



Lessig, Lawrence.

Cultura libre = Free Culture: How Big Media uses Technology and the Law to lock down Culture and control Creativity [texto impreso] / Lawrence Lessig; Antonio Córdoba (traductor); Daniel Alvarez Valenzuela (traductor).-
- 1ª ed. - Santiago: LOM Ediciones, 2005.
270 p.; Cuadros; 16x21 cm.- (Colección Ciencias Humanas)

ISBN : 956-282-745-3

1. Propiedad Intelectual 2. Derechos de Autor
3. Innovación Tecnológica 3. I. Título. II. Serie.

Dewey : 343.7309 .— cdd 21
Cutter : L47c

Fuente: Agencia Catalográfica Chilena

LAWRENCE LESSIG

Cultura libre

**Cómo los grandes medios usan la tecnología
y las leyes para encerrar la cultura
y controlar la creatividad**



LOM PALABRA DE LA LENGUA YÁMANA QUE SIGNIFICA SOL

LOM Ediciones
Primera edición en Chile, 2005
I.S.B.N: 956-282-745-3

Titulo Original: "Free Culture: How Big Media uses Technology and the Law to lock down Culture and control Creativity"

Autor: Lawrence Lessig

Traducción realizada por Antonio Córdoba / Elástico, corregida por Daniel Alvarez Valenzuela.



La edición digital en inglés de esta obra ha sido licenciada por Lawrence Lessig con una licencia de Creative Commons. Esta licencia permite los usos no comerciales de esta obra en cuanto se atribuya la autoría original.

La edición digital en español de esta obra ha sido licenciada por Antonio Córdoba / Elástico con una licencia de Creative Commons. Esta licencia permite los usos no comerciales de esta traducción en tanto se atribuya la autoría de la traducción.

Para más información sobre ambas licencias, visítese:
<http://www.creativecommons.org/licenses/by-nc/1.0/>

La versión impresa en español de esta obra ha sido realizada por LOM Ediciones, en conjunto con la Corporación Derechos Digitales acogiéndose a los términos de la licencia Creative Commons utilizada por el autor y el traductor, y con la expresa autorización de ambos para su utilización comercial.

La versión digital puede ser libremente descargada desde <http://www.derechosdigitales.org>

Diseño, Composición y Diagramación:
Editorial LOM. Concha y Toro 23, Santiago
Fono: (56-2) 688 52 73 Fax: (56-2) 696 63 88

Impreso en los talleres de LOM
Maturana 9, Santiago
Fono: (56-2) 672 22 36 Fax: (56-2) 673 09 15
web: www.lom.cl
e-mail: lom@lom.cl

Impreso en Santiago de Chile.

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

Índice

Prólogo a esta edición	9
Prefacio	13
Introducción	17
Piratería	29
Capítulo 1: Creadores	31
Parémonos un instante	37
Capítulo 2: Meros copistas	39
Capítulo 3: Catálogos	52
Capítulo 4: "Piratas"	56
Cine	56
Música grabada	57
Radio	60
Televisión por cable	61
Capítulo 5: "Piratería"	63
Piratería I	63
Piratería II	66
Propiedad	77
Capítulo 6: Fundadores	78
Capítulo 7: Grabadoras	86
Capítulo 8: Transformadores	89
Capítulo 9: Coleccionistas	94
Capítulo 10: "Propiedad"	100
Por qué hollywood tiene razón	107
Principios	112
Leyes: Duración	114
Leyes: Radio de acción	116
Ley y arquitectura: Alcance	119
Arquitectura y ley: Fuerza	125
Mercado: Concentración	137

Todo junto	142
Rompecabezas	147
Capítulo 11: Quimera	147
Capítulo 12: Daños	151
Limitar a los creadores	151
Limitar a los innovadores	154
Corromper a los ciudadanos	164
Equilibrios	171
Capítulo 13: Eldred	172
Capítulo 14: Eldred II	200
Conclusión	209
Epílogo	221
Nosotros, ahora	221
Reconstruyendo libertades previamente dadas por supuestas: Ejemplos	222
Reconstruyendo la cultura libre: Una idea	227
Ellos, pronto	230
1. Más formalidades	231
Registro y renovación	232
Marcar	233
2. Plazos más cortos	234
3. Uso libre frente a uso justo	236
4. Liberen la música –de nuevo	238
5. Despide a un montón de abogados	244
Notas	247
Agradecimientos	267

Prólogo a esta edición

El afán nacional por ingresar a la Sociedad de la Información ha movido iniciativas públicas y privadas orientadas a la dotación de infraestructuras de comunicaciones y la masificación de la Internet, al desarrollo del comercio electrónico y a la modernización del Estado. La posibilidad de servirse de ingentes cantidades de contenidos digitales disponibles para regocijo y deleite de los usuarios cautivan el horizonte; sin embargo, las barreras de acceso se ciernen como un serio obstáculo hacia la prosecución de una sociedad más justa, pluralista y democrática.

El derecho, en cuanto entramado normativo de que se dota una sociedad, no ha estado exento del proceso de adecuación a los desafíos de la Sociedad de la Información. Leyes destinadas a resguardar nuestra vida privada y demás derechos fundamentales ante los excesos del tratamiento automatizado de datos personales; leyes destinadas a brindar seguridad a nuestras transacciones comerciales en línea, así como a las comunicaciones entre ciudadanos y los servicios públicos; leyes destinadas a salvaguardar los derechos de los consumidores, cuando operan en plataformas electrónicas.

En materia de propiedad intelectual, y más específicamente de derechos de autor, también ha existido tal impulso normativo. Gatillado por los procesos de globalización, así como por la creciente digitalización de las obras, el derecho de autor ha procurado su remozamiento a partir de diversos instrumentos internacionales, en la búsqueda de un cierto grado de equivalencia normativa, aunque desafortunadamente acentuando el cariz comercial del proceso de creación.

Tras toda obra artística, cultural e intelectual existe potencial comercial, pero, a la vez, existe un creador que anhela el resguardo y reconocimiento de sus derechos, así como una comunidad ávida de participar de los progresos del arte, de la cultura y de las ciencias. Tras toda obra está en germen el dilema de una sociedad que debate entre la denegación y el acceso al conocimiento, buscando que se respeten los derechos de los creadores y a la vez se posibilite mayor democracia cultural, y con ello la construcción de un Estado pluralista y participativo.

Desde tal perspectiva, el modelo normativo que sugiere Creative Commons, a través del set de opciones de licenciamiento que ofrece al creador, procura una alternativa para (re)establecer el equilibrio entre los derechos de éste y condiciones que garanticen el acceso de la comunidad a sus obras, en un círculo virtuoso de creación colectiva.

La presencia de Lawrence Lessig en Chile, con motivo del lanzamiento de las licencias Creative Commons, justificaba sobradamente la edición en Chile de su obra *Cultura Libre*, en que el autor nos invita a reflexionar en la construcción de una regulación de los derechos de propiedad intelectual equilibrado, que sortee los perniciosos efectos de una legislación atenta tan solo al impacto económico de las obras, tal como lo promueven los Tratados de Libre Comercio que Chile ha suscrito en el último tiempo.

Cultura Libre es un libro fundamental para comprender los problemas y perjuicios que las nuevas regulaciones sobre propiedad intelectual imponen sobre el progreso cultural y la difusión del conocimiento en el contexto de la sociedad digital. Lessig plantea que la forma en que se están articulando las leyes del copyright (o derechos de autor como se denomina en Chile, aunque con importantes diferencias en el contenido de ambos conceptos), es una de las principales barreras para el desarrollo de la cultura, particularmente en el ámbito digital, cultura que se ha gestado a lo largo de los siglos, a través de citas, obras basadas o inspiradas en el trabajo de otros. Su autor nos muestra cómo desde la aparición de Internet se está librando una verdadera batalla entre quienes desean controlar este nuevo espacio de creación y difusión del conocimiento mediante mayores y más restrictivas regulaciones sobre derechos de autor, y quienes promueven los principios de la libre circulación del conocimiento y la información.

Como no podía ser de otra forma, esta edición de *Cultura Libre* ha sido posible gracias a la colaboración de varias personas e instituciones y a la existencia misma de Creative Commons, esto porque Lessig publicó su obra original bajo una licencia CC que permite expresamente que otros jueguen y recreen a partir de ella. Así, Antonio Córdoba, de elástico.net, hizo el enorme esfuerzo de traducirla al español, versión que con algunas correcciones ha sido utilizada para publicar esta edición. Las ilustraciones fueron rediseñadas por Carolina Pérez y el equipo gráfico de LOM Ediciones.

Creative Commons-Chile es un esfuerzo colaborativo de la Corporación Derechos Digitales y la Universidad de Chile, a través del Sistema de Servicios de Información y Bibliotecas SISIB, quienes han dirigido el proceso de traducción e implementación de las licencias CC a la legislación nacional. Además, se ha contado con el apoyo de innumerables personas que han colaborado

en las distintas fases del proceso, corrigiendo las licencias, difundíendolas en sus comunidades y *blogs*, invitando a otros a sumarse. A todos ellos, mil gracias. Mayor información se encuentra siempre disponible en www.creativecommons.cl

La presente edición puede ser descargada libre y gratuitamente desde www.derechosdigitales.org

LOM Ediciones
www.lom.cl

Corporación Derechos Digitales
www.derechosdigitales.org

Prefacio

Al final de su reseña de mi primer libro: *El Código: y otras leyes del ciberespacio*, David Pogue, brillante escritor y autor de innumerables textos técnicos relacionados con la informática, escribió:

A diferencia de las leyes reales, el software de Internet no puede castigar. No afecta a la gente que no está conectada (y solamente lo está una minúscula minoría de la población mundial). Y si no te gusta el sistema de Internet, siempre puedes apagar el módem¹.

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

Puede que Pogue tuviera razón en 1999 –soy escéptico, pero quizás sí–. Pero incluso si tenía razón entonces, hoy no la tiene: *Cultura libre*^{*} es sobre los problemas que Internet causa incluso después de haber apagado el módem. Es una discusión sobre cómo las batallas que se dan hoy en relación a la vida en Internet afectan a “la gente que no está conectada” de un modo crucial. No hay interruptor que pueda aislarnos del efecto de Internet.

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

* Nota del traductor: *Free Culture* debería traducirse en realidad con un título bímembre: *Cultura Libre / Liberen la cultura*, lo cual alude tanto a la descripción y el análisis que hace Lessig como a la llamada a la acción que supone este libro (Todas las notas a pie de página son del traductor y sus correctores, mientras que las del propio Lessig se hallan al final de este libro).

