente a las restricciones impuestas por el mercado; John R. Commons, «The Right to Work», en Malcom Rutherford y Warren J. Samuels (eds.), *John R. Commons: Selected Essays*, Londres, Routledge, 1997, 62. La Ley de Estadounidenses con Discapacidades incrementa la libertad de la gente con discapacidades físicas modificando la arquitectura de determinados espacios públicos, facilitando su acceso; *42 United States Code*, section 12101 (2000). Cada una de estas intervenciones para modificar las condiciones existentes modifica la libertad de un determinado grupo. El efecto de esas intervenciones debería tenerse en cuenta para comprender la libertad con la que de hecho puede contar cada uno de estos grupos.

## Por qué Hollywood tiene razón

La idea más evidente que revela este modelo es precisamente por qué o, precisamente, cómo Hollywood tiene razón. Los guerreros del copyright han recurrido al Congreso y a los tribunales para defender el copyright. Este modelo nos ayuda a ver por qué recurrir a estas instancias tiene sentido.

Digamos que éste es el panorama de la regulación del copyright antes de Internet:

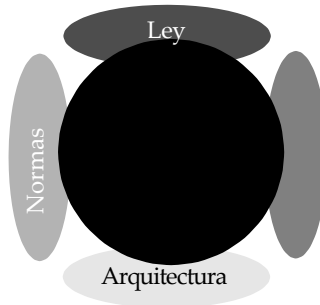


Existe un equilibrio entre las leyes, las normas, el mercado y la arquitectura. Las leyes limitan la capacidad de copiar y compartir contenidos, al imponer penas a aquellos que copian y comparten contenidos. Esas penas están reforzadas por tecnologías que dificultan hacer copias y compartir contenidos (la arquitectura) y encarecen el hecho de copiar y compartir contenidos (el mercado). Finalmente, esas penas están aliviadas por normas que todos reconocemos —chavales, por ejemplo, copiando en cintas los discos de otros chavales. Estos usos de materiales con copyright pueden suponer una violación del mismo, pero las normas de nuestra sociedad (antes de Internet, al menos) no tenían ningún problema con esta forma de violación.

En esto aparece Internet o, de modo más preciso, tecnologías como el MP3 y el intercambio p2p. En ese momento, las restricciones de la arquitectura cambian drásticamente, como también lo hacen las restricciones del mercado. Y al tiempo que tanto el mercado como la arquitectura relajan la regulación del copyright, las normas se acumulan. El feliz equilibrio (para los guerreros, al menos) de la vida antes de Internet se convierte en un verdadero estado de anarquía después de Internet.

De ahí el sentido y la justificación de la respuesta de los guerreros. La tecnología ha cambiado, dicen los guerreros, y el efecto de este cambio, cuando se ramifica a través del mercado y las normas, es que se ha perdido el equilibrio

en la protección de los derechos de los dueños de copyright. Esto es Irak después de la caída de Sadam, pero esta vez ningún gobierno justifica los saqueos subsiguientes.



Ni este análisis ni las conclusiones que siguen tienen nada de nuevo para los guerreros. De hecho, en un «Libro Blanco» preparado en 1995 por el Departamento de Comercio (equivalente en EE.UU. a un ministerio, y que estaba fuertemente influido por los guerreros del copyright), ya se había identificado esta composición de las modalidades de regulación y se había delineado una estrategia para responder a ella. Como respuesta a los cambios introducidos por Internet, el documento defendía que (1) el Congreso debería endurecer las leyes de propiedad intelectual, (2) las empresas deberían adoptar técnicas innovadoras de marketing, (3) los técnicos deberían esforzarse en desarrollar código que proteja los materiales con copyright y (4) los docentes deberían educar a los chavales para proteger mejor el copyright.

Esta estrategia mixta era justo lo que el copyright necesitaba —si es que se quería preservar el equilibrio específico que existía antes del cambio causado por Internet. Y esto es justo lo que deberíamos esperar que impulsase la industria de contenidos. Es tan estadounidense como la tarta de manzana, considerar que la felicidad es un derecho y esperar que las leyes la protejan si es que algo viene a cambiarla. Los dueños de viviendas junto a ríos que se inundan no dudan en pedirle al gobierno que las reconstruya (y que las vuelva a reconstruir) cuando una inundación (arquitectura) arrasa sus propiedades (leyes). Los granjeros no dudan en pedirle al gobierno que los ayude económicamente cuando un virus (arquitectura) destruye sus cosechas. Los sindicatos no dudan en pedirle al gobierno que los ayude económicamente cuando las importaciones (mercado) arruinan la industria siderúrgica estadounidense.

De manera que no hay nada malo o sorprendente en la campaña de la industria de contenidos para protegerse de las consecuencias perjudiciales de una innovación tecnológica. Y yo sería la última persona que defendiera



que la tecnología cambiante de Internet no ha tenido un profundo efecto en la forma de hacer negocios de la industria de contenidos, o, tal y como lo describe John Seely Brown, en su «arquitectura de ingresos».

Pero sólo porque un grupo con intereses específicos le pida apoyo al gobierno no se justifica que se conceda ese apoyo. Y sólo porque la tecnología haya debilitado una determinada forma de hacer negocio no se justifica que el gobierno deba intervenir para apoyar la antigua forma de hacer negocio. Kodak, por ejemplo, ha perdido quizás hasta un 20 % de su mercado tradicional de películas ante el mercado emergente de las cámaras digitales.<sup>5</sup>

¿Hay alguien que crea que el gobierno debería prohibir las cámaras digitales *para* apoyar a Kodak? Las autopistas han perjudicado el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril. ¿Hay alguien que crea que el gobierno debería prohibir los camiones en las carreteras para proteger a los ferrocarriles? Acercándonos más al tema de este libro, los mandos a distancia han disminuido el «pegamento» de los anuncios televisivos (si aparece un anuncio aburrido, el mando hace que sea muy fácil cambiar de canal), y bien puede ser que este cambio haya debilitado al mercado de la publicidad televisiva. ¿Pero hay alguien que crea que deberíamos regular los mandos a distancia para fortalecer la televisión comercial? (¿Quizá limitando su funcionamiento a solamente una vez por segundo o a poder cambiar sólo diez canales por hora?)

La respuesta obvia a todas estas preguntas obviamente retóricas es no. En una sociedad libre, con un mercado libre, apoyado por la libre empresa y el libre comercio, el papel del gobierno no es el de apoyar una forma de hacer negocio frente a las demás. Su papel no es escoger a los ganadores y protegerlos contra las pérdidas. Si el gobierno hiciera esto de forma generalizada, entonces nunca habríamos progresado. Como escribió el presidente de Microsoft, Bill Gates, en 1991, en un memorando que criticaba las patentes de software, «las compañías asentadas en el mercado tienen interés en excluir a futuros competidores».<sup>6</sup> Y en relación a una empresa «startup», las compañías asentadas tienen también los medios para llevar a cabo esta exclusión. (Pensemos en la RCA y la radio FM) Un mundo en el que los competidores con ideas nuevas deben luchar no sólo con el mercado sino también con el gobierno es un mundo en el que los competidores con ideas nuevas no tendrán éxito. Es un mundo estático y de estancamiento cada vez más concentrado. Es la Unión Soviética bajo Breznev.

---

<sup>5</sup> Véase Geoffrey Smith, «Film vs. Digital: Can Kodak Build a Bridge?» BusinessWeek online, 2 de agosto de 1999, disponible en el enlace #23. Para un análisis más reciente del lugar de Kodak en el mercado, véase Chana R. Schoenberger, «Can Kodak Make Up for Lost Moments?» Forbes.com, 6 de octubre de 2003, disponible en el enlace #24.

<sup>6</sup> Fred Warshofsky, *The Patent Wars*, Nueva York, Wiley, 1994, pp. 170-71.

De manera que, mientras que es comprensible que las industrias amenazadas por las tecnologías que cambian la forma en la que hacen negocio le pidan apoyo al gobierno, es el deber especial de los legisladores garantizar que esta protección no se convierta en un obstáculo para el progreso. Es el deber de los legisladores, en otras palabras, asegurar que los cambios que generan, en respuesta a las peticiones de los perjudicados por una tecnología, sean cambios que preserven los incentivos y las oportunidades para la innovación y el cambio.

En el contexto de las leyes que regulan la libertad de expresión —las cuales incluyen, obviamente, las leyes sobre copyright— este deber es aún más fuerte. Cuando la industria que se queja de la tecnología le está pidiendo al Congreso que responda de una manera que impone cargas a la libertad de expresión y a la creatividad, los legisladores deben tener una especial cautela con esta petición. Para el Gobierno es siempre un mal acuerdo entrar a regular los mercados de expresión. Los riesgos y los peligros de este juego son precisamente la razón por la que los padres de nuestra Constitución crearon la Primera Enmienda: «El Congreso no hará ninguna ley [...] que recorte la libertad de expresión». Así que cuando se le pide al Congreso que apruebe leyes que «recortan» la libertad de expresión, debería preguntar —cuidadosamente— si semejante regulación está justificada.

Sin embargo, mis argumentos hasta ahora no tienen nada que ver con si los cambios que están impulsando los guerreros del copyright están «justificados». Mis argumentos tienen que ver con sus efectos. Porque antes de que entremos en la cuestión de la justificación, una cuestión difícil, que depende en gran medida de nuestros valores, debemos preguntarnos si comprendemos los efectos de los cambios que quiere la industria de contenidos.

Aquí está la metáfora que resume la argumentación que sigue.

En 1873, se sintetizó la molécula de DDT por primera vez. En 1948, el químico suizo Paul Hermann Müller ganó el Premio Nobel por su trabajo demostrando las propiedades insecticidas del DDT. Ya en la década de 1950, el insecticida era ampliamente usado por todo el mundo para matar insectos portadores de enfermedades. También se usaba para aumentar la producción agrícola.

Nadie duda de que matar insectos portadores de enfermedades o incrementar las cosechas es bueno. Nadie duda de que el trabajo de Müller fue importante y valioso y de que probablemente salvó vidas, probablemente millones de ellas.

Pero en 1962, Rachel Carson publicó *Primavera silenciosa*, en el que defendía que el DDT, a pesar de sus beneficios primarios, estaba teniendo también involuntarias consecuencias medioambientales. Los pájaros estaban perdiendo la capacidad de reproducirse. Se estaban destruyendo cadenas enteras de los ecosistemas.

Nadie se dedicó a destruir el medio ambiente. Paul Müller no tenía ciertamente el objetivo de dañar a ningún pájaro. Pero el esfuerzo por resolver una serie de problemas produjo otros que, en opinión de algunos, eran mucho peores que los problemas a los que se enfrentaron originalmente. O, de un modo más preciso, los problemas causados por el DDT eran peores que los problemas que resolvía, al menos cuando se consideraban las otras formas, menos dañinas para el medio ambiente, que existían para resolver los mismos problemas que el DDT pretendía resolver.

Ésta es precisamente la imagen a la que apela James Boyle, profesor de derecho de la universidad de Duke, cuando defiende que necesitamos «un movimiento ecologista» para la cultura.<sup>7</sup> Su idea, y la idea que quiero desarrollar en el equilibrio que propongo en este capítulo, no es que los objetivos del copyright estén equivocados. O que no se deba pagar a los autores por su trabajo. O que la música deba ofrecerse «gratuitamente». La idea es que algunas de las formas con las que podríamos proteger a los autores tendrían consecuencias involuntarias para el medio ambiente cultural, de una forma parecida a las que tuvo el DDT para el medio ambiente natural. E igual que la crítica al DDT no es una defensa de la malaria o un ataque a los agricultores, la crítica a una serie particular de regulaciones de protección del copyright no es tampoco una defensa de la anarquía o un ataque a los autores. Lo que buscamos es un medio ambiente que fomente la creatividad y deberíamos ser conscientes de los efectos de nuestras acciones en ese medio ambiente.

Mis argumentos, en el balance final de este capítulo, intentan delinear exactamente este efecto. Sin duda la tecnología de Internet ha tenido un efecto drástico en la capacidad de los dueños de copyright para proteger sus contenidos. Pero también deberían existir pocas dudas sobre el hecho de que, cuando sumas los cambios que las leyes del copyright tendrán con el tiempo y el cambio tecnológico que está experimentando la red ahora mismo, el efecto neto de esos cambios será no sólo que las obras con copyright estarán efectivamente protegidas. También, y esto es algo que generalmente no se tiene en cuenta, el efecto neto de este aumento masivo de la protección será devastador para la creatividad.

En una línea: para matar a un mosquito, estamos esparciendo DDT con consecuencias que para la cultura libre serán mucho más devastadoras que el que se escape este mosquito.

---

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, James Boyle, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?» *Duke Law Journal* 47 (1997), p. 87.

## Principios

Estados Unidos copió las leyes inglesas de copyright. En realidad, las copiamos y las mejoramos. Nuestra Constitución deja claro el propósito de los derechos de «propiedad creativa»; expresas limitaciones refuerzan el objetivo inglés de evitar editores demasiado poderosos.

El poder de establecer derechos de «propiedad creativa» es garantizado por el Congreso de una forma que es, al menos para nuestra Constitución, muy extraña. El artículo I, sección 8, cláusula 8 establece que:

El Congreso tiene el poder para promover el progreso de las Ciencias y las Artes útiles, asegurándoles, por tiempo limitado, a los autores e inventores, los derechos exclusivos sobre sus escritos y descubrimientos respectivamente.

Podemos llamarla la «Cláusula del Progreso», pues observa lo que esta cláusula no dice. No dice que el Congreso tenga el poder de conceder «derechos sobre la propiedad creativa». Dice que el Congreso tiene el poder de *promover el progreso*. La concesión de este poder es su objetivo, y este objetivo es público, no se trata de enriquecer a los editores, ni siquiera primariamente de recompensar a los autores.

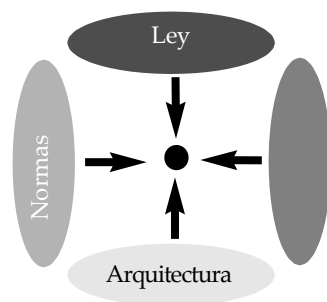
La Cláusula del Progreso limita expresamente el plazo de los copyrights. Como vimos en el capítulo 6, los ingleses limitaron el plazo del copyright para asegurarse así de que unos pocos no ejercerían un control desproporcionado sobre la cultura, ejerciendo un control desproporcionado sobre la publicación de contenidos. Podemos asumir que los padres de la Constitución siguieron a los ingleses por este mismo motivo. De hecho, a diferencia de los ingleses, reforzaron este objetivo al exigir que los copyrights se extendieran únicamente a «los autores».

El diseño de la Cláusula del Progreso refleja algo sobre el diseño general de la Constitución. Para prevenir un problema, sus autores construyeron estructuras. Para prevenir el poder concentrado de los editores, construyeron una estructura que mantenía los copyrights lejos de sus manos e hicieron que su plazo fuera corto. Para prevenir la concentración de poder en una iglesia, prohibieron que el gobierno federal estableciera una iglesia. Para prevenir la concentración de poder en manos del gobierno federal, construyeron estructuras que reforzaban el poder de los estados —incluyendo el Senado, cuyos miembros eran en ese tiempo escogidos por los estados, y un colegio electoral, también escogido por los estados, para elegir al presidente. En cada caso, una *estructura* construía restricciones y equilibrios en el marco constitucional, estructurado para prevenir concentraciones de poder que de otra forma serían inevitables.