** Un fanático de la tecnología, especialmente de la computación. Es el estilo de vida del hacker, pero no necesariamente implica tener conocimientos técnicos profundos.

Esa tradición es la manera en la que se construye nuestra cultura. Tal y como explico en las páginas que siguen, venimos de una tradición de “cultura libre” –no necesariamente “gratuita” en el sentido de “barra libre” (por tomar una frase del fundador del movimiento del software libre²), sino “libre” en el sentido de “libertad de expresión”, “mercado libre”, “libre comercio”, “libre empresa”, “libre albedrío” y “elecciones libres”. Una cultura libre apoya y protege a creadores e innovadores. Esto lo hace directamente concediendo derechos de propiedad intelectual. Pero lo hace también indirectamente limitando el alcance de estos derechos, para garantizar que los creadores e innovadores que vengan más tarde sean tan libres, como sea posible, del control del pasado. Una cultura libre no es una cultura sin propiedad, del mismo modo que el libre mercado no es un mercado en el que todo es libre y gratuito. Lo opuesto a una cultura libre es una “cultura del permiso” –una cultura en la cual los creadores logran crear solamente con el permiso de los poderosos, o de los creadores del pasado.

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

Vislumbramos este sentimiento de escándalo bipartidista a principios del verano del 2003. Mientras que la Comisión Federal de Telecomunicaciones (FCC en inglés) sopesaba cambios en las reglas de propiedad de los medios que relajarían los límites de la concentración de medios, una extraordinaria coalición generó más de 700.000 cartas a la FCC oponiéndose a los cambios. Mientras William Safire se describía a sí mismo marchando “incómodo al lado de las Mujeres Código Rosa por la Paz y la Asociación Americana del Rifle, entre la progresista Olympia Stowe y el conservador Ted Stevens”, formuló quizás de la manera más simple lo que estaba en juego: la concentración de poder. Y entonces se preguntó:

“¿Esto te suena poco conservador? A mí no. La concentración de poder –político, corporativo, mediático, cultural– debería ser un anatema para los conservadores. La difusión de poder a través del control local, animando así la participación individual, es la esencia del federalismo y la expresión más grande de la democracia”³.

La idea es un elemento del argumento de Cultura libre, aunque mi enfoque no es solamente la concentración de poder producida por las concentraciones de la propiedad, sino que, de un modo más importante, aunque sea debido a

que es algo menos visible, centro mi discusión en la concentración de poder producida por un cambio radical en el campo efectivo de la acción de las leyes. Las leyes están cambiando; ese cambio está alterando la forma en la que se construye nuestra cultura; ese cambio debería preocuparte, da igual si Internet te preocupa o no, –da igual si estás a la izquierda o la derecha de Safire.

La inspiración para el título y para gran parte de la argumentación de este libro proviene de la obra de Richard Stallman y la Fundación del Software Libre. De hecho, mientras releo la propia obra de Stallman, especialmente los ensayos en Software libre, sociedad libre, me doy cuenta de que todas las intuiciones teóricas que desarrollo aquí son ideas que Stallman describió hace décadas. Se podría muy bien defender que esta obra es “meramente” derivada.

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

Como con los argumentos de Stallman para el software libre, una discusión a favor de una cultura libre tropieza con una confusión que es difícil de evitar y aun más difícil de entender. Una cultura libre no es una cultura sin propiedad; no es una cultura en la que no se paga a los artistas. Una cultura sin propiedad, o en la que no se paga a los artistas, es la anarquía, no la libertad. La anarquía no es lo que aquí propongo.

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

Introducción

El diecisiete de septiembre de 1903, en una playa de Carolina del Norte azotada por el viento, durante casi cien segundos, los hermanos Wright demostraron que un vehículo autopropulsado, más pesado que el aire, podía volar. Fue un momento decisivo y su importancia quedó entendida de una forma generalizada. Casi de inmediato, hubo una explosión de interés en esta recién descubierta tecnología del vuelo con seres humanos, y una bandada de innovadores empezó a construir a partir de ella.

En la época en la que los hermanos Wright inventaron el aeroplano, las leyes estadounidenses establecían que el dueño de una propiedad presuntamente poseía no solo la superficie de sus tierras, sino todo lo que había por debajo hasta el centro de la tierra y todo el espacio por encima, hasta “una extensión indefinida hacia arriba”⁴. Durante muchos años, los estudiosos se habían roto la cabeza intentando entender la idea de que los derechos sobre la tierra llegaban hasta el cielo. ¿Quería eso decir que eras dueño de las estrellas? ¿Podías procesar a los gansos por allanamiento premeditado y reiterado?

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

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

llegaban hasta “una extensión indefinida hacia arriba”, entonces el gobierno estaba cometiendo allanamiento y los Causby querían que dejara de hacerlo.

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

“[La] doctrina no tiene lugar alguno en el mundo moderno. El aire es una autopista pública, como ha declarado el Congreso. Si esto no fuera cierto, cualquier vuelo transcontinental sometería a los encargados del mismo a innumerables demandas por allanamiento. El sentido común se rebela ante esa idea. Reconocer semejantes reclamaciones privadas al espacio aéreo bloquearía estas autopistas, interferiría seriamente con su control y desarrollo en beneficio del público, y transferiría a manos privadas aquello a lo que solo el público tiene justamente derecho”⁵.

“El sentido común se rebela ante esa idea”.

Así es como la ley funciona habitualmente. No es tan corriente que lo haga de un modo tan abrupto o impaciente, pero al fin y al cabo es así como funciona. El estilo de Douglas era no vacilar. Otros jueces habrían dicho bobadas página tras página hasta llegar a la misma conclusión que Douglas expresa en una línea: “El sentido común se rebela ante esa idea”. Pero da igual que lleve páginas o unas pocas palabras; el genio especial de un sistema de derecho basado en la jurisprudencia, como el nuestro, es que las leyes se ajustan a las tecnologías de su tiempo. Y conforme se ajusta, cambia. Ideas que eran sólidas como rocas en una época se desmoronan en la siguiente.

O al menos, ésta es la manera en la que las cosas ocurren cuando no hay nadie poderoso del otro lado, que se opone al cambio. Los Causby no eran más que granjeros. Y aunque sin duda habría muchos disgustados por el creciente tráfico aéreo (aunque uno espera que no muchos pollos se arrojasen contra las paredes), los Causby del mundo entero hallarían muy difícil el unirse y detener la idea y la tecnología a la que los hermanos Wright habían dado luz. ¿Los hermanos Wright pusieron a las aerolíneas y a la tecnología en el espacio natural de lo aceptado; la idea después se difundió como un virus en un gallinero; granjeros como los Causby se encontraron rodeados por “lo que parecía razonable” dada la tecnología producida por los Wright. Podían estar de pie en sus

granjas, con pollos muertos en las manos, y agitar los puños ante esas novedosas tecnologías todo lo que les diera la gana. Podían llamar a sus representantes e incluso presentar una demanda. Pero al final de todo, la fuerza de lo que les parecía “obvio” a todos los demás –el poder del “sentido común”– prevalecería. No se permitiría que sus “intereses privados” derrotaran lo que era sin dudas una ganancia pública.

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

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

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

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

Se vació un vaso de agua delante del micrófono en Yonkers; sonó como vaciar un vaso de agua... Se arrugó y rasgó un papel; sonó como un papel y no como un fuego crepitando en mitad del bosque... Se tocaron discos de marchas de Sousa y se interpretaron un solo de piano y una pieza para guitarra... La música se proyectó con una sensación de estar realmente en un concierto que raras veces se había experimentado con una “caja de música” radiofónica⁶.

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

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

Pensaba que Armstrong inventaría algún tipo de filtro que eliminara la estática de nuestra radio AM. No pensaba que empezaría una revolución, empezaría toda una maldita industria que competiría con la RCA⁷.

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

Las fuerzas a favor de la FM, en su mayoría del campo de la ingeniería, no pudieron superar el peso de la estrategia diseñada por las oficinas legales, de ventas y de patentes para derrotar esta amenaza a la posición de la corporación. Porque la FM, en caso de que se le permitiera desarrollarse sin trabas, presentaba [...] un reordenamiento completo del poder en el campo de la radio [...] y la caída final del sistema cuidadosamente restringido de la AM sobre la cual la RCA había cultivado su poder⁸.

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

La serie de golpes recibidos por la radio FM justo después de la guerra, en una serie de decisiones manipuladas a través de la FCC por los grandes intereses radiofónicos, fue casi increíble en lo que respecta a su fuerza y perversidad⁹.

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

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

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

No hay un único inventor de Internet. Ni hay una buena fecha para marcar su nacimiento. Sin embargo, en un tiempo muy corto, Internet se ha convertido en parte de la vida diaria de los EE.UU. Según el Pew Internet and American Life Project, un 58% de los estadounidenses tenía acceso a Internet en el 2002, subiendo respecto del 49% de dos años antes¹⁰. Esa cifra podría perfectamente exceder dos tercios del país para finales del 2004.

Conforme Internet se ha integrado en la vida diaria, ha cambiado las cosas. Algunos de esos cambios son técnicos –Internet ha hecho que las comunicaciones

sean más rápidas, ha bajado los costos de recopilar datos, etc-. Estos cambios técnicos no son el tema de este libro. Son importantes y no se les comprende bien. Pero son el tipo de cosas que simplemente desaparecerían si apagáramos Internet. No afectan a la gente que no usa Internet, o al menos no la afectarían directamente. Son temas apropiados para un libro sobre Internet, pero este libro no es sobre Internet.

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

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

Al principio de nuestra historia, y durante casi toda la historia de nuestra tradición, la cultura no comercial básicamente no estaba sometida a regulación. Por supuesto, si tus historias eran obscenas o si tus canciones hacían demasiado ruido, las leyes podían intervenir. Pero las leyes nunca se preocupaban directamente de la creación o la difusión de esta forma de cultura, y dejaban que esta cultura fuera “libre”. Las formas corrientes en las que individuos normales compartían y transformaban su cultura –contando historias, recreando escenas de obras de teatro o de la televisión, participando en clubes de fans, compartiendo música, grabando cintas–, no eran objeto de atención de las leyes.