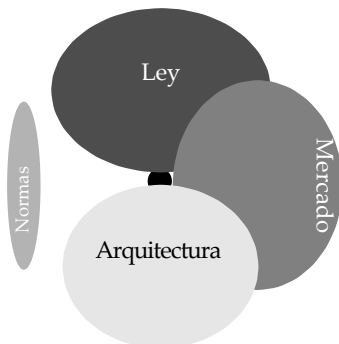
Dudo que hoy los autores de la Constitución pudieran reconocer la regulación que llamamos «copyright». El campo de acción de esa regulación va mucho más allá de cualquier cosa que alguna vez pudieran llegar a considerar. Para empezar a entender lo que hicieron, tenemos que poner nuestro «copyright» en contexto: tenemos que ver cómo ha cambiado en los 210 años que han pasado desde que se diseñó originalmente.

Algunos de estos cambios provienen de las leyes: algunos derivan de los cambios tecnológicos y algunos otros de los cambios de la tecnología dentro del marco de una determinada concentración de poder en el mercado. En los términos de nuestro modelo, empezamos aquí:

Terminaremos aquí:



Déjenme que explique cómo.



### Leyes: duración

Cuando el primer Congreso promulgó leyes para proteger la propiedad creativa, se enfrentó a la misma incertidumbre acerca del estatus de la propiedad creativa al que los ingleses se habían enfrentado en 1774. Muchos estados habían aprobado leyes que protegían la propiedad creativa y algunos

creían que esas leyes simplemente suplementaban las leyes del derecho jurisprudencial que ya protegían la autoría creativa.<sup>8</sup> Esto significaba que en los Estados Unidos de 1790 no había un dominio público con garantías. Si los copyrights estaban protegidos bajo la jurisprudencia existente, entonces no existía una forma sencilla de saber si una obra publicada en los EE.UU. estaba bajo control o era libre. Igual que en Inglaterra, esta persistente incertidumbre dificultaba que los editores pudieran disponer de un dominio público para reimprimir y distribuir obras.

Esa incertidumbre terminó después de que el Congreso aprobara una legislación que concedía copyrights. Debido a que las leyes federales anulan cualquier legislación estatal en contra, las protecciones federales para las obras con copyright eliminaron cualquier protección estatal. Igual que en Inglaterra, el Estatuto de Ana significó, a la larga, que los copyrights para todas las obras inglesas acabarían expirando; un estatuto federal significaba que cualquier copyright estatal también expiraría.

En 1790, el Congreso promulgó la primera ley de copyright. Creó un copyright federal y lo aseguró por un plazo de catorce años. Si el autor estaba vivo al final de ese plazo, entonces podía optar a renovar el copyright por otros catorce. Si no lo renovaba, su obra pasaba al dominio público.

Si bien en EE.UU. se crearon muchas obras durante los primeros diez años de la nación, en realidad sólo el 5 % fueron registradas bajo el régimen federal de copyright. De todas las obras creadas en EE.UU., tanto antes de 1790 como entre 1790 y 1800, un 95 % pasó inmediatamente al dominio público; el resto pasaría al dominio público en veintiocho años como mucho y de forma más probablemente en catorce.<sup>9</sup>

Este sistema de renovación era una parte crucial del sistema estadounidense de copyright. Aseguraba que los plazos máximos de copyright se concedieran sólo en el caso de obras para las que tales plazos se solicitaran

<sup>8</sup> William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Londres, Cambridge University Press, 1953, vol. 1, pp. 485-86: «Extinguendo, por simple implicación de la “ley suprema del país”, los derechos a perpetuidad que los autores tenían, o que algunos suponían que tenían, bajo la jurisprudencia existente» (las cursivas son mías).

<sup>9</sup> Aunque se publicaron 13.000 títulos en Estados Unidos entre 1790 y 1799, sólo se produjeron 556 registros de copyright; John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States*, vol. 1, *The Creation of an Industry, 1630-1865*, Nueva York, Bowker, 1972, p. 141. De las 21.000 impresiones de las que hay noticia antes de 1790, sólo doce fueron registradas con copyright según la ley de 1790; William J. Maher, *Copyright Term, Retrospective Extension and the Copyright Law of 1790 in Historical Context*, 7-10 (2002), disponible en el enlace #25. De este modo, la abrumadora mayoría de las obras caían inmediatamente en el dominio público. Incluso, las obras con copyright caían en el dominio público rápidamente, debido a que el plazo del copyright era corto. El plazo inicial del copyright era catorce años, con una opción de renovación por otros catorce más. Copyright Act of May 31, 1790, §1, 1 stat. 124.

expresamente. Después del plazo inicial de catorce años, si al autor no le valía la pena renovar el copyright, entonces tampoco le valía la pena a la sociedad insistir en el mismo.

Nos puede parecer que catorce años no es mucho, pero para la inmensa mayoría de dueños de copyright de la época era suficiente: sólo una pequeña minoría renovó su copyright después de catorce años; el equilibrio creado por los legisladores permitía que las obras pasaran al dominio público.<sup>10</sup>

Esta estructura tendría sentido incluso hoy en día. La mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial real de sólo un par de años. La mayoría de los libros quedan descatalogados al año.<sup>11</sup> Cuando eso ocurre, se comercia con los libros usados de una forma que está libre de la regulación del copyright. De esta manera los libros ya no están *de facto* controlados por el mismo. El único uso comercial práctico de los libros en ese tiempo es vender los libros como libros de segunda mano; ese uso —debido a que no implica una publicación— es efectivamente libre.

En los primeros cien años de la República el plazo del copyright sólo se cambió una vez. En 1831 el plazo se incrementó de un máximo de veintiocho años a un máximo de cuarenta y dos, al aumentar el plazo inicial del copyright de catorce a veintiocho. En los siguientes cincuenta años sólo se aumentó el plazo una vez más. En 1909 el Congreso extendió el plazo de renovación de catorce a veintiocho años, marcando un término máximo de cincuenta y seis.

Después, comenzando en 1962, el Congreso ha iniciado una práctica que ha redefinido las leyes del copyright. En los últimos catorce años, el Congreso ha extendido los términos de los copyrights ya existentes once veces; en estos cuarenta años, en dos ocasiones, el Congreso extendió el plazo de los futuros copyrights. En 1976 el Congreso extendió todos los copyrights ya existentes en diecinueve años. Y en 1998, con la Ley de Extensión del Plazo del copyright de Sonny Bono, el Congreso extendió el plazo de los copyrights futuros y ya existentes en veinte años.

Los efectos de estas extensiones son simplemente la imposición de un peaje al paso de obras al dominio público o su retraso. Esta última extensión significa que el dominio público habrá sido «retenido en el peaje» durante

---

<sup>10</sup> Pocos dueños de copyright decidieron renovar sus copyrights. Por ejemplo, de los 25.006 copyrights registrados en 1883, sólo 894 fueron renovados en 1910. Para un análisis, año por año, de las tasas de renovación, véase Barbara A. Ringer, «Study No. 31: Renewal of Copyright», *Studies on Copyright*, vol. 1, Nueva York, Practising Law Institute, 1963, p. 618. Para un análisis más reciente y exhaustivo, véase William M. Landes and Richard A. Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), pp. 471 y 498-501 y las cifras que lo acompañan.

<sup>11</sup> Véase Ringer, *op. cit.*, cap. 9, n. 2.

treinta y nueve años de los cincuenta y cinco anteriores, o el 70% del tiempo que ha transcurrido desde 1962. De esta manera, en los veinte años después de la Ley de Sonny Bono, mientras que un millón de patentes pasarán al dominio público, no lo hará ni un solo copyright en virtud de la expiración de su plazo.

El efecto de estas extensiones ha sido exacerbado por otra modificación en las leyes del copyright que apenas sí ha recibido atención. Recuerda que dije que los padres de la Constitución establecieron un régimen de copyright de dos partes, exigiendo que el dueño de un copyright lo renovara después de un primer plazo. El requisito de la renovación significaba que las obras que ya no necesitaran la protección del copyright pasarían más rápidamente al dominio público. La obras que continuaran estando protegidas serían aquéllas que siguieran teniendo valor comercial.

EE.UU. abandonó este sensato sistema en 1976. Para todas las obras creadas después de 1978 había solamente un plazo de copyright —el máximo plazo. Para los autores «naturales» ese plazo concluía con su muerte, más cincuenta años. Para las corporaciones el plazo era setenta y cinco años. Después, en 1992, el Congreso abandonó el requisito para todas las obras creadas antes de 1978. Todas las obras que aún tenían *copyright* recibirían el máximo plazo entonces disponible. Bajo la Ley de Sonny Bono ese plazo era de noventa y cinco años.

Este cambio significó que las leyes estadounidenses ya no tenían una forma automática de asegurar que las obras que ya no estaban siendo explotadas pasasen al dominio público. Y, de hecho, después de estos cambios, no está claro si es siquiera posible poner obras en el dominio público. El dominio público se queda huérfano a causa de estos cambios en las leyes del copyright. A pesar del requisito de que los plazos estén «limitados», no tenemos ninguna prueba de que nada vaya a limitarlos.

El efecto de estos cambios en la duración media del copyright es drástico. En 1973 más del 85% de los dueños de copyright no llegaban a renovarlo. Eso significaba que el plazo medio de copyright en 1973 era solamente 32.2 años. Debido a la eliminación del requisito de renovación, el plazo medio de copyright hoy en día es el plazo máximo. En treinta años, por lo tanto, el plazo medio se ha triplicado, de 32.2 años a 95 años.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Estas estadísticas están minimizadas. Entre los años 1910 y 1962 (el primer año en que se extendió el plazo de renovación), el plazo medio nunca fue superior a treinta y dos años, y tenía una media de treinta años. Véase Landes and Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», *loc. cit.*



## Leyes: ámbito

El «ámbito» de un copyright es la gama de derechos concedidos por las leyes. El ámbito del copyright estadounidense ha cambiado drásticamente. Esos cambios no han sido necesariamente malos. Pero deberíamos entender su magnitud si queremos mantener este debate dentro de contexto.

En 1790, ese ámbito era muy pequeño. El copyright cubría solamente «mapas, cartas de navegación y libros». Eso significaba que no cubría, por ejemplo, la música o la arquitectura. De un modo más significativo, el derecho concedido por un copyright le daba al autor el derecho exclusivo a «publicar» las obras con copyright. Eso significaba que alguien más violaba el copyright sólo si reimprimía la obra sin el permiso del dueño del copyright. Finalmente, el derecho concedido por un copyright era un derecho exclusivo sobre ese libro en particular. Ese derecho no se extendía a los que los abogados llaman «obras derivadas». Por lo tanto, no interferiría con el derecho de alguien, que no fuera el autor, a traducir un libro con copyright o a adaptar el libro a otra forma diferente (como un drama basado en un libro impreso).

Esto también ha cambiado drásticamente. Mientras que los contornos del copyright hoy en día son extremadamente difíciles de describir de una manera sencilla, en términos generales los derechos cubren prácticamente cualquier obra derivada que esté reducida a una forma tangible —cubren la música y la arquitectura, el teatro y los programas informáticos— le da al dueño del copyright de una obra creativa no sólo el derecho exclusivo a «publicar» la obra, sino también el derecho exclusivo a controlar cualquier «copia» de esa obra. Y de una forma más significativa para nuestros propósitos, este derecho le da al dueño del copyright el control ya no sólo sobre su obra en particular, sino también sobre cualquier «obra derivada» que pueda surgir a partir de la obra original. De este modo, el derecho cubre más obras creativas, protege la obra creativa de una manera más amplia, y protege obras que están basadas de una forma significativa en la obra creativa inicial.

Al mismo tiempo que el ámbito del copyright se ha extendido, las limitaciones de procedimiento para obtener este derecho se han relajado. Ya he descrito la eliminación total del requisito de renovación en 1992. Además del requisito de renovación, durante la mayoría de la historia de las leyes estadounidenses del copyright existía el requisito de que una obra tenía que registrarse antes de que recibiera la protección de un copyright. Existía también el requisito de que cualquier obra con copyright estuviera marcada con la famosa © o con la palabra copyright. Y durante la mayor parte de la historia de las leyes estadounidenses de copyright existía el requisito de que las obras fueran depositadas ante la administración pública antes de que se pudiera obtener un copyright.

La razón para el registro obligatorio era la comprensión razonable de que la mayoría de las obras no necesitaban copyright. Recordemos que en los primeros diez años de este país el 95% de las obras que podían obtener un copyright nunca se registraron. Así, la regla refleja la norma: aparentemente, la mayoría de las obras no necesitan *copyright*, de manera que el registro reducía la regulación de la ley a aquellas pocas que sí lo necesitaban. El mismo razonamiento justificaba el requisito de que una obra llevara la marca del copyright —de este modo era fácil saber si se reclamaba un copyright o no. El requisito de que se depositaran las obras era para asegurar que una vez que expirase el copyright habría una copia de la obra en algún sitio que pudiera ser copiada por otros sin tener que localizar al autor original.

Todas estas «formalidades» fueron abolidas en el sistema estadounidense, cuando decidimos seguir las leyes europeas de copyright. No existe el requisito de que registres una obra para obtener un copyright; ahora el copyright es automático; el copyright existe sin que importe si marcas tu obra con un © o no; y el copyright existe sin que importe si realmente te encargas de que haya una copia disponible para que otros la copien.

Consideremos un ejemplo práctico para entender la magnitud de estas diferencias.

Si en 1790 escribías un libro y estabas en ese 5% que realmente obtenía un copyright para ese libro, entonces las leyes del copyright te protegían contra la posibilidad de que otro editor tomara tu libro y lo reimprimiera sin tu permiso. El objetivo de este acto era regular a los editores, de manera que se previniera la competencia desleal. En 1790, había 174 editores en EE.UU.<sup>13</sup> La Ley de Copyright era por tanto una minúscula regulación para una minúscula parte del mercado creativo de Estados Unidos —los editores.

La obra dejaba a los demás creadores fuera de toda regulación. Si copiaba tu poema a mano, una y otra vez, como una forma de aprendérmelo de memoria, mis actos estaban totalmente fuera de la regulación de la ley de 1790. Si tomaba tu novela y hacía una obra de teatro basada en ella, o si la traducía o la resumía, ninguna de esas actividades estaba regulada por la ley original de copyright. Estas actividades creativas permanecían libres, mientras que las actividades de los editores estaban restringidas.

Hoy la historia es muy diferente. Si escribes un libro, tu libro está inmediatamente protegido. De hecho, no sólo tu libro. Cada e-mail, cada nota a tu esposa, cada garabato, *cada* acto creativo que es reducible a una forma

---

<sup>13</sup> Véase Thomas Bender and David Sampliner, «Poets, Pirates, and the Creation of American Literature», 29 *New York University Journal of International Law and Politics*, 255 (1997), y James Gilraeth, ed., *Federal Copyright Records, 1790-1800* (U.S. G.P.O., 1987).

tangible —todo esto tiene automáticamente copyright. No hace falta registrar o marcar tu obra. La protección sigue a la creación, no a los pasos que tomes para protegerla.