Las leyes se centraban en la creatividad comercial. Al principio de un modo leve, después de una manera bastante extensa, las leyes protegían los incentivos a los creadores al concederles derechos exclusivos sobre sus obras de creación, de manera que pudieran vender esos derechos exclusivos en el mercado¹¹. Esto es también, por supuesto, una parte importante de la creatividad y la cultura y se ha convertido cada vez más en una parte importante de los EE.UU. Pero en modo alguno era lo dominante en nuestra tradición. Era, al contrario, una parte tan sólo, una parte controlada, equilibrada por la parte libre.

Ahora se ha borrado esta división general entre lo libre y lo controlado¹². Internet ha preparado dicha desaparición de límites y, presionadas por los grandes medios, las leyes ahora no distinguen entre lo libre y lo controlado. Por primera vez en nuestra tradición, las formas habituales en las cuales los individuos crean y comparten la cultura caen dentro del ámbito de acción de las regulaciones impuestas por las leyes, las cuales se han expandido para poner bajo su control una enorme cantidad de cultura y creatividad a la que nunca antes había llegado. La tecnología que preservaba el equilibrio de nuestra historia –entre los usos de nuestra cultura que eran libres y aquellos que tenían lugar solamente tras recibir permiso– ha sido destruida. La consecuencia es que cada vez más somos menos una cultura libre y más una cultura del permiso.

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

Porque Internet ha desencadenado una extraordinaria posibilidad de que muchos participen en este proceso de construir y cultivar una cultura que llega mucho más allá de los límites locales. Ese poder ha cambiado el mercado para las formas en las que se construye y se cultiva la cultura en general, y ese cambio a su vez amenaza a las industrias de contenidos actualmente hegemónicas en ese mercado. Por tanto, Internet es para estas industrias que construían y distribuían contenidos en el siglo XX lo que la radio FM fue para la radio AM, o lo que el camión fue para la industria del ferrocarril en el siglo XIX: el principio del fin, o al menos una fundamental transformación. Las tecnologías digitales, ligadas a Internet, podrían producir un mercado para la construcción y el cultivo de la cultura inmensamente más competitivo y vibrante; ese mercado podría incluir una gama mucho más amplia y diversa de creatividad, y, dependiendo de unos pocos factores importantes, esos creadores podrían ganar en promedio más de lo que ganan con el sistema que tienen hoy –todo esto en tanto las RCAs de hoy día no usen las leyes para protegerse contra esta competencia.

Sin embargo, como definiendo en las páginas que siguen, esto es precisamente lo que está ocurriendo hoy día en nuestra cultura. Estos modernos equivalentes de la radio de principios del siglo XX o de los ferrocarriles del siglo XIX están

usando su poder para conseguir que las leyes los protejan contra esta nueva tecnología, que es más vibrante y eficiente para construir cultura que la antigua. Están triunfando en su plan para reconfigurar Internet antes de que Internet los reconfigure a ellos.

A muchos no les parece que esto sea así. Las batallas sobre el copyright e Internet le parecen lejanas a la mayoría. A los pocos que las siguen, les parecen principalmente acerca de una serie mucho más sencilla de cuestiones: sobre si se permitirá la “piratería” o no, sobre si se protegerá la “propiedad” o no. La “guerra” que se ha librado contra las tecnologías de Internet, lo que el presidente de la Asociación Estadounidense de Cine (MPAA en inglés), Jack Valenti, ha llamado su “propia guerra contra el terrorismo”¹³, ha sido presentada como una batalla sobre el imperio de la ley y el respeto a la propiedad. Para saber de qué bando ponerse en esta guerra, la mayoría piensa que basta solamente con decidir si estamos a favor o en contra de la propiedad.

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

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

Estos valores construyeron una tradición que, durante al menos los primeros 180 años de nuestra república, les garantizó a los creadores el derecho a construir libremente a partir de su pasado, y protegió a los creadores y los innovadores tanto del Estado como del control privado. La Primera Enmienda protegía a los creadores contra el control del Estado. Y como el profesor Neil Netanel argumenta convincentemente¹⁴, la ley del copyright, con los contrapesos adecuados, protegía a los creadores contra el control privado. Nuestra tradición no era ni soviética ni la tradición de los mecenas de las artes. Al contrario, desarrolló un amplio espacio dentro del cual los creadores podían cultivar y extender nuestra cultura.

Sin embargo, la respuesta de las leyes a Internet, cuando van ligadas a los cambios en la misma tecnología de Internet, han incrementado masivamente la regulación efectiva de la creatividad en los EE.UU. Para criticar o construir a partir de la cultura que nos rodea, antes uno tiene que pedir permiso como si fuera Oliver Twist. Este permiso, por supuesto, se concede a menudo, pero no

se concede a menudo a los que son críticos o independientes. Hemos construido una especie de aristocracia cultural; aquellos dentro de la clase nobiliaria viven una vida cómoda, los que están fuera, no. Pero la aristocracia de cualquier tipo es algo ajeno a nuestra tradición.

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

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

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

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

La esperanza que yo tengo es agilizar este sentido común. Cada vez me he ido asombrando más ante el poder que tiene esta idea de la propiedad intelectual

y, de un modo más importante, del poder que tiene para desactivar un pensamiento crítico por parte de los legisladores y los ciudadanos. En toda nuestra historia nunca ha habido un momento como hoy en que una parte tan grande de nuestra “cultura” fuera “propiedad” de alguien. Y sin embargo, jamás ha habido un momento en el que la concentración de poder para controlar los usos de la cultura se haya aceptado con menos preguntas que como ocurre hoy día.

La pregunta, difícil, es: ¿por qué?

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

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

¿Es este cambio radical, que nos aleja de nuestra tradición de cultura libre, una instancia en la que los EE.UU. corrigen un error de su pasado, tal y como hicimos tras una sangrienta guerra contra la esclavitud, y estamos haciendo poco a poco con las desigualdades? ¿O es este cambio radical un ejemplo más de un sistema político secuestrado por unos pocos y poderosos intereses privados?

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

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

La lucha que se libra ahora mismo se centra en dos ideas: “piratería” y “propiedad”. El objetivo de las próximas dos partes de este libro es explorar estas dos ideas.

El método que sigo no es el habitual en un profesor universitario. No quiero sumergirte en un argumento complejo, reforzado por referencias a oscuros teóricos franceses, por muy natural que eso se haya vuelto para la clase de bichos raros en la que nos hemos convertido. En cada parte, más bien, comienzo con

una colección de historias que dibujan el contexto dentro del cual se puedan comprender mejor estas ideas aparentemente sencillas.

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

Esto lo permitimos, creo, no porque esté bien, ni porque la mayoría de nosotros creamos en estos cambios legales. Lo permitimos porque los intereses más amenazados se hallan entre los actores más importantes en nuestro proceso de promulgar leyes, tan deprimentemente lleno de compromisos. Este libro es la historia de una consecuencia más de esta forma de corrupción, una consecuencia que para la mayoría de nosotros está sumida en el olvido.

Piratería

Desde el principio de las leyes que regulan la propiedad creativa, ha habido una guerra contra la “piratería”. Los contornos precisos de este concepto, “piratería”, son difíciles de esbozar, pero la injusticia que lo anima es fácil de entender. Como Lord Mansfield escribió en un caso que extendía el alcance de la ley inglesa de copyright para incluir las partituras:

Una persona puede usar la copia tocándola, pero no tiene ningún derecho a robarle al autor los beneficios multiplicando las copias y disponiendo de ellas para su propio uso¹⁵.

Hoy día estamos en medio de otra “guerra” en torno a la “piratería”. Internet ha causado esta guerra. Internet posibilita la difusión eficiente de contenidos. El intercambio de archivos entre iguales (P2P) es una de las tecnologías más eficaces de todas las tecnologías eficaces que Internet permite. Usando inteligencia distribuida, los sistemas P2P facilitan la difusión de contenidos de una forma que nadie habría imaginado hace una generación.

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

Los guerreros han recurrido a los tribunales, a los legisladores y de un modo creciente a la tecnología para defender su “propiedad” contra esta “piratería”. Una generación de estadounidenses, advierten los guerreros, se está formando de manera que cree que la “propiedad” debe ser “gratis”. Olvídate de los tatuajes, olvídate de los piercings, ¡nuestros jóvenes están convirtiéndose en ladrones!

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

La idea es una cosa así:

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

Esta opinión está profundamente incrustada en los debates de hoy. Es lo que el profesor de derecho de la NYU Rochelle Dreyfuss critica como la teoría de la propiedad creativa del “si hay valor, hay derecho”¹⁶, es decir, si hay un valor, entonces alguien debe tener un derecho sobre ese valor. Es el punto de vista que llevó a una organización de derechos de autor, la ASCAP, a demandar a las Girl Scouts por no pagar por las canciones que cantaban en sus fuegos de campamento. Si había “valor” (las canciones) entonces debía haber un “derecho”¹⁷, incluso contra las Girl Scouts.

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

En nuestra tradición, al contrario, la propiedad intelectual es un instrumento. Crea la base para una sociedad ricamente creativa pero se queda en una posición subordinada con respeto al valor de la creatividad. El debate actual ha puesto esto al revés. Hemos llegado a preocuparnos tanto en proteger el instrumento que hemos perdido de vista el valor que promovía.

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

Antes de las tecnologías de Internet, esta instancia de mezclarlo todo no importaba mucho. Las tecnologías de publicación eran caras; eso significaba que la mayoría de las publicaciones eran comerciales. Las entidades comerciales podían soportar el peso de la ley, incluso si ese peso era la complejidad bizantina en que se habían convertido las leyes del copyright. Era simplemente un costo más de estar en el negocio.

Pero con el nacimiento de Internet, este límite natural al alcance de la ley ha desaparecido. La ley controla no solamente la creatividad de creadores comerciales, sino la de todos. Aunque esa expansión no importaría tanto si las leyes del copyright solamente regularan el “copiar” de la forma tan amplia y oscura en la que lo hacen, la extensión importa mucho. El peso de esta ley ahora

supera inmensamente cualquier beneficio original –ciertamente cuando afecta a la creatividad no comercial, y de un modo creciente cuando afecta también a la creatividad comercial–. De manera que, como veremos mejor en los capítulos que siguen, el papel de la ley es cada vez menos apoyar a la creatividad y cada vez más proteger a ciertas industrias contra la competencia. Justo en el momento en el que la tecnología digital podría desatar una extraordinaria gama de creatividad comercial y no comercial, las leyes le imponen la carga de reglas irracionalmente complejas y vagas y la amenaza de penas obscenamente severas. Bien podemos estar viendo, como escribe Richard Florida, “la Emergencia de la Clase Creativa”¹⁸. Por desgracia, estamos también viendo la extraordinaria emergencia de regulación de esta clase creativa.