Esa protección te da el derecho (sujeto a una estrecha gama de excepciones por el *fair use*) a controlar la forma en que otros copian la obra, si la copian para volverla a publicar o para compartir un extracto.

Todo esto es la parte obvia. Cualquier sistema de copyright controlaría ediciones que compitieran con la original. Pero hay una segunda parte en el copyright de hoy en día que no es en absoluto obvia. Es la protección de los «derechos derivados». Si escribes un libro, nadie puede hacer una película de tu libro sin tu permiso. Nadie puede traducirlo sin tu permiso. CliffsNotes no puede hacer un resumen sin tu permiso. Todos estos usos derivados de tu obra original están controlados por el dueño del copyright. El copyright, en otras palabras, es ahora no sólo un derecho exclusivo sobre tus escritos, sino un derecho exclusivo sobre tus escritos y una proporción muy grande de los escritos que inspire.

Es este derecho derivado lo que les parecería más extraño a los padres de nuestra Constitución, aunque se haya convertido en una segunda naturaleza para nosotros. Inicialmente, esta expansión fue creada para enfrentarse a las obvias evasiones de un copyright más reducido. Si escribo un libro, ¿puedes cambiar una palabra y entonces reclamar un copyright para un libro nuevo y diferente? Obviamente eso sería una burla del copyright, así que la ley fue expandida apropiadamente para incluir esas leves modificaciones tanto como la obra original literal.

Al prevenir esta burla, las leyes crearon un poder asombroso sobre los mismos principios de una cultura libre —al menos, es asombroso cuando comprendes que la ley se aplica no sólo a los editores comerciales, sino a cualquiera con un ordenador. Comprendo lo que hay de malo en duplicar y vender la obra de otro. Pero sea cual sea *ese* mal, transformar la obra de otro es un tipo distinto de mal. Hay quien ve la transformación como algo que no está mal en absoluto —creen que nuestras leyes, tal y como las escribieron los padres de nuestra Constitución, no deberían proteger en absoluto los derechos derivados.<sup>14</sup>

Vayas o no tan lejos, parece claro que sea cual sea el mal presente en esto, es un mal fundamentalmente diferente al de la piratería directa.

---

<sup>14</sup> Jonathan Zittrain, «The Copyright Cage», *Legal Affairs*, July/August 2003, disponible en el enlace #26.

Sin embargo, las leyes del copyright tratan estos dos males diferentes de la misma manera. Puedo ir a un tribunal y conseguir un mandato contra el hecho de que piratees mi libro. Puedo ir a un tribunal y conseguir un mandato contra la forma en que has usado mi libro para transformarlo.<sup>15</sup> Estos dos usos diferentes de mi obra creativa son tratados igual.

De nuevo, puede que esto te parezca bien. Si escribiera un libro, entonces ¿por qué habrías de poder escribir una película que toma mi historia y ganar dinero sin pagarme nada o sin reconocer mi autoría original? O si Disney crea una criatura llamada «Mickey Mouse», ¿por qué habrías de poder hacer juguetes de Mickey Mouse y ser el que comercie con el valor que Disney creó originalmente?

Éstos son buenos argumentos y, en general, mi idea no es que los derechos derivados no estén justificados. Mi objetivo ahora es propiamente mucho más reducido: simplemente quiero dejar claro que esta expansión es una modificación significativa con respecto a los derechos originalmente concedidos.

### Ley y arquitectura: alcance

Mientras que originalmente la ley regulaba únicamente a los editores, el cambio en el ámbito del copyright significa que hoy en día las leyes regulan a los editores, usuarios y autores. Los regula porque cualquiera de los tres es capaz de hacer copias y el núcleo de la regulación de la ley del copyright son las copias.<sup>16</sup>

«Copias». Esto ciertamente suena como algo obvio que debe ser regulado por una ley de copyright. Pero como con el argumento de Jack Valenti al principio de este capítulo, el que esa «propiedad creativa» merece los «mismos

---

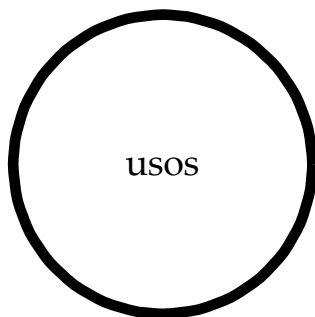
<sup>15</sup> El profesor Rubinfeld ha presentado un convincente argumento constitucional sobre la diferencia que la ley del copyright debería dibujar (desde la perspectiva de la Primera Enmienda) entre las meras «copias» y las obras derivadas. Véase Jed Rubinfeld, «The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality», *Yale Law Journal* 112 (2002), pp. 1-60 (véase especialmente pp. 53-59).

<sup>16</sup> Se trata de una simplificación de la ley, pero no demasiado grande. Ciertamente, la ley regula algo más que las «copias» —una interpretación en público de una canción con copyright, por ejemplo, está regulada incluso si una interpretación en sí no crea una copia; 17 *United States Code*, section 106(4). Y ciertamente a veces no regula una «copia»; 17 *United States Code*, sección 112(a). Pero la presunción bajo la ley actual (que regula las «copias»; 17 *United States Code*, sección 102) es que si hay una copia, hay un derecho.

derechos» que cualquier otra propiedad, es una obviedad con lo que hemos de tener el máximo cuidado. Porque mientras que puede que sea obvio que, en el mundo antes de Internet, las copias fueran el motivo obvio para la ley de copyright, cuando reflexionamos sobre ello debería ser obvio que, en un mundo con Internet, las copias *no* deberían ser el motivo para una ley de copyright. De un modo más preciso, no deberían ser *siempre* el motivo para una ley de copyright.

Ésta es quizás la idea central de este libro, así que permitidme que vaya muy despacio en esto para que no se nos escape fácilmente. Mi idea es que Internet debería forzarnos, al menos, a volver a pensar las condiciones bajo las cuales la ley del copyright se aplica automáticamente,<sup>17</sup> porque está claro que el alcance actual del copyright nunca fue contemplado, y mucho menos escogido, por los legisladores que promulgaron la ley del copyright.

Podemos ver este punto de un modo abstracto comenzando con este círculo esencialmente vacío.



Piensa en un libro en el espacio real, e imagina que este círculo representa todos sus usos potenciales. La mayoría de estos usos no están regulados por la ley de copyright, porque los usos no crean una copia. Si lees un libro, ese acto no está regulado por la ley de copyright. Si se lo das a alguien, ese acto no está regulado por la ley de copyright. Si revendes el libro, ese acto no está regulado (la ley de copyright declara expresamente que después de la primera venta de un libro, el dueño del copyright no puede imponer ninguna condición más sobre las formas en las que un comprador dispone del mismo). Si duermes sobre el libro o lo usas para calzar una lámpara o dejas que tu perrito lo mastique, estos actos no están regulados por la ley del copyright, porque estos usos no crean una copia.

---

<sup>17</sup> Así, mi argumento no es que en cada espacio al que se extiende la ley del copyright debamos revocarla. Por el contrario, deberíamos tener un buen argumento para extenderla allí donde lo hace y no deberíamos determinar su alcance en función de los cambios arbitrarios y automáticos causados por la tecnología.



Obviamente, sin embargo, algunos usos de un libro con copyright están regulados por la ley del copyright. Reimprimir un libro, por ejemplo, crea una copia. Por lo tanto está regulado por la ley del copyright. De hecho, este uso en particular constituye el núcleo de este círculo de usos posibles de una obra con copyright. Es propiamente el uso paradigmático, regulado por la regulación del copyright (véase el siguiente diagrama).

Finalmente, hay una minúscula gama de usos que de otra forma estarían regulados por los usos que implican una copia, pero que permanecen sin regular porque la ley los considera «*fair uses*».



Estos usos implican, en sí mismos, la creación de copias, pero la ley los deja sin regular porque la política a favor del bien público exige que permanezcan así. Eres libre de citar partes de este libro, incluso en una reseña que sea muy negativa, sin mi permiso, incluso si esa cita crea una copia. Esa copia le daría habitualmente al dueño del *copyright* el derecho exclusivo a decir si se permite una copia o no, pero la ley le niega cualquier derecho exclusivo sobre semejantes «*fair uses*» por razones relativas al bien público (y posiblemente a la Primera Enmienda).



En el espacio real, por lo tanto, los usos posibles de un libro están divididos en tres tipos: (1) usos sin regular, (2) usos regulados, (3) usos regulados que, no obstante, se consideran «justos» sin que importe la opinión del dueño del *copyright*.

En esto aparece Internet —una red digital distribuida en el espacio en la que cada uso de una obra con *copyright* crea una copia.<sup>18</sup> Y debido a esta sola y arbitraria característica del diseño de una red digital, el ámbito de la categoría 1 se modifica drásticamente. Usos que previamente se suponía sin regular ahora se supone que están regulados. Ya no hay una serie de usos presuntamente no regulados que definan una libertad asociada con una obra con *copyright*. Por el contrario, cada uso está ahora sujeto al *copyright*, porque cada uso crea también una copia —la categoría 1 se ve absorbida por la categoría 2. Y aquellos que defenderían los usos no regulados de una obra con *copyright* deben recurrir exclusivamente a la categoría 3, *fair use*, que ahora ha de soportar la carga de este cambio.

---

<sup>18</sup> No quiero decir «naturaleza» en el sentido de que no podría ser diferente, sino más bien en el sentido de que en su presente realización implica una copia. Las redes ópticas no necesitan hacer copias de los contenidos que transmiten y se podría diseñar una red digital que borrara cualquier cosa que se copiara de manera que permaneciera el mismo número de copias.

Así que aclaremos específicamente este punto general. Antes de Internet, si comprabas un libro y lo leías diez veces, no había ningún argumento razonable relacionado con el copyright que el dueño del mismo pudiera ofrecer para controlar el uso de su libro. La ley de copyright no tenía nada que decir acerca de si leías el libro una o diez veces, o cada noche antes de acostarte. Ninguna de esas instancias de uso —lectura— podía verse regulada por la ley del copyright porque ninguno de esos usos producía una copia.

Pero el mismo libro en formato e-book está efectivamente gobernado por una serie distinta de reglas. Si ahora el dueño del copyright dice que puedes leer el libro solamente una vez, o una vez al mes, entonces la *ley del copyright* ayudará al dueño del copyright a ejercer este grado de control, debido a la característica accidental de la ley del copyright que motiva su aplicación cada vez que hay una copia. Si ahora lees un libro diez veces y la licencia dice que sólo lo puedes leer cinco, entonces cada vez que lees el libro (o una parte de él) después de la quinta vez, estás haciendo una copia del libro en contra de los deseos del dueño del copyright.

Hay quien piensa que esto tiene todo el sentido del mundo. Mi objetivo ahora no es discutir si esto tiene sentido o no. Mi objetivo es sólo dejar claro el cambio. Una vez que veas esta idea, también quedarán claras otras ideas.

Primero, hacer que la categoría 1 desaparezca fue algo que nunca pretendieron los legisladores. El Congreso no pensó en el colapso de los usos de obras con copyright que se suponían no regulados. No hay prueba alguna de que los legisladores tuvieran esta idea en mente cuando permitieron que nuestra normativa se alterara de este modo. Los usos sin regular eran una parte importante de la cultura libre antes de Internet.

Segundo, este cambio es especialmente perturbador en el contexto de los usos transformadores del contenido creativo. De nuevo, todos podemos entender los males de la piratería comercial. Pero la ley pretende ahora regular *cualquier* transformación que hagas de una obra creativa usando una máquina. «Copiar y pegar» y «cortar y pegar» se convierten ahora en delitos. Modificar un relato y publicarlo para otros te expone al menos al requisito de ofrecer una justificación. Por muy perturbadora que sea la expansión del copyright con relación a la copia de una obra determinada, resulta extraordinariamente perturbadora con respecto a los usos transformadores de una obra creativa.

Tercero, este cambio de la categoría 1 a la 2 se carga extraordinariamente sobre la categoría 3 («*fair use*»), una carga que el *fair use* nunca antes tuvo que soportar. Si un dueño de copyright intentara ahora controlar cuántas veces puedo leer un libro en la Red, la respuesta natural sería argumentar que esto es una violación de mis derechos al *fair use*. Pero nunca ha habido ningún litigio sobre si tengo un derecho de *fair use* a leer, porque antes de Internet leer no motivaba la aplicación de la ley del copyright y por lo tanto



la necesidad de defenderse recurriendo al *fair use*. El derecho a leer estaba efectivamente protegido porque leer no estaba regulado.

Este punto sobre el *fair use* está siendo completamente ignorado, incluso por los defensores de la cultura libre. Nos han acorralado hasta el punto de que sólo podemos defender que nuestros derechos dependen del *fair use* —sin ni siquiera dedicarnos a discutir la cuestión anterior de la expansión de la regulación a todos los efectos. Una delgada protección basada en el *fair use* tiene sentido cuando la inmensa mayoría de los usos están *sin regular*. Pero cuando presuntamente todo se vuelve regulado, entonces no bastan las protecciones del *fair use*.

El caso de Video Pipeline es un buen ejemplo. Video Pipeline estaba en el negocio de los *trailers* de películas disponibles en las tiendas de video. Las tiendas los exhibían como una manera de vender videos. Video Pipeline obtenía los trailers de las distribuidoras cinematográficas, los grababa en cintas y vendía las cintas a las tiendas.

La compañía hizo esto durante quince años. Luego, en 1997, empezó a pensar en Internet como otra forma de distribuir estos avances. La idea era ampliar su técnica de «venta *by sampling*» ofreciendo a las tiendas *on line* la misma capacidad para hacer posible que se echase un vistazo a sus existencias. Igual que en una librería puedes leer varias páginas de un libro antes de comprarlo, también podrías echarle un vistazo *on line* a un fragmento de una película antes de comprarla.

En 1998, Video Pipeline informó a Disney y a otras distribuidoras que pretendía distribuir los trailers por Internet (en lugar de enviar cintas) a sus distribuidores de videos. Dos años después, Disney le dijo a Pipeline que dejara de hacerlo. El dueño de Video Pipeline le pidió a Disney que hablasen del asunto —había construido un negocio distribuyendo estos contenidos como una manera de ayudar a Disney a vender sus películas; tenía clientes que dependían de que él distribuyera estos contenidos. Disney estuvo de acuerdo con sentirse a hablar sólo si Video Pipeline frenaba completamente la distribución. Video Pipeline pensó que entraba dentro de sus derechos al *fair use* distribuir los *clips* que tenía. Así que presentaron una demanda para pedirle al tribunal que declarara que esos derechos eran en efecto sus derechos.

Disney respondió con otra demanda —por cien millones de dólares por daños y perjuicios. Esos daños se presentaron como el resultado de que Video Pipeline hubiera «violado voluntariamente» el copyright de Disney. Cuando un tribunal halla una violación voluntaria del copyright, puede conceder daños y perjuicios no a partir del daño real causado al dueño del copyright, sino a partir de una cantidad fijada en el estatuto al efecto. Dado que Video Pipeline había distribuido setecientos trailers de las películas de Diney para hacer posible que las tiendas de videos vendieran copias de esas películas, ahora Disney estaba demandando a Video Pipeline por cien millones de dólares.

Disney tiene el derecho de controlar su propiedad, por supuesto. Pero las tiendas que estaban vendiendo las películas de Disney también tenían algún derecho a poder vender las películas que le habían comprado a Disney. La reclamación de Disney en los tribunales era que se dejaba que las tiendas vendieran las películas y que se les permitía que confeccionaran listas de los títulos que vendían, pero no se les permitía mostrar segmentos de las películas sin permiso, como medio para venderlas.

Ahora bien, puede que pienses que éste es un caso que se ofrece a disputa y yo creo que los tribunales deberían considerarlo como tal. Mi intención aquí es delinear los cambios que le otorgan este poder a Disney. Antes de Internet, Disney no podía controlar verdaderamente cómo accedía la gente a sus contenidos. Una vez que el video entraba en el mercado, la «doctrina de la primera venta» liberaría al vendedor para usar el video como deseara, incluyendo la exhibición de partes de él con el fin de aumentar las ventas de la película. Pero con Internet, a Disney le resulta posible centralizar el control sobre el acceso a estos contenidos. Como cada uso de Internet crea una copia, el uso en Internet pasa a estar sujeto al control real del dueño del copyright. La tecnología expande el ámbito efectivo de control, ya que crea una copia dentro de cada transacción.

Sin duda, un uso potencial no es todavía un abuso y así el uso potencial para el control no es todavía un abuso de control. Barnes & Noble tiene el derecho a decir que no puedes tocar ni un solo libro de sus tiendas; las leyes de la propiedad les otorgan ese derecho. Pero el mercado protege efectivamente contra ese abuso. Si Barnes & Noble prohibiera hojear libros, entonces los consumidores escogerían otras librerías. La competencia nos protege de los extremos. Y bien pudiera ser (mi argumento no llega lo suficientemente lejos como para llegar siquiera a cuestionar esto) que la competencia previniese un peligro similar cuando se trata del copyright. Seguramente, los editores, ejerciendo los derechos que los autores les han asignado, pueden intentar regular cuántas veces puedes leer un libro o intentar impedir que compartas ese libro con nadie. Pero en un mercado en el que existe la competencia, como es el mercado del libro, los peligros de que esto ocurra son pequeños.

De nuevo, hasta aquí mi propósito es simplemente delinear los cambios posibilitados por esta arquitectura modificada. Permitir que la tecnología haga efectivo el control del copyright significa que el control del copyright ya no está definido por una política equilibrada. El control del copyright es simplemente lo que escogen los dueños privados. En algunos contextos, al menos, este hecho es inofensivo. Pero en otros es una receta para el desastre.

## Arquitectura y ley: fuerza

La desaparición de usos sin regular ya sería un cambio bastante grande, pero un segundo e importante cambio, a causa de Internet, aumenta aún más su importancia. Este otro cambio no afecta al alcance de la regulación del copyright; sino a la manera en que se hace cumplir esta regulación.

En el mundo anterior a la tecnología digital, las leyes eran generalmente las que controlaban si y cómo se sometía cualquiera a la regulación de la ley de copyright. Las leyes, es decir, un tribunal; es decir, un juez, era, al final, un ser humano —educado en la tradición del derecho y conocedor de los equilibrios que esa tradición abraza— quien decía si y cómo las leyes debían restringir tu libertad.

Tenemos la famosa historia de la batalla entre los hermanos Marx y los hermanos Warner. Los Marx pretendían hacer una parodia de *Casablanca*. Los hermanos Warner (esto es, la Warner Bros.) les escribieron una carta extremadamente obscena, avisándoles de que tendrían serias consecuencias legales si seguían adelante con sus planes.<sup>19</sup>

Esto llevó a que los hermanos Marx les pagaran con la misma moneda. Avisaron a los hermanos Warner de que los hermanos Marx «eran hermanos mucho antes que ustedes».<sup>20</sup> Los hermanos Marx por los tanto eran dueños de la palabra *hermanos* y si la Warner Bros. (esto es, los «hermanos Warner») seguían insistiendo en controlar *Casablanca*, entonces los hermanos Marx seguirían insistiendo en controlar la palabra *hermanos*.

Una amenaza absurda y vacía, por supuesto, porque los hermanos Warner, como los hermanos Marx, sabían que ningún tribunal haría cumplir una reclamación tan tonta. Este extremismo era irrelevante para las libertades reales de las que cualquiera (incluyendo a los hermanos Warner) disfrutaba.

En Internet, sin embargo, no hay trabas a las reglas tontas, porque en Internet, y cada vez más, las reglas son cumplidas, no por seres humanos, sino por máquinas: de forma creciente las reglas de la ley de copyright, tal y como las interpreta el dueño del copyright, acaban inscritas en la propia tecnología que distribuye contenidos con copyright. Es el código, no la ley, quien manda. Y el problema con las regulaciones implementadas con código es que, a diferencia de la ley, el código no tiene vergüenza. El código no entendería el humor de los hermanos Marx. Las consecuencias no son en absoluto graciosas.

---

<sup>19</sup> Véase David Lange, «Recognizing the Public Domain», *Law and Contemporary Problems*, 44 (1981), pp. 172-73.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Véase también Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, pp. 1-3.

Consideremos la vida de mi lector Adobe de *e-books* (libros digitales).

Un *e-book* es un libro distribuido en formato electrónico. Un *e-book* de Adobe no es un libro que Adobe haya publicado; Adobe simplemente produce el software que los editores usan para distribuir *e-books*. Proporciona la tecnología y el editor distribuye los contenidos usando la tecnología.

En la próxima página hay una imagen de una versión antigua de mi lector Adobe.

Como puedes ver, tengo una pequeña colección de libros digitales dentro de esta biblioteca digital. Algunos de estos libros reproducen contenidos que están en el dominio público: *Middlemarch*, por ejemplo, está en el dominio público. Algunos de ellos reproducen contenidos que no están en el dominio público: mi propio libro *The Future of Ideas* no está todavía en el dominio público.

Consideremos primero *Middlemarch*. Si haces click en mi ejemplar digital de *Middlemarch*, verás una portada vistosa y luego un botón abajo del todo que dice Permisos.



Si haces click en el botón de Permisos, verás una lista de los permisos que el editor pretende conceder con este libro.

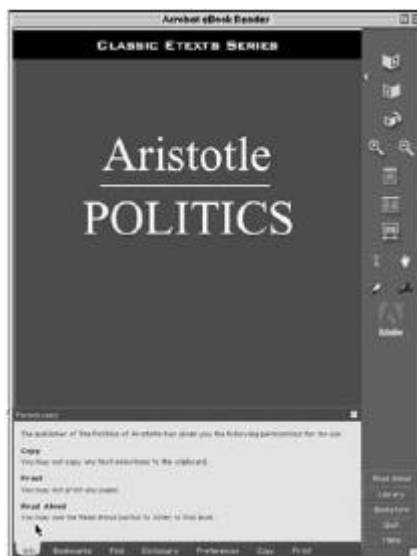


Según mi lector de *e-books*, tengo el permiso para copiar al «portapapeles» del ordenador diez extractos cada diez días. (Hasta ahora, no he copiado texto al portapapeles). También tengo permiso para imprimir diez páginas cada diez días. Finalmente, tengo permiso para usar el botón de Lee en Voz Alta para escuchar la lectura de *Middlemarch*.

Aquí está el ejemplar digital de otra obra en el dominio público (incluyendo la traducción): la *Política* de Aristóteles.

Según los permisos, no se permiten en absoluto ni la impresión ni la copia. Pero afortunadamente puedes usar el botón de Leer en Voz Alta para escuchar el libro.

Finalmente (y de un modo más vergonzoso), aquí están los permisos para el ejemplar digital original de mi último libro, *The Future of Ideas*:



Ni copias, ni impresiones, ¡y que ni se te ocurra escuchar este libro!

Ahora bien, el Lector de *e-books* de Adobe llama a estos controles «permisos» — como si el editor tuviera el poder de controlar cómo usas estas obras. Para las obras bajo copyright, ciertamente el dueño tiene este poder — dentro de los límites de la ley de copyright. Pero para las obras que no están bajo el régimen de copyright, no existe este poder de copyright.<sup>21</sup> Cuando mi ejemplar digital de *Middlemarch* dice que tengo permiso para copiar sólo diez extractos a la memoria del ordenador cada diez días, lo que realmente significa es que el Lector le ha permitido al editor que controle cómo uso el libro en mi propio ordenador, yendo mucho más allá de los controles que las leyes harían posibles.

Este control, por el contrario, viene del código — de la tecnología dentro de la cual «vive» el libro digital. Aunque el libro digital diga que éstos son permisos, no son el tipo de «permisos» con el que la mayoría de nosotros trata cada día. Cuando una adolescente consigue «permiso» para salir hasta medianoche, sabe (a menos que sea Cenicienta) que puede quedarse hasta las dos de la mañana, pero sabe también que la castigarán si la pillan. Pero cuando el Lector de Adobe dice que tengo permiso para hacer diez copias del texto en la memoria del ordenador, significa que cuando haya hecho diez copias, el ordenador no hará ninguna más. Lo mismo ocurre con las restricciones a las impresiones: después de diez páginas, el Lector no imprimirá ni una página más. Y lo mismo ocurre con la estúpida restricción que dice que no puedes usar el botón de Leer en Voz Alta para leer mi libro en voz alta — no se trata de que la compañía te demande si lo haces; más bien, si pulsas el botón de Leer en Voz Alta con mi libro, la máquina simplemente no lo leerá en voz alta.

Son *controles*, no permisos. Imagínate un mundo en el que los hermanos Marx vendieran procesadores de texto que, cuando intentases escribir hermanos Warner, borrarán «hermanos» de la frase.

He aquí el futuro de las leyes de *copyright*: no tanto *leyes* de *copyright* como *código* de *copyright*. Los controles sobre el acceso a los contenidos no serán controles que estén ratificados por los tribunales; los controles sobre el acceso a los contenidos serán controles diseñados por programadores. Y si bien los controles que están inscritos en las leyes siempre serán comprobados por un juez, los controles inscritos en la tecnología no tendrán inserta una verificación semejante.

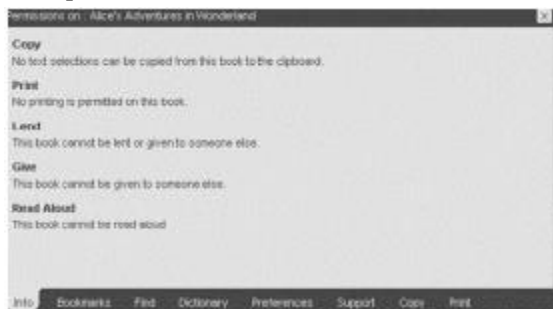
---

<sup>21</sup> En principio, un contrato debería imponerme un requisito. Podrías, por ejemplo, comprar un libro que incluya un contrato que dicta que sólo puede ser leído tres veces o que exija la promesa de leerlo sólo tres veces. Pero esa obligación (y los límites para crear semejante obligación) vendrían del contrato, no de la ley de copyright, y las obligaciones contractuales no necesariamente pasarían a cualquiera que comprara más tarde el libro.

¿Hasta qué punto importa esto? ¿No es siempre posible saltarse los controles insertados en la tecnología? Normalmente el software se vendía con tecnologías que limitaban la capacidad de los usuarios para hacer copias, pero derrotar esas protecciones era algo trivial. ¿Por qué no debería ser trivial derrotar también estas protecciones?

Solamente hemos arañado la superficie de esta historia. Volvamos al Lector de *e-books* de Adobe.

En los comienzos de la vida del Lector, Adobe sufrió una pesadilla en el campo de las relaciones públicas. Entre los libros que podías bajarte gratis de la página de Adobe había una copia de *Alicia en el país de las maravillas*. Este maravilloso libro está en el dominio público. Sin embargo, cuando hacías click en los Permisos para ese libro, te salía esta información:



He aquí un libro para niños en el dominio público que no podías copiar, ni prestar, ni dar ni, como indicaban los «permisos», ¡leer en voz alta!

La pesadilla en términos de relaciones públicas tenía que ver con ese último permiso. Porque el texto no decía que no podías usar el botón Leer en Voz Alta; decía que no podías leer el libro en voz alta. Eso hizo que alguna gente pensara que Adobe estaba restringiendo el derecho de los padres, por ejemplo, a leerles el libro a sus hijos, lo cual, como poco, parecía absurdo.

Rápidamente Adobe respondió que era absurdo pensar que estaba intentando restringir el derecho a leer el libro en voz alta. Obviamente sólo estaba restringiendo la capacidad de usar el botón de Leer en Voz Alta para hacer que el ordenador leyera el libro en voz alta. Pero la pregunta que Adobe no respondió nunca es ésta: ¿Por lo tanto, estaría Adobe de acuerdo en que los consumidores tuvieran la libertad para usar software que rompiera las restricciones insertas en el Lector de *e-books*? Si alguna compañía (digamos Elcomsoft) desarrollara un programa para desactivar la protección tecnológica inserta en un *e-book* de Adobe de manera que, por ejemplo, un invidente pudiera usar el ordenador para leer el libro en voz alta, ¿estaría Adobe de acuerdo con que ese uso del Lector era justo? Adobe no respondió porque la contestación, por absurdo que parezca, es negativa.

La idea no es echarle la culpa a Adobe. De hecho, Adobe está entre las compañías más innovadoras a la hora de desarrollar estrategias que equilibren un acceso abierto a los contenidos y los incentivos para que las compañías innoven. Pero la tecnología de Adobe posibilita el control y Adobe tiene un incentivo para defender este control. Este incentivo es comprensible, pero lo que resulta de él, es a menudo una locura.

Para ver este punto en un contexto particularmente absurdo, considera una de mis anécdotas favoritas, que postula la misma idea.

Piensa en el perro-robot fabricado por Sony que se llama «Aibo». Un Aibo aprende trucos, te abraza con amor y te sigue a todos sitios. Sólo come electricidad y no ensucia demasiado (al menos no en tu casa).

El Aibo es caro y popular. Fans de todo el mundo han creado clubs para intercambiar historias sobre él. Un fan en particular creó un sitio para hacer posible el intercambio de información sobre el Aibo. Este fan creó aibopet.com (y aibohack.com, aunque te reenvía al mismo sitio) y en esa página proporcionó información sobre como enseñarle al Aibo otros trucos además de los que Sony le había enseñado.

«Enseñar» en este contexto tiene un significado especial. Los aibos no son más que ordenadores muy monos. A un ordenador le enseñas a hacer algo programándolo de una manera diferente. Así que decir que aibopet.com estaba dando información sobre cómo enseñarle al perro a hacer trucos nuevos es igual que decir que aibopet.com estaba dándoles información a los usuarios de Aibo sobre cómo *hackear* su perro-computadora para que hiciera trucos nuevos (de ahí lo de aibohack.com).