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

Capítulo 1: Creadores

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

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

Dos de mis muchachos sabían leer música, y uno de ellos sabía tocar el órgano. Los pusimos en una habitación en la que no podían ver la pantalla y lo arreglamos todo para llevar el sonido a la habitación en la que nuestras esposas y amigos iban a ver la película.

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

El efecto en nuestro pequeño público no fue nada menos que electrizante. Respondieron casi instintivamente a esta unión de sonido y animación. Pensé que se estaban burlando de mí. De manera que me senté entre el público y lo hicimos todo otra vez. ¡Era terrible, pero era maravilloso! ¡Y era algo nuevo!¹⁹

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

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

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

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

Steamboat Bill, Jr. apareció antes de los dibujos animados de Disney, *Steamboat Willie*. La coincidencia de títulos no es casual. *Steamboat Willie* es una parodia directa en dibujos animados de *Steamboat Bill*²⁰, y ambas tienen como fuente una misma canción. No es solo a partir de la invención del sonido sincronizado en *El cantor de jazz* que obtenemos *Steamboat Willie*. Es también a partir de la invención por parte de Buster Keaton de *Steamboat Bill, Jr.*, inspirado a su vez en la canción “*Steamboat Bill*”. Y a partir de *Steamboat Willie* obtenemos Mickey Mouse.

Este “préstamo” no era algo único, ni para Disney ni para la industria. Disney estaba siempre repitiendo como un loro los largometrajes para el gran público de su tiempo²¹. Lo mismo hacían muchos otros. Los primeros dibujos animados están llenos de obras derivadas, ligeras variaciones de los temas populares; historias antiguas narradas de nuevo. La clave para el éxito era la brillantez de las diferencias. Con Disney, fue el sonido lo que les dio la chispa a sus animaciones. Más tarde, fue la calidad de su trabajo en comparación con

los dibujos animados producidos en masa con los que competía. Sin embargo, estos añadidos fueron creados sobre una base que había tomado prestada. Disney añadió cosas al trabajo de otros antes que él, creando algo nuevo a partir de algo que era apenas viejo.

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

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

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

En 1928, la cultura de la que Disney tenía la libertad de nutrirse era relativamente fresca. El dominio público en 1928 no era muy antiguo y por tanto estaba muy vivo. El plazo medio de copyright era aproximadamente treinta años, para esa minoría de obras creativas que efectivamente tenían copyright²².

* En el original, el slogan de Apple: “Rip, mix, and burn”.

Eso significaba que durante treinta años en promedio los autores y los dueños de copyright de una obra creativa tenían un “derecho exclusivo” para controlar ciertos usos de esa obra, para hacerlo se requería el permiso del dueño del copyright.

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

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

Por supuesto, Walt Disney no tenía un monopolio sobre la “creatividad Walt Disney”. Ni lo tienen los EE.UU. La norma de la cultura libre, salvo hasta hace poco, y con la excepción de los países totalitarios, ha sido ampliamente explotada y bastante universal.

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, este mercado ilegal existe y, de hecho, florece en Japón, y en opinión de muchos, el manga florece precisamente porque existe. Tal y como me dijo Judd Winick, creadora de novelas gráficas estadounidense: “Los primeros

días del cómic en los EE.UU. eran muy parecidos a lo que ocurre hoy en Japón. [...] Los cómics estadounidenses nacieron al copiarse los unos a los otros. [...] Así era como [los artistas] aprendían a dibujar, yendo a los libros de cómics y no calcándolos, sino mirándolos y copiándolos” y basándose en ellos²³.

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

La norma en Japón atenúa esta dificultad legal. Hay quien dice que el beneficio que recauda el mercado japonés del manga explica esta actitud indulgente. Por ejemplo, Salil Mehra, profesor de derecho de la Universidad de Temple, tiene la hipótesis de que el mercado del manga acepta lo que son técnicamente violaciones de derechos porque incitan a que el mercado del manga sea más rico y productivo. Todos perderían si se prohibieran los *doujinshi*, de manera que las leyes no prohíben los *doujinshi*²⁴.

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

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

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

¿Ayudarían a sus clientes los abogados que lucharan contra esta piratería o los perjudicarían?

Parémonos un instante

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

Vivimos en un mundo que celebra la “propiedad”. Yo soy de los que la celebran. Creo en el valor de la propiedad en general, y creo también en el valor de esa forma rara de propiedad que los abogados llaman “propiedad intelectual”²⁵. Una sociedad grande y diversa no puede sobrevivir sin propiedad; una sociedad grande, diversa y moderna no puede florecer sin propiedad intelectual.

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

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

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

Sin embargo hay una reticencia evidente, incluso entre los abogados japoneses, para decir que esos artistas de los cómics de imitación están “robando”.

Esta forma de creatividad Walt Disney es vista como algo justo y que está bien, incluso si los abogados en particular se complican a la hora de decir por qué.

Lo mismo ocurre con miles de ejemplos que aparecen por cualquier sitio una vez que empiezas a buscarlos. Los científicos se basan en el trabajo de otros científicos sin preguntar ni pagar por el privilegio de hacerlo (“Perdone, profesor Einstein, pero ¿me podría dar permiso para usar su teoría de la relatividad para demostrar que usted estaba equivocado por lo que respecta a la física cuántica?”). Las compañías de teatro escenifican adaptaciones de las obras de Shakespeare sin obtener permiso de nadie. (¿Hay alguien que crea que se difundiría mejor a Shakespeare en nuestra cultura si hubiera una entidad central de derechos a la que todas las producciones tuvieran que dirigirse antes de hacer algo?). Y Hollywood funciona en ciclos en relación a ciertos tipos de películas: cinco películas de asteroides a finales de los noventa; dos cintas de desastres con volcanes en 1997.

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

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

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

Capítulo 2: Meros copistas

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

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

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

Eastman desarrolló películas flexibles hechas de papel bañado en una emulsión y lo colocó en pequeños rollos en cámaras pequeñas y sencillas: la Kodak. El aparato se lanzó al mercado enfatizando su sencillez de uso. “Apriete un botón y nosotros haremos todo lo demás”²⁶. Tal y como rezaba la descripción en Kodak para principiantes:

El principio del sistema de Kodak es la separación del trabajo que cualquier persona puede hacer al tomar una foto y el trabajo que solo un experto puede hacer. [...] Nosotros le proporcionamos a cualquiera, hombre, mujer o niño, que tenga la suficiente inteligencia para apuntar una caja directamente a algo y después apretar un botón, un instrumento que elimina por completo de la práctica de la fotografía la necesidad de instalaciones excepcionales o, de hecho, cualquier conocimiento especial para este arte. Puede usarse sin ningún estudio previo, sin un cuarto oscuro y sin productos químicos²⁷.

Por veinticinco dólares cualquiera podía hacer fotos. La cámara venía ya cargada con la película, y cuando se había usado se devolvía a una fábrica Eastman, donde se revelaba. Con el tiempo, por supuesto, se mejoraron tanto el costo de la cámara como la facilidad con la que podía usarse. La película de rollo se convirtió, por tanto, en la base de la explosión en el crecimiento de la fotografía popular. La cámara de Eastman salió a la venta por primera vez en 1888; un año más tarde, Kodak estaba pasando al papel más de seis mil negativos al día. Entre 1888 y 1909, mientras que la producción industrial crecía al 4,7%, las ventas de equipo y material fotográfico lo hicieron al 11%²⁸. Las ventas de la Kodak durante el mismo periodo experimentaron un incremento medio anual de más del 17%²⁹.

La importancia real del invento de Eastman, sin embargo, no era económica. Era social. La fotografía profesional permitía que los individuos vislumbraran lugares que no verían de otras formas. La fotografía amateur les daba la capacidad de registrar sus propias vidas de una manera en la que no podían haberlo hecho antes. Como Brian Coe apunta: "Por primera vez, el álbum de fotos le daba a la persona de la calle el registro permanente de su familia y sus actividades. [...] Por primera vez en la historia hay un verdadero registro visual de la apariencia y las actividades de las personas normales sin ninguna interpretación [literaria] ni tendenciosidad"³⁰.

De este modo, las cámaras y películas Kodak eran tecnologías de expresión. El lápiz o el pincel eran también tecnologías de expresión, por supuesto. Pero se necesitaban años de aprendizaje hasta que los aficionados pudieran usarlos de una forma que fuera útil o efectiva. Con la Kodak, la expresión era posible mucho antes y de una forma mucho más sencilla. Se bajó la barrera de la expresión. Los snobs podían desdeñar su "calidad"; los profesionales podían descartarla por irrelevante. Pero mira a un niño estudiando la mejor manera de encuadrar una foto y te harás una idea del sentido de creatividad que la Kodak permitió. Los instrumentos democráticos le dan a la gente corriente una forma de expresarse de una manera mucho más fácil que cualquiera de los instrumentos que había antes.

¿Qué hacía falta para que esta tecnología floreciese? Obviamente, el genio creador de Eastman fue una parte importante. Pero también fue importante el entorno legal en el que creció el invento de Eastman. Porque muy temprano en la historia de la fotografía, hubo una serie de decisiones judiciales que podrían haber cambiado sustancialmente el camino de la fotografía. A los tribunales les preguntaron si el fotógrafo, aficionado o profesional, necesitaba permiso antes de que pudiera capturar e imprimir cualquier imagen que quisiera. La respuesta fue que no³¹.

Estos argumentos a favor de exigir permiso nos sonarán sorprendentemente familiares. El fotógrafo estaba "tomando" algo de la persona o el edificio al

que le hacía la fotografía: pirateando algo de valor. Algunos hasta pensaban que estaba tomando el alma del objeto fotografiado. Igual que Disney no era libre de tomar los lápices que sus animadores usaban para dibujar a Mickey, estos fotógrafos tampoco tenían la libertad de tomar imágenes que consideraran con valor.

En el otro bando tenemos un argumento que también nos debería resultar familiar. Sí, por supuesto, claro que se usaba algo con valor. Pero los ciudadanos deberían tener la libertad de capturar al menos esas imágenes que están a la vista del público (Louis Brandeis, quien llegaría a ser juez del Tribunal Supremo, pensaba que esta regla debería ser distinta para imágenes en espacios privados³²). Puede ser que el fotógrafo consiga algo a cambio de nada. Pero del mismo modo que Disney podía inspirarse en Steamboat Bill, Jr. o en los hermanos Grimm, el fotógrafo debería tener la libertad de capturar una imagen sin compensar a la fuente.

Afortunadamente para Eastman, y para la fotografía en general, estas decisiones tempranas fueron a favor de los piratas. En general, no se exigiría ningún permiso antes de atrapar una imagen y compartirla con otros. El permiso, al contrario, se suponía. La libertad era la opción por defecto (esta ley acabaría diseñando una excepción para los famosos: los fotógrafos comerciales que toman instantáneas de famosos con propósitos comerciales tienen más restricciones que el resto de nosotros. Pero habitualmente la imagen puede tomarse sin pagar derechos por hacerlo³³).

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

Pero aunque podemos imaginarnos este sistema de permiso, sería muy difícil ver de qué manera la fotografía podría haber florecido como lo ha hecho si este requisito del permiso se hubiera inscrito en las reglas que la gobernaban. Habría habido fotografía. Su importancia habría crecido con el tiempo. Los

profesionales habrían seguido usando la tecnología de la misma forma en la que lo hacían –ya que los profesionales podrían haber soportado mejor las cargas del sistema de permisos–. Pero la difusión de la fotografía a la gente corriente nunca habría tenido lugar. Y, ciertamente, nada parecido a ese crecimiento de una tecnología democrática de expresión habría tenido lugar.

Si atraviesas conduciendo el Presidio de San Francisco, puede que veas dos autobuses de amarillo brillante sobre el que están pintadas sorprendentes imágenes llenas de color y el logo “¡Solo Piensa!” en lugar del nombre de la escuela. Pero hay poco que “sólo” sea cerebral en los proyectos hechos posibles por esos autobuses. Estos autobuses están llenos de tecnologías que enseñan a los niños a jugar con películas, toqueteándolas, mirándolas, curioseándolas, modificándolas. No son las películas de Eastman. Ni siquiera las películas de tu reproductor de video. Más bien la “película” de las cámaras digitales. ¡Sólo Piensa! es un proyecto que permite que los niños hagan películas, como forma de entender y criticar la cultura cinematográfica que los rodea por todos lados. Cada año estos autobuses viajan a más de treinta escuelas y permiten que entre trescientos y quinientos niños aprendan algo sobre los medios haciendo algo con los medios. Haciendo piensan. Jugando aprenden.

Estos autobuses no son baratos, pero la tecnología que llevan lo es cada vez más. El costo de un sistema de video de alta calidad ha caído drásticamente. Como explica un analista: “Hace cinco años, un sistema de edición de video realmente bueno costaba 25.000 dólares. Hoy puedes lograr calidad profesional por 595”³⁴. Estos autobuses están llenos de tecnología que habría costado cientos de miles de dólares hace solo diez años. Y ahora es factible imaginarse no solamente autobuses como éstos, sino aulas por todo el país en las que los jóvenes aprendan cada vez más acerca de algo que los profesores llaman “alfabetismo mediático”.

El “alfabetismo mediático”, tal y como lo define Dave Yanofsky, director ejecutivo de ¡Sólo Piensa!, “es la capacidad [...] para entender, analizar y deconstruir las imágenes de los medios. Su meta es alfabetizar [a los jóvenes] acerca de la manera en la que funcionan los medios, la forma en la que se construyen, la forma en la que se distribuyen, y la forma en la que la gente accede a ellos”.

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

Quizás sí. Pero en un mundo en el que los niños ven, en promedio, 390 horas de anuncios en la televisión al año, o entre 20.000 y 45.000 anuncios en

general³⁵, es cada vez más importante entender la “gramática” de los medios. Porque igual que hay una gramática para la palabra escrita, hay también una para los medios. Y de la misma manera que aprenden a escribir precisamente escribiendo una enorme cantidad de prosa horrible, los niños aprenden a escribir los medios construyendo una gran cantidad de (al menos al principio) productos mediáticos horribles.

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

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

Esta gramática ha cambiado conforme los medios audiovisuales han cambiado. Cuando consistían solamente en el cine, como Elizabeth Daley, directora ejecutiva del Centro Annenberg para los Medios de la Universidad del Sur de California y decana de la Escuela de Cine-Televisión de la USC, me explicó, la gramática trataba “de cómo colocar los objetos, del color, [...] del ritmo, el avance de la acción, y la textura”³⁶. Pero cuando los ordenadores abrieron un espacio interactivo en el que una historia “se juega” tanto como se experimenta, esa gramática cambió. El mero control de la narración se pierde, y se precisan otras técnicas. Michael Crichton se había convertido en un maestro de las técnicas narrativas de la ciencia ficción, pero cuando intentó diseñar un videojuego basado en una de sus obras, tuvo que aprender todo un nuevo oficio. Cómo guiar a la gente a lo largo de un juego sin que sientan que la están guiando no era algo obvio, incluso para un autor de extraordinario éxito³⁷.

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

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

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

“Meros lectores”. Receptores pasivos de una cultura producida por otros. Homeros Simpsons atados al televisor. Consumidores. Éste es el mundo de los medios legado por el siglo XX.

El siglo XXI podría ser diferente. Éste es el punto fundamental. Podría ser un mundo tanto de escritores como de lectores (y no hablo solo de textos escritos). O al menos de lectores que entienden mejor el oficio de escribir. O mejor todavía, de lectores que comprenden la forma en la que los instrumentos permiten a alguien guiarnos por el buen o el mal camino. La meta de cualquier alfabetización, y de esta alfabetización en particular, es “darle poder a la gente para que escoja el lenguaje más apropiado para lo que necesita crear o expresar”³⁸. Es darles la capacidad a los estudiantes para que “se comuniquen en el lenguaje del siglo XXI”³⁹.

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

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

Usando cualquier “material libre con el que pudieran dar en Internet”, y herramientas relativamente simples para permitir que los jóvenes mezclaran

“imagen, sonido y texto”, según Barish esta clase produjo una serie de proyectos que mostraban algo sobre este tipo de violencia que pocos entenderían de otra manera. Esto era un tema muy cercano a las vidas de estos estudiantes. El proyecto “les dio un instrumento y les permitió tener la capacidad para entenderlo y hablar sobre él”, explica Barish. Ese instrumento tuvo éxito a la hora de producir una expresión; mucho más éxito y de una forma mucho más convincente que si lo hubieran creado solo con texto—. “Si les hubieras dicho a esos estudiantes ‘tienen que hacerlo con texto’, simplemente habrían pasado del tema y habrían ido y hecho otra cosa”, como describe Barish, sin duda, porque expresarse por medio de textos no es algo que a estos estudiantes se les dé muy bien. Ni tampoco son los textos una forma en la que estas ideas se puedan expresar bien. El poder de este mensaje depende de su conexión con esta forma de expresión.

“¿Pero la educación no va de enseñarles a los jóvenes a escribir?”, le pregunté yo. En parte, por supuesto, va de eso. ¿Pero por qué les enseñamos a los jóvenes a escribir? La educación, explica Daley, consiste en darles a los estudiantes una forma de “construir significado”. Decir que eso significa solamente escribir es como decir que enseñar a escribir solo consiste en enseñar a los niños a deletrear. El texto es una parte –y, cada vez más no la más efectiva– de la construcción de significado. Como explica Daley en la parte más conmovedora de nuestra entrevista:

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

Eso da poder de una manera enorme. Y entonces lo que ocurre, por supuesto, es que al final, como ha pasado en todas estas clases, se dan de cabeza con el hecho de que “tengo que explicar esto y de verdad tengo que escribir algo”. Y entonces uno de los profesores le dijo a Stephanie que podían reescribir un párrafo cinco, seis, siete, ocho veces, hasta que les saliera bien.

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

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

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

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

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

* *Barn raising* en el original: fiesta en la que los miembros de una comunidad se reúnen para ayudar a un vecino a construir un cobertizo.

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

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

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

Esto es una afirmación muy tajante. Sin embargo dice tanto sobre nuestra democracia como sobre los *blogs*. Ésa es la parte más difícil de aceptar para los que amamos a los EE.UU.: nuestra democracia se ha atrofiado. Por supuesto que tenemos elecciones, y la mayoría de las veces los tribunales permiten que esas elecciones cuenten. Un número relativamente pequeño de personas vota en esas elecciones. El ciclo de esas elecciones ha llegado a ser algo totalmente profesionalizado y rutinario. La mayoría de nosotros piensa que eso es la democracia.

Pero la democracia nunca ha consistido solamente en las elecciones. La democracia significa el gobierno del pueblo, pero ese gobierno significa algo más que unas meras elecciones. En nuestra tradición también significa control por

* Cuaderno de bitácora en la red.

medio de un discurso razonado. Ésta fue la idea que atrapó la imaginación de Alexis de Tocqueville, el abogado francés del siglo XIX que escribió la descripción más importante de la temprana “Democracia en los EE.UU.”. No fueron las elecciones populares lo que le fascinó, fue el jurado, una institución que le daba a la gente normal el derecho a decidir entre la vida y la muerte de otros ciudadanos. Y lo más fascinante para él era que el jurado no votaba simplemente sobre el resultado que impondría. Deliberaban. Sus miembros discutían sobre el resultado “correcto”; trataban de persuadirse los unos a los otros acerca del resultado “correcto”, y al menos en los casos criminales, tenían que estar de acuerdo en un resultado unánime para que el proceso terminara⁴⁰.

Sin embargo, incluso esta institución flaquea hoy día en los EE.UU. Y en su lugar no hay ningún esfuerzo sistemático para permitir que los ciudadanos deliberen. Hay quien está luchando para que se cree precisamente esa institución⁴¹. Y en algunas ciudades de Nueva Inglaterra, algo parecido a estas deliberaciones aun permanece. Pero para la mayoría de nosotros la mayor parte del tiempo, no hay ni tiempo ni lugar para que “la deliberación democrática” se produzca.

De un modo aun más extraño y sorprendente, ni siquiera hay permiso para que esto ocurra. Nosotros, la democracia más poderosa del mundo, hemos desarrollado una norma muy fuerte en contra de la conversación sobre política. Está bien hablar de política con la gente con la que estamos de acuerdo. Pero es de mal gusto hablar de política con gente con la que estamos en desacuerdo. El discurso político se convierte en algo aislado, y el discurso aislado se hace más extremo⁴². Decimos lo que nuestros amigos quieren que digamos, y oímos muy poco aparte de lo que nuestros amigos dicen.