Si no eres programador o no conoces a muchos programadores, la palabra *hack*<sup>22</sup> tiene connotaciones particularmente siniestras. Los no programadores cortan arbustos o malas hierbas. Pero para los programadores, o codificadores, como yo los llamo, *hack* es un término mucho más positivo. *Hack* sólo significa un código que permite que el programa haga algo que originalmente no se pretendía que hiciera, o que no podía hacer. Si compras una impresora nueva para un ordenador viejo, puede que te encuentres con que el viejo ordenador no reconoce la impresora. Si descubres esto, puede que más tarde te alegres de descubrir un «*hack*» en la Red, programado por alguien que ha escrito un *driver* para permitirle al ordenador que ejecute la impresora que acabas de comprarte.

Algunos *hacks* son fáciles. Algunos son increíblemente difíciles. A los hackers, en tanto comunidad, les gusta retarse entre sí y a la gente de fuera para

---

<sup>22</sup> Es decir, cortar de tajo, con un hacha por ejemplo [N. del T].



hacer cosas cada vez más difíciles. Un cierto respeto acompaña al talento para «hackear» bien. Un respeto ganado mercedamente acompaña al talento para hackear de forma ética.

El fan del Aibo estaba desplegando un poco de los dos cuando hackeó el programa y le ofreció al mundo un pedazo de código que haría posible que el Aibo bailara jazz. El perro no estaba programado para bailar jazz. Fue el resultado de jugar inteligentemente con el código, lo que convirtió al perro en una criatura con más talentos que los que Sony le había dado.

He contado esta historia en muchos contextos, tanto dentro como fuera de Estados Unidos. Una vez un desconcertado miembro del público me preguntó si estaba permitido que un perro bailara jazz en EE.UU. Se nos olvida que historias de las zonas rurales más remotas recorren todavía el mundo. Así que déjenme aclararles una cosa antes de continuar: (ya) no es delito bailar jazz en ningún sitio. Ni tampoco debería ser delito (aunque no nos falta mucho para llegar a eso) enseñarle a tu perro-robot a bailar jazz. Bailar jazz es una actividad completamente legal. Uno se imagina que el dueño de aibopet.com pensó: *¿Qué problema puede haber en enseñar a bailar a un perro-robot?*

Dejemos descansar al perro un instante y dirijamos nuestra atención a un espectáculo de ponis —no literalmente a un espectáculo de ponis, sino más bien a una ponencia que un profesor de Princeton preparó para un congreso. Este profesor de Princeton es muy conocido y muy respetado. El gobierno lo contrató en el caso Microsoft para que comprobara la veracidad de las afirmaciones de esta compañía acerca de lo que se podía hacer o no con su propio código. En ese juicio demostró su inteligencia y sangre fría. Sometido al fuerte acoso de Microsoft, se mantuvo firme en sus conclusiones. No se iba a dejar intimidar para que se callara acerca de algo que conoce muy bien.

Pero la valentía de Felten se puso verdaderamente a prueba en abril de 2001.<sup>23</sup> Junto a un grupo de colegas estaba trabajando en una ponencia que iban a enviar a un congreso. El ensayo pretendía describir los puntos débiles de un sistema de encriptación que la Iniciativa para la música digital segura (SDMI en inglés) estaba desarrollando como técnica para controlar la distribución de música.

---

<sup>23</sup> Véase Pamela Samuelson, «Anticircumvention Rules: Threat to Science», *Science* 293 (2001), p. 2028; Brendan I. Koerner, «Play Dead: Sony Muzzles the Techies Who Teach a Robot Dog New Tricks», *American Prospect*, 1 de enero de 2002; «Court Dismisses Computer Scientists' Challenge to DMCA», *Intellectual Property Litigation Reporter*, 11 de diciembre de 2001; Bill Holland, «Copyright Act Raising Free-Speech Concerns», *Billboard*, 26 de mayo de 2001; Janelle Brown, «Is the RIAA Running Scared?» *Salon.com*, 26 de abril de 2001; Electronic Frontier Foundation, «Frequently Asked Questions about *Felten and USENIX v. RIAA* Legal Case», disponible en el enlace #27.

La coalición de la SDMI tenía como meta una tecnología que les permitiera a los dueños de contenidos ejercer un control mucho mayor que lo que la red de Internet original les había concedido. Usando la encriptación, la SDMI esperaba desarrollar un estándar que les permitiría a los dueños decir «esta música no se puede copiar» y lograr que un ordenador respetara esa orden. La tecnología iba a ser parte de un «sistema de informática de confianza» que haría que los dueños de contenidos confiaran mucho más en el sistema de Internet.

Cuando la SDMI pensó que estaba cerca de un estándar, organizó una competición. A cambio de proporcionar a los concursantes el código de una muestra de contenidos encriptados por la SDMI, los concursantes tenían que intentar romperlo y, si lo hacían, informar de los problemas al consorcio.

Felten y su equipo se hicieron rápidamente una idea del sistema de encriptado. Su equipo y él consideraron las debilidades de este sistema como perteneciente a un determinado orden: muchos sistemas de encriptación sufrirían del mismo fallo y Felten y su equipo pensaron que valdría la pena hacérselo ver a los que estudian encriptación.

Repasemos lo que estaba haciendo Felten. Una vez más, esto es Estados Unidos. Tenemos un principio que defiende la libertad de expresión. Tenemos este principio no sólo porque tiene rango de ley, sino porque es verdaderamente una gran idea. Una tradición de libertad de expresión fuertemente protegida es probable que dé pie a una amplia gama de discurso crítico. Este discurso es probable, a su vez, que mejore los sistemas o a la gente o a las ideas criticadas.

Lo que Felten y sus colegas estaban haciendo era hacer público en un artículo la descripción de fallos de una tecnología. No estaban difundiendo música gratis, o construyendo y desplegando esta tecnología. El artículo era una ponencia académica, ininteligible para la mayoría de la gente. Pero mostraba claramente la debilidad del sistema de la SDMI y las razones por las que la SDMI, tal y como estaba constituida, no podría tener éxito.

Lo que une a ambos, a aibopet.com y a Felten, es las cartas que recibieron. Aibopet.com recibió una carta de Sony sobre el hack de la página. Aunque un perro que baile jazz es perfectamente legal, Sony escribió:

Su sitio contiene información que proporciona los medios para burlar los protocolos de protección del AIBO, lo que constituye una violación de las disposiciones anti-ruptura de sistemas de protección de la Digital Millenium Copyright Act.

Y aunque una ponencia académica que describe las debilidades de un sistema de encriptación debería ser también perfectamente legal, Felten recibió una carta de un abogado de la RIAA que decía:

Cualquier revelación de información obtenida participando en el Reto Público estaría fuera de la gama de actividades permitidas por el Contrato y podría hacer que su equipo investigador y usted se sometieran a acciones legales bajo la Digital Millenium Copyright Act («DMCA»).

En ambos casos se invocaba esta ley extrañamente orwelliana para controlar la difusión de información. La Digital Millenium Copyright Act («Ley de *Copyright* del milenio digital») hacía que difundir esa información fuera un delito.

La DMCA fue promulgada como respuesta a los primeros miedos al ciberespacio de los dueños de *copyright*. El miedo era a que el control del *copyright* estuviera efectivamente muerto; la respuesta fue encontrar tecnologías que compensaran esta desaparición. Estas nuevas tecnologías serían tecnologías de protección del *copyright* —tecnologías que controlarían la réplica y distribución de materiales con *copyright*. Fueron diseñadas como *código* para modificar el *código* de Internet, para reestablecer alguna protección para los dueños del *copyright*.

La DMCA era una creación legal con el objetivo de respaldar la protección de este código diseñado para proteger materiales con *copyright*. Era, podríamos decir, código legal que tenía el objetivo de afianzar un *código informático* que en sí mismo tuviera el objetivo de apoyar el *código legal del copyright*.

Pero la DMCA no fue simplemente diseñada para proteger obras con *copyright*, en la misma medida con la que eran protegidas por la ley de *copyright*. Es decir, su protección no terminaba con el límite marcado por el *copyright*. La DMCA regulaba todo dispositivo que estuviera diseñado para saltarse medidas de protección del *copyright*. Estaba diseñada para prohibir esos dispositivos, sin que importara si el uso del material con *copyright* hecho posible por esa ruptura de la protección fuera un violación del *copyright*.

Aibopet.com y Felten lo dejan claro. El hack de Aibo se saltaba un sistema de protección de *copyright* con el propósito de permitir que el perro bailara jazz. Hacer posible esto implicaba, sin duda, el uso de materiales con *copyright*. Pero dado que el sitio aibopet.com no era comercial y que el uso no hacía posibles violaciones subsecuentes del *copyright*, no hay duda de que el hack de aibopet.com era *fair use* de los materiales con *copyright* de Sony. Sin embargo, el *fair use* no es una defensa contra la DMCA. La cuestión no es si el uso de materiales con *copyright* era una violación del *copyright*. La cuestión era si se había roto un sistema de protección de *copyright*.

La amenaza contra Felten era más leve, pero seguía la misma línea de razonamiento. Al publicar un artículo describiendo cómo podía romperse un sistema de protección de *copyright*, el abogado de la RIAA sugería que

el propio Felten estaba distribuyendo una tecnología para la desactivación de protecciones. Así, aunque él mismo no estaba violando el copyright de nadie, su ponencia académica capacitaba a otros para infringir el copyright de terceros.

La extrañeza de estos argumentos queda capturada en una viñeta dibujada en 1981 por Paul Conrad. En ese año, un tribunal en California había decidido que los reproductores de video deberían prohibirse porque eran una tecnología que violaba el copyright: permitía que los consumidores copiaran películas sin el permiso del dueño del copyright. Sin duda había usos de la tecnología que eran legales: Fred Rogers, conocido como Mr. Rogers, por ejemplo, había testificado en ese caso y afirmado que quería que la gente se sintiera libre de grabar *Mr. Rogers' Neighborhood*.

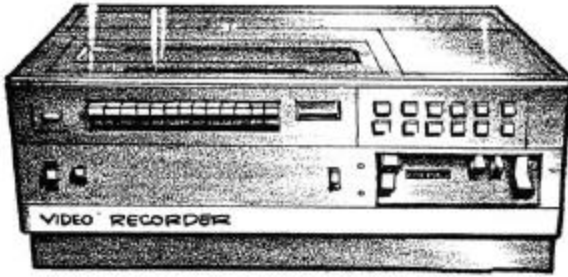
Algunas emisoras públicas, igual que algunas emisoras comerciales, programan «Neighborhood» a horas a las que algunos niños no pueden verlo. Creo que es un verdadero servicio para las familias permitirles que graben esos programas y los muestren a un horario apropiado. Siempre he pensado que con la llegada de toda esta nueva tecnología que permite que la gente grave «Neighborhood», y estoy hablando del «Neighborhood» porque es lo que produzco, entonces la gente se volvería mucho más activa en la programación del consumo familiar de televisión. Francamente, me opongo a que unas personas programen a otras. Todo mi acercamiento a la televisión siempre ha sido «eres alguien importante siendo de la manera que eres. Puedes tomar decisiones sanas». Quizás me estoy alargando, pero pienso que cualquier cosa que le permita a una persona tener un control más activo sobre su vida, de una forma sana, es importante.<sup>24</sup>

Aunque había usos que eran legales, debido a que había algunos usos que eran ilegales, el tribunal decidió que las compañías que producían reproductores de video eran responsables.

Esto llevó a que Conrad dibujara la siguiente tira cómica, que puede ser aplicada a la DMCA.

---

<sup>24</sup> *Sony Corporation of America contra Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Rogers nunca cambió de opinión respecto de los reproductores de video. Véase James Lardner, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR*, Nueva York, W. W. Norton, 1987, pp. 270-71.



TRADUCCIÓN  
TIRA: [Ejercicio de agudeza visual: «¿De cuál de estos dos productos han decidido los tribunales que son responsables los fabricantes y vendedores por haber proporcionado el equipo?»]  
[N. del T.]

CONRAD  
CONRAD PUBLICATIONS, INC. NEW YORK, N.Y.

Ninguno de mis argumentos puede superar esta imagen, pero déjenme que lo intente.

Las disposiciones contra la ruptura de la protección instituidas por la DMCA tomaban como objetivos las tecnologías anti-protección. Estas tecnologías pueden usarse para fines diferentes. Pueden usarse, por ejemplo, para permitir el pirateo masivo de materiales con copyright —un mal fin. O pueden usarse para permitir el uso de determinados materiales con copyright de formas que se considerarían *fair use* —un buen fin.

Una pistola puede usarse para dispararle a un policía o a un niño. La mayoría estaría de acuerdo en que ese uso es malo. O una pistola puede usarse para practicar el tiro al blanco o para protegerse de un intruso en casa. Al menos algunos dirían que este uso sería bueno. Se trata también de una tecnología que tiene tanto usos buenos como malos.

La obvia intención de la viñeta de Conrad consiste en señalar cuan extraño es un mundo en el que las pistolas son legales, a pesar del daño que pueden causar, mientras que los reproductores de video (y las tecnologías anti-protección) son ilegales. ¡Flash informativo! *Nadie ha muerto jamás por la violación del copyright.* Sin embargo, las leyes prohíben absolutamente las tecnologías anti-copia, a pesar del potencial que tienen para producir cosas buenas, mientras que permite las pistolas, a pesar de mal obvio y trágico que producen.

Los ejemplos del Aibo y la RIAA demuestran cómo los dueños del copyright están cambiando el equilibrio que concede la ley de copyright. Usando código, los dueños de copyright restringen el *fair use*; usando la DMCA, castigan a aquellos que intentarían evadir las restricciones al *fair use* impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio para eliminar el *fair use*; la ley de la DMCA respalda esta eliminación.

Así es como el *código* se convierte en *ley*. Los controles insertados en la tecnología de protección de copia y de acceso se convierten en reglas cuya violación es también una violación de la ley. De esta forma, el código extiende la ley —aumentando su regulación, incluso si el objeto que regula (actividades que de otra forma se considerarían claramente *fair use*) está más allá del alcance de la ley. El código se convierte en ley; el código extiende la ley; el código extiende así el control que efectúan los dueños del copyright —al menos para esos dueños de copyright con abogados que saben escribir las obscenas cartas que recibieron Felten y aibopet.com.

Hay un último aspecto de la interacción entre la arquitectura y la ley que contribuye a reforzar la regulación del copyright. Es la facilidad con la que se pueden detectar las violaciones de la ley. Porque contrariamente a la retórica común —durante el nacimiento del ciberespacio— de que en Internet nadie sabe si eres un perro, debido al cambio de la tecnología desplegada, cada vez es más fácil encontrar cualquier perro que haya cometido un delito. Las tecnologías de Internet están abiertas tanto a los espías como a las personas que comparten, pero los espías son cada vez mejores a la hora de rastrear la identidad de aquellos que violan las reglas.