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

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

La importancia de estos *blogs* es ahora mínima, aunque no tan mínima. El nombre de Howard Dean se podría haber esfumado de la carrera presidencial

del 2004 de no ser por los *blogs*. Sin embargo, incluso si el número de lectores es reducido, su lectura está teniendo efecto.

Un efecto directo es sobre las historias, que tenían un ciclo vital distinto en los medios para el gran público. El asunto Trent Lott es un ejemplo. Cuando Lott “se equivocó al hablar” en una fiesta para el senador Strom Thurmond, básicamente alabando la política segregacionista de Thurmond, calculó bien al pensar que la historia desaparecería de la prensa en cuarenta y ocho horas. Lo hizo. Pero no calculó el ciclo vital en la blogosfera. Los *bloggers* siguieron investigando esta historia. Con el tiempo aparecieron más y más ejemplos de semejantes “equivocaciones”. Finalmente, la historia volvió a la prensa. Y al final Lott se vio forzado a dimitir de su puesto de líder de su partido en el Senado⁴³.

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

Pero los *bloggers* no tienen las mismas limitaciones. Pueden obsesionarse, concentrarse, ponerse serios. Si un *blog* en particular escribe una historia particularmente interesante, cada vez más gente enlazará a esa historia. Y conforme aumenta el número de enlaces a una determinada historia, sube en los rankings de historias. La gente lee lo que es popular; lo que es popular ha sido seleccionado por el muy democrático proceso de rankings generados entre iguales.

También hay una segunda forma en la que los *blogs* tienen un ciclo diferente del de la prensa general. Como me dijo Dave Winer, uno de los padres de este movimiento y creador de software durante décadas, otra diferencia es la ausencia de “un conflicto de intereses” financieros. “Creo que tienes que sacar el conflicto de intereses” del periodismo, me dijo Winer. “Un periodista amateur simplemente no tiene un conflicto de intereses, o el conflicto de intereses es tan fácil de revelar que sabes que puedes quitártelo de en medio”.

Estos conflictos se hacen cada vez más importantes conforme los medios se concentran cada vez más y más (volveremos a este asunto). Unos medios concentrados en pocas manos pueden ocultarle más cosas al público que unos medios en los que no hay esta concentración –tal y como la CNN admitió haber hecho durante la guerra de Irak por miedo a las consecuencias para sus propios empleados⁴⁴. También necesita sostener una posición más coherente (En medio de la guerra de Irak, leí una entrada en Internet de alguien que estaba escuchando en ese momento una conexión vía satélite con una reportera en Irak. La central en Nueva York le decía a la reportera una y otra vez que su relato de la guerra era demasiado sombrío: tenía que ofrecer una historia más optimista. Cuando le dijo a Nueva York que no podía garantizar eso, le dijeron que ellos escribirían “la historia”).

La *blogosfera* les da a los amateurs una forma de entrar en el debate –amateur no en el sentido de falta de experiencia, sino en el sentido de deportista olímpico, alguien a quien no se le paga para que informe–. Permite una gama mucho más amplia de fuentes para una historia, tal y como revelan las informaciones sobre el desastre del Columbia, cuando cientos de personas por todo el sudoeste de EE.UU. fueron a Internet a contar lo que habían visto⁴⁵. Y hace que los lectores lean a través del espectro de relatos y, como dice Winer, “triangulen” la verdad. Los *blogs*, explica Winer, están “comunicándose directamente con nuestra circunscripción electoral, y el intermediario se queda fuera” –con todos los beneficios y costos que eso implica.

Winer es optimista acerca del futuro del periodismo infectado por los *blogs*. “Se va a convertir en una capacidad esencial”, predice Winer, para las figuras públicas y también crecientemente para figuras privadas. No está claro que el “periodismo” esté contento con esto –a algunos periodistas les han dicho que dejen de escribir tanto para sus *blogs*⁴⁶. Pero está claro que todavía estamos en transición. “Gran parte de lo que estamos haciendo no es más que precalentamientos”, me dijo Winer. Muchas cosas tienen todavía que madurar antes de que esta esfera tenga un efecto maduro. Y como la inclusión de contenidos en este espacio es el uso de Internet que menos viola las leyes (con lo que en realidad me refiero a las leyes del copyright), Winer dice que “será lo último que cierren”.

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

John Seely Brown es el científico principal de la Xerox Corporation. Su trabajo, tal y como su sitio en la Red lo describe, es “el aprendizaje humano y [...] la creación de ecologías del conocimiento que creen [...] innovación”.

Brown, por tanto, mira a estas tecnologías de creatividad digital con una perspectiva un poco diferente a la que he descrito hasta ahora. Estoy seguro de que él estaría entusiasmado con cualquier tecnología que pueda mejorar la

democracia. Pero su verdadero entusiasmo viene de cómo estas tecnologías afectan al aprendizaje.

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

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

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

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

Lo mismo también ocurre con los contenidos. Y ocurre de la misma manera colaboradora cuando esos contenidos son parte de la Red. Tal y como lo describe Brown: “La Red [es] el primer medio que verdaderamente hace honor a múltiples formas de inteligencia”. Tecnologías más tempranas, como la máquina de escribir o los procesadores de texto ayudaron a ampliar los textos. Pero la Red amplía mucho más que el texto. “La Red [...] dice que si eres alguien musical, si eres artístico, si eres visual, si estás interesado en el cine [...] [entonces] hay mucho que puedes empezar a hacer en este medio. Ahora puede ampliar y hacer honor a estas múltiples formas de inteligencia”.

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

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

Estas restricciones se han convertido en el objeto de investigadores y estudiosos. El profesor Ed Felten de Princeton (al que veremos más en el capítulo 10) ha desarrollado un argumento convincente a favor del “derecho a jugar” tal y como se aplica en la informática y al conocimiento en general⁴⁷. Pero la preocupación de Brown es más temprana, o más joven, o más fundamental. Es sobre el tipo de aprendizaje que los jóvenes pueden hacer o no, debido a las leyes.

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

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

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

“Ésta no es forma de llevar una cultura”, como Brewster Kahle, a quien conoceremos en el capítulo 9, me soltó en un raro momento de desesperanza.

Capítulo 3: Catálogos

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

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

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

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

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

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

* En el sentido de informática, no de periodismo.

Jesse publicó su buscador en la red a finales de octubre. Durante los seis meses siguientes continuó retocándolo para mejorar sus funciones. Para marzo, el sistema funcionaba bastante bien. Jesse tenía más de un millón de archivos en su directorio, con distintos tipos de contenidos que estuvieran en los archivos de los usuarios.

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

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

El 3 de abril del 2003, el decano de estudiantes del RPI se puso en contacto con Jesse. Éste informó a Jesse que la Asociación de la Industria Discográfica de los EE.UU. (RIAA en inglés) iba a presentar una demanda contra él y otros tres estudiantes a los que él ni siquiera conocía, dos de ellos de otra universidad. Unas horas más tarde, a Jesse le llegaron los papeles de la demanda. Mientras los leía y veía los reportajes en la prensa sobre ellos, se fue quedando cada vez más asombrado.

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

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

Demandas semejantes fueron presentadas contra otros tres estudiantes: otro estudiante del RPI, uno de la Universidad Técnica de Michigan y uno de Princeton. La situación de cada uno era similar a la de Jesse. Aunque cada caso era diferente en los detalles, en el fondo todos eran exactamente lo mismo: enormes demandas por “daños” a los que la RIAA afirmaba tener derecho. Si las sumáramos, estas cuatro demandas les estaban pidiendo a los tribunales de los EE.UU. que les concedieran a los demandantes algo así como 100.000 millones de dólares –seis veces el beneficio total de la industria del cine en 2001⁴⁸.

Jesse llamó a sus padres. Lo apoyaron pero estaban un tanto asustados.

Su tío era abogado. Empezó a negociar con la RIAA. Exigieron saber cuánto dinero tenía Jesse. Jesse había ahorrado doce mil dólares gracias a trabajos veraniegos y otros empleos. Exigieron 12.000 dólares para olvidarse del caso.

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

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

Así que Jesse tenía una elección mafiosa: 250.000 dólares y la oportunidad de ganar, o 12.000 dólares y un acuerdo.

La industria musical insistía en que era una cuestión legal y moral. Dejemos las leyes a un lado y centrémonos en la moral. ¿Dónde está la moral en una demanda así? ¿Cuál es la virtud de escoger chivos expiatorios? La RIAA es un lobby extraordinariamente poderoso. Se dice que el presidente de la RIAA gana más de un millón de dólares al año. Los artistas, por otra parte, no están bien pagados. El artista medio que graba gana 45.900 dólares⁴⁹. Hay muchas formas en las que la RIAA puede afectar y dirigir la política. ¿Así que dónde está la moral en tomar dinero de un estudiante por operar un buscador?⁵⁰

El 23 de junio Jesse le envió un giro postal con todo su dinero a un abogado que trabajaba para la RIAA. El caso contra él fue desestimado. Y con esto, este joven que había jugado con un computador hasta meterse en una demanda por quince millones de dólares se convirtió en un activista:

Decididamente no era un activista [antes]. En realidad nunca pretendí ser un activista [...] [Pero] me han empujado a esto. No preví en modo alguno nada así, pero creo que es completamente absurdo lo que ha hecho la RIAA.

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

Capítulo 4: “Piratas”

Si la “piratería” significa usar la propiedad creativa de otros sin su permiso –si lo de “si hay valor, hay derecho” es verdad– entonces la historia de la industria de contenidos es una historia de piratería. Cada uno de los sectores importantes de los “grandes medios” hoy día –el cine, los discos, la radio y la televisión por cable– nació de una forma de piratería, si es que la definimos así. La historia que se repite sistemáticamente es que la última generación de piratas se hace miembro del club de los privilegiados en esta generación, hasta ahora.