Por ejemplo, imagina que eres miembro de un club de fans de Star Trek. Os reunís cada mes para intercambiar información trivial sobre la serie y quizás para representar algún tipo de ficción sobre el programa. Una persona podría representar a Spock, otra al Capitán Kirk. Los personajes podrían empezar con una trama de la serie televisiva y luego simplemente continuarla.<sup>25</sup>

Antes de Internet esto era, de hecho, una actividad totalmente no regulada. Da igual lo que ocurriera dentro de la sede del club, la policía del copyright nunca interferiría en vuestra actividad. Erais libres en ese espacio para hacer lo que quisierais con esa parte de nuestra cultura. Se os permitía basaros en ella tanto como quisierais, sin miedo alguno al control legal.

---

<sup>25</sup> Para un análisis temprano que adivinaba múltiples aspectos de lo que vendría más tarde, véase Rebecca Tushnet, «Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997), p. 651.

Pero si pudieras mover tu club a Internet e hicieras posible que de una forma general de otros se unieran a él, la historia sería muy diferente. *Bots* registrando la Red en busca de violaciones de los derechos de marca y de copyright encontrarían rápidamente tu sitio. Que publicaras tu ficción de aficionados podría muy bien inspirar la amenaza de un abogado, según cuál fuera el dueño de la serie en la que la ambientaras. Y de hecho ignorar la amenaza del abogado sería extremadamente costoso. La ley del copyright es extremadamente eficiente. Las penas son severas y el proceso es rápido.

Este cambio en la fuerza efectiva de la ley viene causado por un cambio en la facilidad con la que se la puede hacer cumplir. Ese cambio también modifica drásticamente el equilibrio legal. Es como si tu coche transmitiera la velocidad a la que viajas en todo momento en el que lo condujeras; eso sería sólo un paso previo antes de que el Estado empezara a imponer multas basándose en los datos que transmites. Esto es lo que de hecho está ocurriendo.

### **Mercado: concentración**

De este modo, la duración del copyright ha aumentado drásticamente —se ha triplicado en los últimos treinta años. Y el ámbito del copyright también ha aumentado —de regular sólo a los editores, a regular ahora a todo el mundo. El alcance del *copyright* ha cambiado, dado que cada acto se convierte en una copia y por lo tanto se da por hecho que está regulado. Y conforme los técnicos encuentran formas mejores para controlar los usos de los contenidos y conforme el copyright se hace cumplir cada vez más por medio de la tecnología, la fuerza del copyright también se modifica. Los malos usos son más fáciles de encontrar y de controlar. La regulación del proceso creativo, que comenzó como una minúscula regulación que gobernaba una minúscula parte del mercado de las obras creativas, se ha convertido en el regulador individual de creatividad más importante que existe. Se trata de una expansión masiva del ámbito del control del gobierno sobre la innovación y la creatividad; sería completamente irreconocible para aquellos que dieron luz al control del copyright.

Y sin embargo, en mi opinión, todos estos cambios no importarían demasiado si no fuera por otro cambio que también debemos considerar. Un cambio que en cierto sentido es el que nos resulta más familiar, aunque su significación y magnitud no se comprenda bien. Es el cambio que precisamente genera los motivos para preocuparse por todos los otros cambios que he descrito ya.

Se trata de la tendencia a la concentración e integración de los medios audiovisuales. En los últimos veinte años, la naturaleza de la propiedad de los medios ha sufrido una alteración radical, causada por modificaciones en las reglas legales que gobiernan los medios de comunicación. Antes de que ocurriera este cambio, las diferentes ramas de los medios de comunicación eran propiedad de compañías separadas. Ahora son, de forma creciente, propiedad de un único puñado de compañías. De hecho, después de los cambios que la FCC promulgó en junio del 2003, la mayoría esperaba que en unos pocos años viviríamos en un mundo en el que sólo tres compañías controlarían más del 85 % de los medios de comunicación.

Estos cambios son de dos tipos: la magnitud de la concentración y su naturaleza.

Los cambios de magnitud son los más fáciles de describir. Tal y como el senador John McCain resumió los datos ofrecidos por el estudio de la FCC de la propiedad de los medios, «cinco compañías controlan el 85 % de nuestras fuentes mediáticas».<sup>26</sup> Las cinco grandes discográficas (Universal, BMG, Sony, Warner y EMI) controlan el 84.4 % del mercado de EE.UU.<sup>27</sup> Las «cinco principales compañías de cable difunden programación al 74 % de los suscriptores de cable en toda la nación».<sup>28</sup>

En lo que respecta a la radio el cambio es todavía más drástico. Antes de la liberalización, el conglomerado nacional de emisoras más grande del país poseía menos de setenta y cinco emisoras. Hoy en día *una* compañía posee más de 1.200 emisoras. Durante este periodo de concentración el número total de propietarios de radio descendió en un 34 %. Hoy en día, en la mayoría de los mercados, las dos emisoras más grandes controlan el 74 % de los ingresos de ese mercado. En conjunto, sólo cuatro compañías controlan el 90 % de todos los ingresos de publicidad del país.

La propiedad de los periódicos también se está concentrando. Hoy en día, en EE.UU., hay seiscientos diarios menos que hace ochenta años y diez compañías controlan la mitad de la distribución de todo el país. Hay veinte editores de periódicos importantes. Los diez estudios de cine más importantes reciben el 99 % de los ingresos. Las diez compañías de cable más grandes obtienen el 85 % de todo los ingresos de la televisión por cable.

---

<sup>26</sup> FCC Oversight: Hearing Before the Senate Commerce, Science and Transportation Committee, 108th Cong., 1st sess., 22 de mayo de 2003 (declaración del senador John McCain).

<sup>27</sup> Lynette Holloway, «Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide», *New York Times*, 23 de diciembre de 2002.

<sup>28</sup> Molly Ivins, «Media Consolidation Must Be Stopped», *Charleston Gazette*, 31 de mayo de 2003.

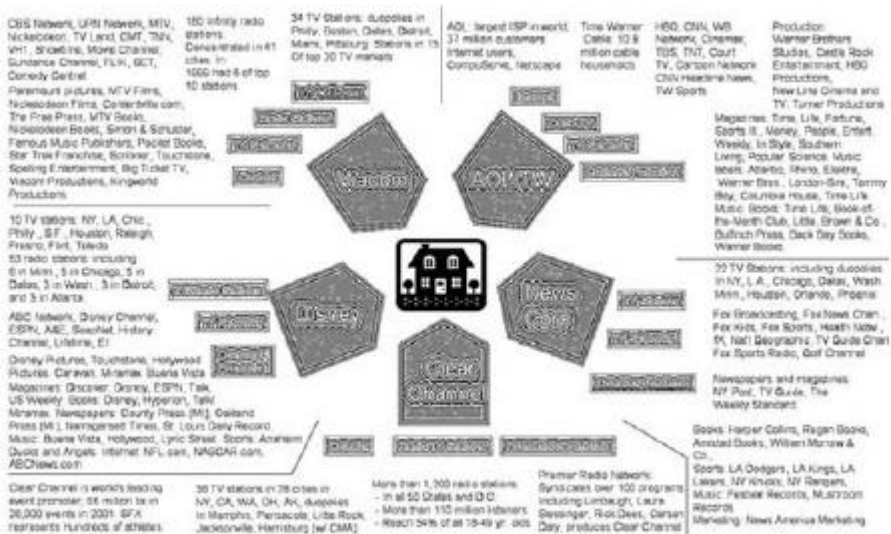


Es un mercado que está muy lejos de la idea de libertad de prensa que los padres de la Constitución querían proteger. De hecho, es un mercado que está muy bien protegido —por el propio mercado.

Por sí misma, la concentración en términos de tamaño es una cosa. El cambio más odioso es la naturaleza de esa concentración. Como explicó James Fallows en un reciente artículo sobre Rupert Murdoch:

Las compañías de Murdoch constituyen ahora un sistema de producción sin parangón en su nivel de integración. Suministran contenidos —las películas de Fox, los programas de Fox TV [...], emisiones deportivas controladas por Fox, más periódicos y libros. Venden estos contenidos al público y a los anunciantes —en periódicos, en la red de emisoras de televisión, en los canales de cable. Y gestionan el sistema de distribución física por medio del cual los contenidos llegan a los clientes. Ahora mismo, los sistemas de satélites de Murdoch distribuyen contenidos de News Corp. a Europa y Asia; si Murdoch se convierte en el dueño individual más grande de DirectTV, ese sistema servirá para la misma función en Estados Unidos.<sup>29</sup>

La pauta de Murdoch es la pauta de los medios de comunicación modernos. No sólo las grandes compañías poseen muchas emisoras de radio, sino unas pocas compañías poseen tantas ramas de los medios audiovisuales como sea posible. Una imagen describe esta pauta mejor que mil palabras:



<sup>29</sup> James Fallows, «The Age of Murdoch», *Atlantic Monthly* septiembre de 2003, p. 89.

¿Importa esta concentración? ¿Afectará a lo que se produce o a cómo se distribuye? ¿O es meramente una manera más eficiente de producir y distribuir contenidos?

Mi opinión era que esta concentración no importaba. Pensaba que no era más que una estructura financiera más eficiente. Pero ahora, después de leer y escuchar a una avalancha de creadores intentando convencerme de lo contrario, estoy empezando a cambiar de opinión.

He aquí una historia representativa que comienza a sugerirnos cómo esta integración podría ser importante.

En 1969, Norman Lear creó un episodio piloto para *All in the Family*. Lo llevó a la ABC. A la emisora no le gustó. Demasiado avanzado y atrevido, le dijeron. Hazlo otra vez. Lear hizo un segundo programa piloto, más avanzado y atrevido que el primero. La ABC estaba exasperada. No te enteras, le dijeron a Lear. Lo querían menos atrevido, nada más.

En lugar de someterse, Lear sencillamente se llevó el programa a otra parte. La CBS se alegró de poder emitir la serie; ABC no pudo impedir que Lear se marchara. Los copyrights que poseía Lear le garantizaban la independencia del control de la emisora.<sup>30</sup>

La emisora no poseía esos copyrights debido a que la ley prohibía que las emisoras controlaran el contenido que sindicaban. La ley exigía la separación entre las emisoras y las productoras de contenidos; esa separación garantizaba la libertad de Lear. Y en una fecha tan tardía como 1992, debido a estas reglas, la inmensa mayoría de los programas en el horario de máxima audiencia —el 75 %— era contenido «independiente» de las emisoras.

En 1994 la FCC abandonó las reglas que exigían esta independencia. Después de ese cambio, las emisoras modificaron rápidamente la anterior situación de equilibrio. En 1985 había veinticinco productoras independientes de televisión; en 2002 sólo quedaban cinco. «En 1992 sólo el 15 % de las series nuevas eran producidas por una compañía bajo control de la emisora. El año pasado el porcentaje de programas producidos por compañías controladas se quintuplicó hasta llegar al 77 %». «En 1992 se produjeron 16 nuevas series independientemente del control de los conglomerados mediáticos, el año pasado sólo una».<sup>31</sup> En 2002 el 75 % de la televisión en horario de

---

<sup>30</sup> Leonard Hill, «The Axis of Access», remarks before Weidenbaum Center Forum, «Entertainment Economics: The Movie Industry», St. Louis, Missouri, 3 April 2003 (transcripción de los comentarios de la historia de Lear disponibles en el enlace #28, no incluida en los comentarios preparados, véase el enlace #29).

<sup>31</sup> NewsCorp./DirecTV Merger and Media Consolidation: Hearings on Media Ownership Before the Senate Commerce Committee, 108th Cong., 1st sess. (2003) (testimonio de Gene Kimmelman

máxima audiencia era propiedad de las emisoras que la distribuían. «En el periodo de diez años comprendido entre 1992 y 2002 el número de horas de televisión en horario de máxima audiencia producidas por los estudios de las emisoras aumentó en un 200%, mientras que las horas de televisión para el mismo horario producidas por estudios independientes disminuyó en un 63%».<sup>32</sup>

Hoy, otro Norman Lear con otra *All in the Family* se encontraría con la elección de o bien hacer el programa menos atrevido, o bien ser despedido: los contenidos de cualquier programa desarrollado para una emisora son de forma creciente propiedad de la misma.

Mientras que el número de canales se ha incrementado drásticamente, el número de propietarios de esos canales ha ido siendo cada vez menor. Como le dijo Barry Diller a Bill Moyers:

Bueno, si tienes compañías que producen, que financian, que emiten en su canal y luego distribuyen en todo el mundo todo lo que pasa por el sistema de distribución que tienen bajo su control, entonces lo que tienes es cada vez menos voces que de verdad participan en el proceso. Solíamos tener docenas y docenas de prósperas productoras independientes que producían programas de televisión. Ahora tienes menos de un puñado.<sup>33</sup>

Esta reducción ha tenido efectos sobre lo que se produce. El producto de emisoras de televisión tan grandes y concentradas es cada vez más homogéneo. Cada vez más seguro. Cada vez más estéril. El producto de los programas informativos de las grandes emisoras está cada vez más adaptado al mensaje que la emisora quiere transmitir. No es que sea el partido comunista, aunque desde dentro se debe percibir un poco como el partido comunista. Nadie puede cuestionar nada sin arriesgarse a que haya consecuencias —no necesariamente el exilio a Siberia, pero un castigo no obstante. Las opiniones independientes, críticas, diferentes son aplastadas. Éste no es el medio ambiente adecuado para una democracia.

La propia ciencia de la economía ofrece un paralelismo que explica por qué esta integración afecta a la creatividad. Clay Christensen ha escrito sobre el «dilema del innovador»: el hecho de que las grandes empresas tradicionales

---

en nombre de Consumers Union and the Consumer Federation of America), disponible en el enlace #30. Kimmelman cita a Victoria Riskin, presidenta de Writers Guild of America, West, en sus Remarks at FCC En Banc Hearing, Richmond, Virginia, 27 de febrero de 2003.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> «Barry Diller Takes on Media Deregulation», *Now with Bill Moyers*, Bill Moyers, 25 de abril de 2003, transcripción editada disponible en el enlace #31.

encuentran que es racional ignorar las nuevas tecnologías de vanguardia que compiten con sus principales negocios. El mismo análisis podría ayudar a explicar por qué las grandes compañías tradicionales de medios de comunicación encuentran racional ignorar las nuevas tendencias culturales.<sup>34</sup> No es que los torpes gigantes no pueden arrancar a correr, es que ni siquiera deberían hacerlo. Sin embargo, si el campo sólo está abierto a los gigantes, habrá muy pocas carreras.

No creo que sepamos bastante sobre la economía del mercado de los medios de comunicación como para afirmar con certeza lo que harán la concentración y la integración. Los aspectos en los que son eficientes son importantes y el efecto sobre la cultura es difícil de medir.

Pero hay un ejemplo que es sustancialmente obvio y que sugiere de forma convincente que hay motivos para preocuparse.

Además de la guerra del copyright, estamos en mitad de la guerra contra la droga. La política del Gobierno está firmemente dirigida contra los cárteles de la droga; los tribunales criminales y civiles están completamente ocupados con las consecuencias de esta batalla.