Cine

La industria del cine de Hollywood fue construida por piratas en fuga⁵¹. Creadores y directores emigraron desde la costa este a California a principios del siglo XX en parte para escapar de los controles de las patentes concedidas al inventor del cine, Thomas Edison. Estos controles se ejercían por medio de un monopolio, la Compañía de Patentes de Películas (MPPC en inglés), y estaban

basados en la propiedad creativa de Edison –que se expresaban en patentes–. Edison formó la MPPC para ejercer los derechos que le daba esta propiedad creativa, y la MPPC era estricta en cuanto a los controles que exigía. Tal y como un comentarista cuenta parte de la historia:

En enero de 1909 se fijó una fecha límite para que todas las compañías cumplieran con la licencia. Para febrero, los proscritos sin licencia, quienes se llamaban a sí mismos los independientes, protestaron contra el monopolio y siguieron con su negocio sin someterse al monopolio de Edison. En el verano de 1909 el movimiento independiente estaba en su punto álgido, con productores y dueños de cines usando equipo ilegal y celuloide importado para crear su propio mercado underground. Con el país experimentando una tremenda expansión en el número de cines, la Compañía de Patentes reaccionó contra el movimiento independiente creando una subsidiaria fuertemente armada, conocida como la Compañía General del Cine, para bloquear la entrada de independientes sin licencia. Con tácticas de coacción que se han hecho legendarias, la subsidiaria confiscó equipo ilegal, suspendió la continuidad del suministro de productos a los cines que mostraban películas sin licencia, y monopolizó de hecho la distribución con la adquisición de todos los mercados estadounidenses de películas, excepto por uno que era propiedad del independiente William Fox, quien desafiaba al monopolio incluso después de que su licencia fuera revocada⁵².

Los Napsters de aquel tiempo, los “independientes”, eran compañías como la Fox. E igual que hoy, esos independientes encontraron una fuerte resistencia. “Se interrumpieron las filmaciones con el robo de la maquinaria, y con frecuencia ocurrían ‘accidentes’ que resultaban en la pérdida de negativos, equipo, edificios y a veces vidas y miembros”⁵³. Esto condujo a que los independientes huyeran de la costa este. California estaba suficientemente lejos del alcance de Edison para que allí los cineastas pudieran piratear sus inventos sin miedo a la ley. Y esto es lo que los líderes de la industria del cine de Hollywood, con Fox a la cabeza, simplemente hicieron.

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

Música grabada

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

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

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

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

Imaginen la injusticia. Un compositor escribe una canción o una ópera. Un editor compra a un alto precio los derechos y le aplica el copyright. En esto llegan aquí las compañías fonográficas y las compañías que hacen rollos de música y deliberadamente roban el trabajo mental del compositor y el editor sin el más mínimo respeto por [sus] derechos⁵⁴.

Los innovadores que desarrollaron la tecnología para grabar las obras de otra gente estaban “absorbiendo como esponjas el esfuerzo, el trabajo, el talento y el genio de los compositores estadounidenses”⁵⁵, y “la industria de las editoriales musicales” estaba por tanto “a completa merced de estos piratas”⁵⁶. Como explicó John Philip Sousa, de la manera más directa posible: “Cuando ganan dinero con mis obras, yo quiero una parte”⁵⁷.

Estos argumentos suenan familiares en las guerras de hoy día. Igual que también los argumentos del otro bando. Los innovadores que desarrollaron la pianola argumentaban que “se puede demostrar perfectamente que la introducción de pianolas no ha privado a ningún compositor de nada que no tuviera antes de dicha introducción”. Más bien, las máquinas incrementaban las ventas de partituras⁵⁸. En cualquier

caso, argumentaban los innovadores, la tarea del Congreso era “considerar antes que nada los intereses del [público], al que representa y sirve”. “Toda esa charla sobre ‘robo’”, escribió el consejo general de la *American Gramophone Company*, “es la trampa más evidente, porque no existe ninguna propiedad en ideas musicales, literarias o artísticas, excepto tal como se definen por estatuto”⁵⁹.

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

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

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

Pero la ley que gobierna las grabaciones les da menos a los artistas que graban. Y así, de hecho, la ley le da subsidios a la industria discográfica por medio de una especie de piratería –al darle– a los artistas que graban un derecho más débil que el que les concede a otros artistas creativos–. Los Beatles tenían menos control sobre su obra creativa que el que tiene Grisham. Y los beneficiarios de este control reducido son las discográficas y el público. La industria discográfica obtiene algo de valor por menos de lo que pagaría si las cosas fuesen de otra forma; el público obtiene acceso a un espectro mucho más amplio de creatividad musical. En realidad, el Congreso fue muy explícito acerca de sus razones para conceder este derecho. El miedo que tenía era al poder de monopolio de los dueños de derechos, y a que ese poder asfixiara la creatividad posterior⁶⁰.

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

Los fabricantes de discos defendieron vigorosamente que se mantuviera el sistema de licencia obligatoria. Afirmaron que la industria discográfica es un negocio de quinientos mil millones de dólares de una gran importancia en los EE.UU. y en todo el mundo; que los discos hoy día son el medio principal para diseminar la música, y que esto crea problemas especiales, ya que los intérpretes precisan acceso sin trabas a materiales musicales en términos no discriminatorios. Históricamente, apuntaron los fabricantes de discos, no había derechos de grabación antes de 1909 y el estatuto de 1909 adoptó la licencia obligatoria como una condición deliberadamente antimonopolio para conceder esos derechos. Argumentan que el resultado ha sido una inundación de música grabada, con el resultado de que se le ha dado al público precios más bajos, mejor calidad, y una selección más amplia⁶¹.

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

Radio

La radio también nació de la piratería.

Cuando una emisora de radio toca un disco en antena, eso constituye una “interpretación en público” de la obra del autor⁶². Como ya describí, la ley le da al compositor (o al dueño del copyright) un derecho exclusivo a las interpretaciones en público de su obra. La emisora de radio por tanto le debe dinero al compositor por esa interpretación.

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

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

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

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

Sin duda uno podría argumentar que, después de todo, los artistas que graban se benefician. En promedio, la promoción que obtienen vale más que los derechos de interpretación a los que renuncian. Tal vez. Pero incluso si esto es efectivamente así, las leyes habitualmente le dan al creador el derecho a que escoja. Al tomar decisiones por él, la ley le da a la estación de radio el derecho a tomar algo a cambio de nada.

Televisión por cable

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

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

Las emisoras y los dueños del copyright se dieron prisa en atacar este robo. Rosel Hyde, director de la FCC*, veía esta práctica como una forma de “competencia desleal y potencialmente destructiva”⁶³. Puede que hubiera un “interés público” en difundir el alcance de la televisión por cable, pero como Douglas Anello, consejero general para la *National Association of Broadcasters*, le preguntó al senador Quentin Burdick durante su testimonio: “¿Es que el interés público dicta que uses la propiedad de otros?”⁶⁴ Como el directivo de otra emisora lo explicó:

Lo extraordinario del negocio de la CATV es que es el único negocio que conozco en el que no han pagado por el producto que venden⁶⁵.

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

* N. de T. Comisión Federal de Comunicaciones de EE. UU.

Estamos pidiendo algo muy sencillo, que la gente que ahora toma nuestra propiedad pague por ella. Estamos intentando detener la piratería y no creo que haya ninguna palabra más suave para describirlo. Creo que hay palabras más duras que encajarían perfectamente⁶⁶.

Esta gente era “gente que viaja gratis”, dijo Charlton Heston, presidente del Sindicato de Actores Cinematográficos, gente que “estaba privando a los actores de una compensación”⁶⁷.

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

Aquí nuestro argumento es que a diferencia del problema de si tienes en absoluto alguna protección del copyright o no, aquí el problema es si a los dueños de copyright a los que ya se les compensa, que ya tienen un monopolio, se les debería permitir que extiendan ese monopolio. [...] Aquí la cuestión es cuánta compensación deberían tener y hasta qué momento podrían remontarse al exigir su derecho a una compensación⁶⁸.

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

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

Estas historias separadas silban la misma canción. Si la “piratería” significa usar valor de la propiedad creativa de otro sin permiso de ese creador –tal y como se la describe cada vez más hoy día⁶⁹– entonces todas las industrias afectadas por el copyright hoy día son el producto o beneficiarias de algún tipo de piratería. El cine, los discos, la radio, la televisión por cable... La lista es larga y bien podría expandirse. Cada generación le da la bienvenida a los piratas del pasado. Cada generación –hasta ahora.

Capítulo 5: “Piratería”

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

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

Piratería I

En todo el mundo, pero especialmente en Asia y en Europa Oriental, hay empresas que no hacen nada salvo tomar los contenidos con copyright, copiarlos y venderlos –todo esto sin el permiso del dueño del copyright–. La industria discográfica estima que pierde 4.600 millones de dólares cada año por la piratería física⁷⁰ (eso resulta ser uno de cada tres CDs que se venden en el mundo). La MPAA calcula que pierde tres mil millones de dólares anualmente por la piratería.

Esto es piratería pura y dura. Nada en los argumentos de este libro, ni en los argumentos que la mayoría de la gente formula cuando habla del tema de este libro, debería poner en duda esta simple idea: la piratería está mal, lo cual no significa que no se puedan ofrecer excusas y justificaciones en favor de ella. Podríamos, por ejemplo, acordarnos de que durante el primer siglo de la historia de los EE.UU. no se reconocieron los derechos de los copyright extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación de piratas. Parecería hipócrita, por tanto, insistir demasiado en que otros países en vías de desarrollo hacen algo malo cuando durante el primer siglo de nuestra historia lo mismo nos pareció que estaba bien.

Esta excusa no es demasiado convincente. Técnicamente, nuestras leyes no prohibían el tomar obras extranjeras. Se limitaban explícitamente a las obras estadounidenses. Así que los editores estadounidenses que publicaban obras extranjeras sin el permiso de los autores extranjeros no estaban violando ninguna

regla. Las fábricas de copias en Asia, al contrario, sí están violando las leyes asiáticas. Las leyes asiáticas protegen los copyrights extranjeros, y las acciones de estas fábricas violan estas leyes. De manera que el mal en lo que hacen no es solamente un mal moral, sino un mal legal también, y no de acuerdo solo a las leyes internacionales, sino también a las locales.

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

Si un país ha de ser tratado como una entidad soberana, sin embargo, sus leyes son sus leyes sin que importen sus fuentes. El derecho internacional bajo el que viven estas naciones les da algunas oportunidades para escapar de las cargas de la propiedad intelectual⁷¹. En mi opinión, más países en vías de desarrollo deberían aprovecharse de esa oportunidad, pero cuando no lo hacen, entonces hay que respetar sus leyes. Y según las leyes de estos países, la piratería está mal.

Alternativamente, podríamos intentar disculpar esta piratería señalando que, en cualquier caso, no le hace ningún daño a la industria. Los chinos que pueden acceder a CDs estadounidenses a cincuenta centavos la copia no es gente que los habría comprado a quince dólares. Así que en realidad nadie gana menos dinero del que ganaría de ser otra la situación⁷².