Déjenme por tanto que me autodescalifique a la hora de conseguir un posible nombramiento para cualquier puesto en el gobierno, al decir que creo que esta guerra es un profundo error. No estoy a favor de las drogas. De hecho, vengo de una familia que fue destruida ya en una ocasión por las drogas —aunque las que destruyeron a mi familia eran todas legales. Creo que esta guerra es un profundo error porque los daños colaterales resultantes son tan grandes como para hacer que sea una locura. Cuando sumas las cargas sobre el sistema criminal de justicia, la desesperación de generaciones de chavales cuya única oportunidad económica real es como soldados de la droga, la corrupción de las protecciones constitucionales debida a la vigilancia constante que exige esta guerra y, de un modo más importante, la destrucción total de los sistemas legales de muchos países de América Latina, debido al poder de los cárteles locales de las drogas, me resulta imposible creer que el beneficio marginal de una reducción en el consumo de drogas por parte de los estadounidenses pueda superar los costes.

---

<sup>34</sup> Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller that Changed the Way We Do Business*, Cambridge, Harvard Business School Press, 1997. Christensen reconoce que la idea la sugirió por primera vez la decana Kim Clark. Véase Kim B. Clark, «The Interaction of Design Hierarchies and Market Concepts in Technological Evolution», *Research Policy* 14 (1985), pp. 235-51. Para un estudio más reciente, véase Richard Foster y Sarah Kaplan, *Creative Destruction: Why Companies That Are Built to Last Underperform the Market —and How to Successfully Transform Them*, Nueva York, Currency/Doubleday, 2001.

Quizás no estés de acuerdo. Está bien. Vivimos en una democracia, y es por medio del voto como escogemos la política a desarrollar. Pero para hacer eso dependemos fundamentalmente de la prensa que ayuda a informar a los estadounidenses sobre estas cuestiones.

En 1998 la Oficina de la Política para el Control Nacional de la Droga lanzó una campaña mediática como parte de la «guerra contra la droga». La campaña produjo decenas de cortos cinematográficos sobre asuntos relacionados con las drogas ilegales. En una de las series (la serie de Nick y Norm) dos hombres están en un bar, discutiendo la idea de legalizar las drogas como una forma de evitar algunos de los daños colaterales de esa guerra. Uno avanza un argumento en favor de la legalización de las drogas. El otro responde de una forma convincente y efectiva en contra del argumento del primero. Al final, el primer tipo cambia de idea (ah, esto es la tele). El fondo del anuncio es un ataque irrecusable contra la campaña a favor de la legalización.

De acuerdo. Es un buen anuncio. No demasiado engañoso. Transmite bien su mensaje. Es un mensaje justo y razonable.

Pero digamos que piensas que es un mensaje equivocado y que te gustaría emitir un anuncio en contra. Digamos que quieres emitir una serie de anuncios que tratan de demostrar los extraordinarios daños colaterales que se derivan de la guerra contra las drogas. ¿Puedes hacerlo?

Bien, obviamente, estos anuncios cuestan mucho dinero. Asumamos que reúnes ese dinero. Asumamos que un grupo de ciudadanos preocupados dona todo el dinero del mundo para ayudarte a que transmitas tu mensaje. ¿Puedes estar seguro de que entonces se escuchara tu mensaje?

No. No puedes. Las emisoras de televisión tienen la política general de evitar los anuncios «polémicos». Los anuncios patrocinados por el gobierno se considera que no son polémicos; los anuncios que discrepan del gobierno son polémicos. Esta «selectividad» puede pensarse que está en desacuerdo con la Primera Enmienda, pero el Tribunal Supremo ha decidido que las emisoras tienen derecho a escoger lo que emiten. Así, los mayores canales de medios comerciales le negarán a una de las partes en este debate la oportunidad de presentar su punto de vista. Y los tribunales defenderán los derechos de las emisoras a ser parciales.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> El Marijuana Policy Project, en febrero de 2003, buscaba insertar anuncios que directamente respondieran a la serie de Nick y Norm en emisoras dentro del área de Washington D.C. Comcast rechazó los anuncios como «contrarios a su política». La estación local afiliada a la NBC, WRC, rechazó los anuncios sin ni siquiera revisarlos. En un principio, la emisora local afiliada a la ABC, WJOA, accedió a emitir los anuncios y aceptó pagos por hacerlo, pero más tarde decidió no emitirlos y devolver los pagos recibidos. Entrevista con Neal Levine, 15 de octubre de 2003.

Estas restricciones, por supuesto, no están limitadas a la política sobre drogas. Por ejemplo, Nat Ives, «On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks»,

Yo también estaría satisfecho de defender los derechos de las emisoras —si viviera en un mercado mediático que fuera verdaderamente diverso. Pero la concentración de los medios de comunicación me hace dudar de que esa condición se cumpla. Si un puñado de compañías controla el acceso a los medios y si ese puñado decide que posiciones políticas va a permitir que se promuevan en sus canales, entonces la concentración preocupa de una manera obvia e importante. Puede que te guste la postura que escoge este puñado de compañías. Pero no debería gustarte un mundo en el que sólo unos pocos logran decidir de que temas vamos a lograr enterarnos los demás.

### Todo junto

Hay algo inocente y obvio en la afirmación de los guerreros del *copyright* de que el gobierno debería «proteger mi propiedad». En teoría, esto es algo obviamente cierto y, de un modo habitual, totalmente inofensivo. Nadie en su sano juicio o que no sea anarquista estaría en desacuerdo.

Pero cuando vemos cuán drásticamente ha cambiado esta «propiedad» —cuando reconocemos que puede interactuar tanto con la tecnología como con los mercados, evidenciando las restricciones efectivas a la libertad de cultivar nuestra cultura— la afirmación empieza a parecer menos inocente y menos obvia. Dados (1) el poder de la tecnología para suplantar el control de la ley y (2) el poder de los mercados concentrados para reducir las oportunidades de discrepancia, si hacer cumplir estrictamente los inmensamente expandidos derechos de «propiedad» concedidos por el *copyright* modifica de modo fundamental la libertad dentro de esta cultura para cultivar el pasado y basarse en él, entonces tenemos que preguntarnos si no debería redefinirse esta propiedad.

No con rigidez. Ni completamente. Mi intención no es que debamos abolir el *copyright* o volver al siglo XVIII. Eso sería un completo error, desastroso para las iniciativas creativas más importantes que existen hoy en nuestra cultura.

---

*New York Times*, 13 de marzo de 2003, C4. Aparte del tiempo en antena relacionado con las elecciones, hay muy poco que la FCC o los tribunales tengan voluntad de hacer para igualar el campo de juego. Para un panorama general, véase Rhonda Brown, «Ad Hoc Access: The Regulation of Editorial Advertising on Television and Radio», *Yale Law and Policy Review* 6 (1988), pp. 449-79; y para un resumen más reciente de la posición de la FCC y los tribunales, véase *Radio-Television News Directors Association contra FCC*, 184 F. 3d 872 (D.C. Cir. 1999). Las autoridades municipales ejercen la misma autoridad que las grandes cadenas. Un ejemplo reciente en San Francisco; la empresa de transportes municipales rechazó un anuncio que criticaba sus autobuses diesel. Phillip Matier and Andrew Ross, «Antidiesel Group Fuming After Muni Rejects Ad», SFGate.com, 16 de junio de 2003, disponible en el enlace #32. El fundamento era que las críticas eran «demasiado polémicas».

Pero hay espacio entre el cero y el uno, a pesar de la cultura de Internet. Y estos masivos cambios en el poder efectivo de la regulación del copyright, ligados a la concentración creciente de la industria de contenidos y que descansan en las manos de una tecnología que permitirá cada vez más el control sobre el uso de la cultura, deberían llevarnos a considerar si es preciso otro ajuste. No un ajuste que incremente el poder del copyright. No un ajuste que aumente su plazo. Más bien, un ajuste con el fin de restaurar el equilibrio que ha definido tradicionalmente la regulación del copyright —un debilitamiento de esta regulación, que fortalecería la creatividad.

La ley del copyright no es el monte Everest. No se trata de una serie de obligaciones inamovibles que ahora, por misteriosas razones, se saltan los adolescentes y los *geeks*. Por el contrario, el poder del copyright ha crecido drásticamente en un corto periodo de tiempo, conforme se han ido modificando las tecnologías de distribución y creación, y conforme los grupos de presión han impulsado un mayor control por parte de los dueños de copyright. Los cambios en el pasado en respuesta a modificaciones tecnológicas sugieren que bien puede ser que necesitemos cambios semejantes en el futuro. Y estos cambios tienen que producir *reducciones* en el alcance del copyright, en respuesta al extraordinario aumento en el control que permiten la tecnología y el mercado.

Porque la idea que se pasa por alto en esta guerra contra los piratas es algo que sólo veremos una vez que hayamos repasado el alcance de estos cambios. Cuando sumas los efectos de una ley que cambia, de la concentración de los mercados y de una tecnología en proceso de cambio, se deduce una conclusión asombrosa: *nunca en nuestra historia, como hoy en día, ha tenido menos gente el derecho legal a controlar en un grado tan alto el desarrollo de nuestra cultura.*

No cuando los copyrights eran a perpetuidad, porque cuando los copyrights eran a perpetuidad, esto afectaban sólo a esa específica obra creativa regulada por los mismos. No cuando únicamente los editores tenían los instrumentos para publicar, porque el mercado era entonces mucho más diverso. No cuando había solamente tres cadenas de televisión, porque incluso entonces los periódicos, los estudios de cine, las estaciones de radio y los editores eran independientes de las cadenas. *Nunca antes* el copyright ha protegido una gama tan amplia de derechos, contra una gama tan amplia de agentes culturales, por un plazo que tuviera remotamente la longitud del actual. Esta forma de regulación —una minúscula regulación de una minúscula parte de la energía creativa de un país en el momento de su fundación— es ahora una regulación masiva de todo el proceso creativo. La ley más la tecnología

más el mercado interactúan ahora para convertir esta regulación históricamente benigna en la más significativa regulación de la cultura que nuestra sociedad libre haya conocido.<sup>36</sup>

HA SIDO UN CAPÍTULO largo. Ahora se puede exponer, brevemente, su idea central.

Al principio de este libro hice una distinción entre cultura comercial y cultura no comercial. En el curso de este capítulo he hecho la distinción entre copiar una obra y transformarla. Ahora podemos combinar estas dos distinciones y delinear un mapa claro de los cambios que ha sufrido la ley del copyright.

En 1790, la ley tenía esta apariencia:

|              | Publicación | Modificación |
|--------------|-------------|--------------|
| Comercial    | ©           | Libre        |
| No Comercial | Libre       | Libre        |

El acto de publicar un mapa, una carta de navegación y un libro estaba regulado por la ley del copyright. Nada más. Las transformaciones eran libres. Y como el copyright sólo se aplicaba si se registraba la obra y sólo aquellos que se beneficiaban comercialmente hacían este registro, la copia por medio de la publicación de una obra comercial también era libre.

Hacia finales del siglo XIX, la ley había cambiado en algo así como esto:

|              | Publicación | Modificación |
|--------------|-------------|--------------|
| Comercial    | ©           | ©            |
| No Comercial | Libre       | Libre        |

Las obras derivadas estaban entonces reguladas por la ley del copyright —si se publicaban, lo cual, de nuevo, dada la economía de las publicaciones en ese tiempo, significaba que la obras se ofrecían comercialmente. Pero la publicación y la modificación no comercial eran todavía esencialmente libres.

En 1909 la ley cambió para regular la copia, no la publicación, y después de este cambio el ámbito de la ley quedó ligada a la tecnología. Conforme la

---

<sup>36</sup> Siva Vaidhyathanan captura una idea similar en sus «cuatro capitulaciones» de la ley del copyright en la era digital. Véase Vaidhyathanan, *op. cit.*, pp. 159-60.



tecnología de copia se hizo predominante, el alcance de la ley se expandió. Así, para 1975, cuando las fotocopadoras se hicieron algo corriente, podríamos decir que la ley empezó a parecerse a esto:

|              | Publicación | Modificación |
|--------------|-------------|--------------|
| Comercial    | ©           | ©            |
| No Comercial | ©/Libre     | Libre        |

La ley fue interpretada de manera que alcanzara la copia no comercial por medio de, por ejemplo, fotocopadoras, pero todavía gran parte de las copias hechas fuera del mercado comercial seguían siendo libres. Sin embargo, la consecuencia de la emergencia de las tecnologías digitales, especialmente en el contexto de una red digital, significa que ahora la ley tiene este aspecto:

|              | Publicación | Modificación |
|--------------|-------------|--------------|
| Comercial    | ©           | ©            |
| No Comercial | ©           | ©            |

Cada ámbito está gobernado por la ley de copyright, mientras que antes la mayor parte de la creatividad no tenía regulación alguna. La ley regula ahora el espectro completo de la creatividad —comercial o no, de modificación o no— con las mismas reglas diseñadas para regular a los editores comerciales.

El enemigo, obviamente, no es la ley de copyright. El enemigo es la regulación que no causa ningún bien. Así que la pregunta que deberíamos estar haciendo ahora mismo es si extender las regulaciones de la ley del copyright a cada uno de estos dominios produce verdaderamente algún bien.

No tengo duda alguna de que hace un bien al regular la copia comercial. Pero tampoco tengo duda de que produce muchos más daños que beneficios cuando regula (como regula ahora mismo) la copia no comercial y, especialmente, la modificación no comercial. Y crecientemente, por las razones esbozadas especialmente en los capítulos 7 y 8, uno puede muy bien preguntarse si no produce más daños que beneficios para las modificaciones comerciales. Se crearían más obras derivadas del original si los derechos sobre obras derivadas fueran severamente recortados.

La cuestión es, por lo tanto, no simplemente si el copyright es una propiedad. Desde luego que el copyright es un tipo de «propiedad», y desde luego que, como con la propiedad, el Estado debería defenderlo. Pero a pesar de las primeras impresiones, históricamente este derecho de propiedad (como con

todos los derechos de propiedad)<sup>37</sup> fue diseñado para establecer un equilibrio entre la importante necesidad de otorgar incentivos a los autores y a los artistas y la igualmente importante necesidad de asegurar el acceso a las obras creativas. Este equilibrio siempre se ha llevado a cabo a la luz de las nuevas tecnologías. Y durante casi la mitad del tiempo que dura nuestra tradición, el copyright no controlaba *en absoluto* la libertad de otros para transformar o basarse en una obra creativa. La cultura estadounidense nació libre y durante casi 180 años nuestro país protegió sistemáticamente una rica y vibrante cultura libre.

Hemos logrado esa cultura libre debido a que nuestras leyes imponían límites al alcance de los intereses protegidos por esa «propiedad». El propio nacimiento del «copyright» como un derecho estatutario reconocía esos límites, al conceder protección a los dueños del copyright sólo por un tiempo limitado (la historia del capítulo 6). La tradición del «*fair use*» está animada por una preocupación similar que está cada vez más bajo presión, conforme los costes de ejercer cualquier derecho de *fair use* se hacen inevitablemente altos (la historia del capítulo 7). Añadir derechos estatutarios allá donde los mercados asfixiarían la innovación es otro límite familiar a ese derecho de propiedad que es el copyright (capítulo 8). Y conceder a archivos y bibliotecas una amplia libertad para recopilar materiales, a pesar de las reclamaciones de propiedad, es parte crucial de garantizar la conservación del alma de una cultura (capítulo 9). Las culturas libres, como los mercados libres, están construidos sobre la propiedad. Pero la naturaleza de la propiedad que construye una cultura libre es muy diferente de la visión extremista que hoy domina el debate.

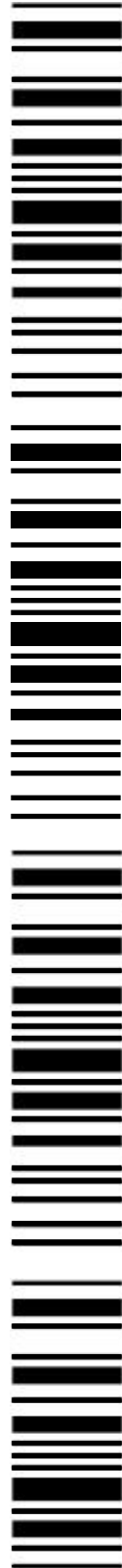
La cultura libre es cada vez más la víctima de esta guerra contra la piratería. En respuesta a una amenaza real, aunque no cuantificada, que presentan las tecnologías de Internet a los modelos de negocio del siglo XX para producir y distribuir cultura, las leyes y las tecnologías se están transformando de una manera que socavará nuestra tradición de cultura libre. El derecho de propiedad, que es el copyright, ya no es el derecho equilibrado que fue o que se quiso que fuese. El derecho de propiedad, que es el copyright, se ha vuelto desequilibrado, inclinado hacia un extremo. La oportunidad de crear y transformar queda debilitada en un mundo en el que la creación requiere pedir permiso y en el que la creatividad tiene que consultar con su abogado.

---

<sup>37</sup> La contribución individual más importante del movimiento del realismo legal fue demostrar que todos los derechos de propiedad son siempre diseñados para equilibrar los intereses públicos y privados. Véase Thomas C. Grey, «The Disintegration of Property», en *Nomos XXII: Property*, J. Roland Pennock y John W. Chapman (eds.), Nueva York, New York University Press, 1980.

# Parte III.

## Rompecabezas



# 11. Quimera

EN UN CUENTO muy conocido de H.G. Wells, un montañero llamado Nunez [sic] tropieza (literalmente, en una ladera cubierta de hielo) y resbala hasta un valle aislado y desconocido en los Andes peruanos.<sup>1</sup> El valle es extraordinariamente hermoso, con «agua dulce, pastos, un clima moderado, laderas de rico suelo marrón con marañas de un arbusto que daba un fruto excelente». Pero sus habitantes son todos ciegos. Nunez toma esto como una oportunidad: «En el país de los ciegos», se dice a sí mismo, «el tuerto es el rey». Así que decide vivir con los habitantes del valle para explorar la vida como rey.

Las cosas no van como había planeado. Intenta explicar la idea de la visión a los habitantes. No la entienden. Les dice que son «ciegos». En su vocabulario no tienen la palabra «ciego». Piensan que simplemente es tonto. De hecho, a medida que van notando, cada vez más, las cosas que no puede hacer (oír el ruido de la hierba cuando se pisa, por ejemplo), empiezan a intentar controlarlo. A su vez, él se siente cada vez más frustrado. «“No entienden” gritó, con una voz que quería que fuese grande y resuelta, y que luego se quebró. “Ustedes son ciegos y yo puedo ver. ¡Déjenme tranquilo!”»

Los habitantes del pueblo no le dejan tranquilo. Ni tampoco ven (por así decir) las virtudes de su poder especial. Ni siquiera el objeto último de su afecto, una joven que a él le parece «la cosa más hermosa de toda la creación», comprende la belleza del sentido de la vista. La descripción de Nunez de lo que ve «a ella le parecía la más poética de las fantasías y escuchaba sus descripciones de las estrellas y las montañas y su propia belleza como si fueran un placer culpable». «Ella no creía en él», nos dice Wells, y «podía entender sólo a medias, pero estaba misteriosamente encantada».

---

<sup>1</sup> H. G. Wells, «The Country of the Blind» (1904, 1911). Véase H. G. Wells, *The Country of the Blind and Other Stories*, Michael Sherborne (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1996.

Cuando Nunez anuncia su deseo de casarse con su amada «misteriosamente encantada», el padre y el pueblo se oponen. «Ya ves, querida hija», le instruye su padre, «es un idiota. Tiene engañosas ilusiones. No puede hacer nada bien». Llevan a Nunez al médico del pueblo.

Después de un examen cuidadoso, el médico da su opinión: «Su cerebro está afectado», informa.

«¿Qué lo afecta?», pregunta el padre.

«Esas cosas extrañas que se llaman ojos... están enfermos... de tal manera que afectan a su cerebro».

El médico continúa: «Creo que podemos decir con razonable certeza que para curarlo por completo, todo lo que tenemos que hacer es una sencilla y fácil operación quirúrgica —es decir, extirpar esos cuerpos, origen de la irritación».

«¡Gracias a Dios por la ciencia!», le dice el padre al médico. Informan a Nunez de que ésta es la condición necesaria para que pueda conseguir a su prometida. (Tendrás que leer el original para enterarte de que ocurre al final. Creo en la cultura libre, pero no en revelar el final de una historia).

A VECES OCURRE que los embriones de dos gemelos se fusionan en el útero. Esa fusión produce una «quimera». Una quimera es una criatura única con dos series de ADN. El ADN en la sangre, por ejemplo, puede ser diferente del ADN en la piel. Esta posibilidad no ha sido todavía usada en la trama de una novela de misterio. «Pero el ADN muestra con una certeza del 100 % que ella no es la persona cuya sangre apareció en la escena del crimen».

Antes de haber leído sobre quimeras, habría dicho que eran imposibles. Una persona no puede tener dos series de ADN. La propia idea del ADN es que es el código de un solo individuo. Sin embargo, de hecho no es que sólo dos individuos pueden tener el mismo ADN (gemelos), sino que una persona puede tener dos series distintas de ADN (una quimera). Nuestra concepción de una «persona» debería reflejar esta realidad.

Cuanto más trabajo para entender la lucha actual sobre el copyright y la cultura, a la cual a veces llamo injustamente, y a veces no tanto, las «guerras del copyright», más pienso que estamos enfrentándonos a una quimera. Por ejemplo, en la batalla sobre la cuestión de «¿qué es el intercambio de ficheros p2p?» ambas partes aciertan y ambas partes se equivocan. Una parte dice: «El intercambio de ficheros es como si dos chavales se grabasen sus discos el uno al otro —el tipo de actividad que hemos estado haciendo

durante los últimos treinta años sin que nos preguntasen nada». Eso es verdad, al menos en parte. Cuando le pido a mi mejor amigo que escuche un nuevo CD que acabo de comprar, pero en vez de enviarme el CD dirijo a mi amigo a mi servidor p2p, esto es, a todos los efectos relevantes, lo mismo que todos los ejecutivos de todas las discográficas sin duda hicieron cuando eran críos: compartir música.

Pero esta descripción también es falsa en parte. Porque cuando mi servidor p2p está en una red p2p a través de la cual cualquiera puede acceder a mi música, entonces sí, seguro, mis amigos pueden tener acceso, pero decir que «mis diez mil mejores amigos» pueden tener acceso estira el significado de «amigos» hasta hacerlo irreconocible. A pesar de que compartir mi música con mi mejor amigo sea algo que «siempre hemos podido hacer», no siempre hemos podido compartir música con «nuestros diez mil mejores amigos».

Igualmente, cuando el otro bando dice: «El intercambio de ficheros es lo mismo que entrar en Tower Records, tomar un CD de una estantería y largarse con él», eso es cierto, al menos en parte. Si yo, cuando Lyle Lovett (por fin) lanza un nuevo álbum, voy a Kazaa en lugar de comprarlo y me descargo una copia gratis, eso es muy parecido a robar una copia en Tower Records.

Pero no es lo mismo que robar en Tower Records. Después de todo, cuando me llevo un CD de Tower Records, Tower tiene un CD menos a la venta. Y cuando me llevo un CD de Tower Records, obtengo un pedazo de plástico y una portada y algo que mostrar en mis estanterías. (Y ya que estamos con esto, podríamos también llamar la atención sobre el hecho de que si me llevo un CD de Tower Records, la máxima multa que me pueden imponer, al menos bajo las leyes de California, es mil dólares. Por el contrario, y según la RIAA, si me descargo un CD con diez canciones, me pueden demandar por daños y perjuicios por valor de millón y medio).

La idea no es que la situación sea distinta a como la describe ninguno de los bandos. La idea es que es lo que ambos dicen —tal y como la RIAA y como Kazaa la describen— es una quimera. Y en lugar de negar simplemente lo que la otra parte afirma, tenemos que empezar a pensar en cómo deberíamos responder a esta quimera. ¿Qué reglas deberían gobernarla?

Podríamos responder simplemente pretendiendo demostrar que no se trata de una quimera. Podríamos, con la RIAA, decidir que cada acto de intercambio de ficheros debería ser un delito. Podríamos perseguir familias por millones de dólares de daños sólo porque se intercambiaron ficheros desde el ordenador familiar. Y podríamos conseguir que las universidades vigilaran todo el tráfico de sus ordenadores, para asegurar así que

ninguno de ellos se está usando para cometer este delito. Estas respuestas serían extremas, pero cada una de ellas ya ha sido propuesta o implementada en la realidad.<sup>2</sup>

Alternativamente, podríamos responder al intercambio de ficheros de la manera en la que muchos chavales actúan, como si ya hubiéramos respondido. Podríamos legalizarlo por completo. Que no haya ninguna responsabilidad legal por violación del copyright, ni civil ni criminal, por poner a disposición en la Red materiales con copyright. Que el intercambio de ficheros sea como el cotilleo: regulado, como mucho, por normas sociales pero no por la ley.

Cualquiera de las dos respuestas es posible. Creo que ambas serían un error. En lugar de abrazar uno de los dos extremos, deberíamos abrazar algo que reconozca la verdad contenida en ambos. Y mientras que termino este libro con un esbozo de un sistema que hace exactamente eso, mi objetivo en el capítulo siguiente es mostrar cuán horrible sería que adoptáramos el extremo de la tolerancia cero. Creo que *cualquier* extremo sería peor que una alternativa razonable. Pero creo que la solución de la tolerancia cero sería el peor de los dos extremos.

Sin embargo, la tolerancia cero es cada vez más la política de nuestro gobierno. En mitad del caos que Internet ha creado, está teniendo lugar una extraordinaria apropiación de tierras. Se están cambiando la ley y la

---

<sup>2</sup> Para un resumen excelente, véase el informe preparado por GartnerG2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, «Copy-right and Digital Media in a Post-Napster World», 27 de junio de 2003, disponible en el enlace #33. Los congresistas John Conyers Jr. (D-Mich.) y Howard L. Berman (D-Calif.) han introducido un proyecto de ley que trataría la copia on-line no autorizada como un delito criminal, con penas que podrían llegar a cinco años de prisión; véase Jon Healey, «House Bill Aims to Up Stakes on Piracy», *Los Angeles Times*, 17 de julio de 2003, disponible en el enlace #34. Las penas civiles están fijadas en la actualidad en 150.000 dólares por canción copiada. Para un desafío legal más reciente (y fracasado) a la demanda de la RIAA de que un ISP revele la identidad de un usuario acusado de compartir más de 600 canciones a través de un pc, véase *RIAA contra Verizon Internet Services (In re. Verizon Internet Services)*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003). Un usuario semejante podría enfrentarse a responsabilidades legales que podrían llegar a 90 millones de dólares. Semejantes cifras astronómicas le proporcionan a la RIAA un poderoso arsenal en su persecución a quienes intercambian ficheros. Acuerdos que van de 12.000 a 17.000 dólares para cuatro estudiantes acusados de intercambio masivo de ficheros en redes universitarias deben haber parecido una bagatela al lado de los 98.000 millones que la RIAA podría buscar si el asunto llegara a los tribunales. Véase Elizabeth Young, «Downloading Could Lead to Fines», *redandblack.com*, 26 de agosto de 2003, disponible en el enlace #35. Para un ejemplo de cómo la RIAA toma como objetivo el intercambio de ficheros entre estudiantes y sobre las citaciones dirigidas a las universidades para que éstas revelen la identidad de los estudiantes que intercambiaban ficheros, véase James Collins, «RIAA Steps Up Bid to Force BC, MIT to Name Students», *Boston Globe*, 8 de agosto de 2003, D3, disponible en el enlace #36.

tecnología para darles a los dueños del copyright un tipo de control sobre nuestra cultura que nunca antes habían tenido. Y en este extremismo se perderán muchas oportunidades para nuevas formas de innovación y creatividad.

No estoy hablando de las oportunidades para que los chavales «roben» música. Por el contrario, mi centro de atención es la innovación comercial y cultural que también será asesinada en esta guerra. Nunca antes hemos visto difundirse el poder de innovar entre nuestros ciudadanos, de una forma tan amplia, y apenas acabamos de empezar a ver la innovación que este poder puede desencadenar. Sin embargo, Internet ya ha visto el final de un ciclo de innovación en torno a las tecnologías de distribución de contenidos. La ley es responsable de este final. Como explicó el vicepresidente de política global de uno de estos nuevos innovadores, eMusic.com, cuando criticó las protecciones añadidas por la DMCA a los materiales con *copyright*:

eMusic se opone a la piratería. Somos distribuidores de materiales con *copyright*, y queremos proteger esos derechos.

Pero construir una fortaleza tecnológica que encierra la fuerza de las grandes discográficas no es en modo alguno la única forma de proteger los intereses del *copyright*, ni tampoco es necesariamente la mejor. Simplemente, es demasiado pronto para responder a esa pregunta. Las fuerzas del mercado operando de forma natural, bien puede que produzcan un modelo industrial completamente diferente.

Éste es un punto crítico. Las decisiones que los sectores industriales tomen en relación a estos sistemas moldearán directamente y de muchas maneras el mercado de los medios digitales y la forma en la que se distribuirán los medios digitales. Esto a su vez influirá directamente en las opciones disponibles para los consumidores, tanto en términos de la facilidad con la que podrán acceder a los medios digitales, como en el equipo que requerirán para hacerlo. Las decisiones equivocadas, tomadas apresuradamente en este juego retrasarán el crecimiento del mercado, perjudicando los intereses de todos.<sup>3</sup>

En abril de 2001, Vivendi, una de «las grandes discográficas», compró eMusic.com. Ahora su postura respecto a estas cuestiones ha cambiado.

Invertir la dirección de nuestra tradición de tolerancia simplemente no aplastará la piratería. Sacrificará valores que son importantes para esta cultura y acabará con oportunidades que podrían ser extraordinariamente valiosas.

---

<sup>3</sup> WIPO and the DMCA One Year Later: Assessing Consumer Access to Digital Entertainment on the Internet and Other Media: Hearing Before the subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection, House Committee on Commerce, 106th Cong. 29 (1999) (declaración de Peter Harter, vicepresidente, Global Public Policy and Standards, eMusic.com), disponible en LEXIS, Federal Document Clearing House Congressional Testimony File.