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

Este argumento es todavía muy flojo. Sin embargo, aunque el copyright es un derecho de propiedad de un tipo muy especial, es un derecho de propiedad. Como todos los derechos de propiedad, el copyright le da a su dueño el derecho a decidir los términos bajo los cuales se comparten los contenidos. Si el dueño del copyright decide no vender, no tiene por qué hacerlo. Hay excepciones: importantes licencias estatutarias que se aplican a contenidos con copyright sin que importen los deseos del dueño del copyright. Estas licencias le dan a la gente el derecho a “tomar” materiales con copyright sin que importe si el dueño del copyright quiere vender o no. Pero allí donde la ley no le da a

la gente el derecho a tomar contenidos, está mal tomar esos contenidos incluso si ese mal no provoca daño alguno. Si tenemos un sistema de propiedad, y ese sistema está apropiadamente diseñado, entonces está mal tomar una propiedad sin permiso de su propietario. Eso es precisamente lo que significa “propiedad”.

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

Este argumento también tiene parte de verdad. La estrategia de adición es una buena estrategia. Muchas empresas la practican. Algunas prosperan gracias a ella. Los estudiantes de derecho, por ejemplo, reciben acceso gratuito a dos bases de datos legales. Las compañías que las venden esperan que los estudiantes se acostumbrarán tanto a su servicio que querrán usar una y no la otra cuando se conviertan en abogados (y deban pagar una suscripción bastante alta).

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

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

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

Esto no significa que la última preocupación en término de piratería, el intercambio entre iguales (P2P en inglés), no provoque preguntas. Pero significa que tenemos que entender un poco mejor el daño que causa el intercambio P2P antes de mandarlo al patíbulo bajo la acusación de piratería.

Porque (1) como el Hollywood en sus orígenes, el intercambio P2P escapa de una industria obsesionada con el control; y (2) como la industria discográfica en sus orígenes, simplemente explota una nueva forma de distribuir contenidos; pero (3) a diferencia de la televisión por cable, nadie está vendiendo los contenidos que se comparten en los servicios P2P.

Estas diferencias distinguen el intercambio P2P de la piratería verdadera. Deberían impulsarnos a encontrar un modo de proteger a los artistas que al mismo tiempo permita que este intercambio sobreviva.

Piratería II

La clave para la “piratería” que la ley pretende aplastar es un uso que “le roba al autor sus beneficios”⁷³. Esto significa que debemos determinar si el intercambio P2P hace daño y en qué medida, antes de que sepamos con qué fuerza la ley debe bien prevenirlo, bien encontrar una alternativa para asegurarle al autor sus beneficios.

El intercambio entre iguales se hizo famoso con Napster. Pero los inventores de la tecnología de Napster no habían hecho ninguna innovación tecnológica de primera magnitud. Como todos los grandes avances en innovación en Internet (y, muy probablemente, también fuera de Internet⁷⁴), Shawn Fanning y su equipo simplemente habían ensamblado componentes que habían sido desarrollados por separado.

El resultado fue combustión espontánea. Lanzado en julio de 1999, Napster amasó más de diez millones de usuarios en nueve meses. Después de dieciocho meses había cerca de ochenta millones de usuarios registrados en el sistema⁷⁵. Los tribunales cerraron Napster con rapidez, pero otros servicios aparecieron para ocupar su lugar (Kazaa es actualmente el servicio P2P más popular, presume tener más de cien millones de usuarios). Los sistemas de

estos servicios son diferentes en arquitectura, aunque no muy distintos en lo que se refiere a la función: todos ellos permiten que sus usuarios pongan contenidos a disposición de los demás usuarios. Con un sistema P2P puedes compartir tus canciones favoritas con tu mejor amigo –o con tus veinte mil mejores amigos.

Según unas cuantas estimaciones, una inmensa proporción de estadounidenses han probado la tecnología del intercambio de archivos. Un estudio de *Ipsos-Insight* en septiembre del 2002 estimaba que sesenta millones de estadounidenses habían descargado música –un 28% de los estadounidenses mayores de doce años⁷⁶. Una encuesta del grupo NDP citada por *The New York Times* estimaba que en mayo del 2003, cuarenta y tres millones de ciudadanos usaban redes de intercambio de los archivos para intercambiar contenidos⁷⁷. La inmensa mayoría no son jóvenes. Sea cual sea el número real, en estas redes se está “tomando” una cantidad masiva de contenidos. La facilidad y el mínimo coste de las redes de intercambio de archivos han inspirado el que millones disfruten la música de una manera en la que no lo habían hecho antes.

Una parte de este disfrute implica violaciones de copyright. Y otra parte no. E incluso si entramos en la parte que es técnicamente una violación del copyright, calcular el daño real para los dueños de copyright es más complicado de lo que uno podría pensar. Así que considera –con más cuidado con el que frecuentemente lo hacen las voces polarizadas en este debate– los tipos de intercambio permitidos por el intercambio de archivos, y el tipo de daños que implican.

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

- A) Hay quien usa estas redes como sustituto de la compra de contenidos. Así, cuando aparece un nuevo CD de Madonna en el mercado, en lugar de comprar el CD, estos usuarios simplemente lo toman de la red. Podemos discutir sobre si todo el mundo que lo obtiene de este modo verdaderamente lo compraría si el intercambio no lo hubiera puesto a su disposición gratis. La mayoría de la gente no haría esto, pero claramente hay algunos que sí. Estos últimos son el objetivo de la categoría A: usuarios que descargan en lugar de comprar.
- B) Hay quien usa estas redes para “probar” la música antes de comprarla. Así, un amigo le envía a otro un MP3 de un artista que no ha oído. El otro amigo entonces compra CDs de ese artista. Esto es un tipo de publicidad dirigida, con grandes probabilidades de tener éxito. Si el amigo que recomienda el álbum no gana nada por una mala recomendación, entonces uno podría esperar que las recomendaciones serán verdaderamente buenas. El efecto neto de este intercambio podría incrementar las ventas de música.

- C) Hay quien usa las redes de intercambio para acceder a material con copyright que ya no está a la venta o que no habría comprado porque los costos de la transacción fuera de la Red son demasiado altos. Para muchos este uso de las redes de intercambio es uno de los más satisfactorios. Canciones que eran parte de nuestra infancia pero que se han esfumado del mercado reaparecen mágicamente en la red. (Una amiga me contó que cuando descubrió Napster pasó todo un fin de semana “recordando” canciones antiguas. Estaba asombrada de la variedad y mezcla de contenidos que había disponibles). Debido a que los contenidos no se venden, esto es todavía técnicamente una violación del copyright, aunque el daño económico a los dueños del copyright es cero –el mismo daño que ocurre cuando yo le vendo mi colección de discos de los sesenta de 45 revoluciones a un coleccionista–.
- D) Finalmente, hay muchos que usan las redes de intercambio para acceder a contenidos que no tienen copyright o que el dueño del copyright quiere regalar.

¿Qué equilibrio existe entre estos distintos tipos?

Empecemos con algunas ideas sencillas pero importantes. Desde el punto de vista de la ley, solamente el tipo D es claramente legal. Desde el punto de vista económico, solamente el tipo A es claramente perjudicial⁷⁸. El tipo B es ilegal pero evidentemente beneficioso. El tipo C es ilegal, pero bueno para la sociedad (ya que conocer más música es bueno). Así que decidir al final la importancia del intercambio es una pregunta difícil de responder –y ciertamente mucho más difícil que lo que sugiere la retórica actual sobre este asunto.

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

Mientras que las cifras verdaderamente sugieren que el intercambio es perjudicial, es difícil de determinar en qué medida. Hace mucho tiempo que la práctica habitual de la industria es culpar a la tecnología de cualquier descenso en las ventas. La historia de la grabación de cintas de cassette es un buen ejemplo. Según un estudio de *Cap Gemini Ernst & Young*: “Más que explotar esta tecnología nueva y popular, los sellos lucharon contra ella”⁷⁹. Los sellos afirmaron que cada álbum grabado era un álbum sin vender, y cuando las ventas de discos cayeron un 11,4% en 1981, la industria afirmó que sus argumentos habían quedado demostrados. La tecnología era el problema, y prohibir o regular la tecnología era la solución.

Sin embargo, poco después, y antes de que el Congreso tuviera la oportunidad de promulgar leyes al efecto, apareció MTV y la industria vio cómo las cosas cambiaban por completo. “Al final”, concluye Cap Gemini, “la ‘crisis’ [...] no fue culpa de quienes grababan cintas [que no dejaron de hacerlo después del nacimiento de MTV], sino resultado del estancamiento de la innovación musical en las discográficas más importantes”⁸⁰.

Pero solo porque la industria estuviera equivocada entonces no significa que esté equivocada hoy. Para evaluar la verdadera amenaza que el intercambio P2P presenta a la industria en particular, y a la sociedad en general –o al menos a la sociedad que hereda la tradición que nos dio la industria del cine, del disco, de la radio, de la televisión por cable y del video– la pregunta no es solo si el tipo A de intercambio es perjudicial. La pregunta es también cuán perjudicial es el tipo A, y hasta qué punto son beneficiosos los otros tipos de intercambio. Podemos empezar a responder a esta pregunta concentrándonos en el daño neto, desde el punto de vista de la industria en su totalidad, causado por las redes de intercambio. El “daño neto” a la industria en su totalidad es la medida en la que el tipo A supera al tipo B. Si las discográficas vendieran más discos por medio de estas pruebas que los que dejan de vender por la sustitución, entonces las redes de intercambio al final de todo benefician en realidad a las discográficas. Por tanto, deberían tener pocas razones estáticas para resistirse a ellas.

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

En el 2002 la RIAA informó que las ventas de CDs habían caído un 8,9%, de 882 millones a 803 millones de unidades; los ingresos cayeron un 6,7%⁸¹. Esto confirma la tendencia de los últimos años. La RIAA culpa a la piratería en Internet por esta tendencia, aunque hay muchas otras causas que podrían explicar esta caída. SoundScan, por ejemplo, informa de una caída de más del 20% en el número de CDs lanzados desde 1999. Eso sin duda explica parte del descenso en ventas. La subida de precios podría explicar al menos parte de esta pérdida. “Entre 1999 y 2001, el precio medio de un CD subió un 7,2%, de 13,04 dólares a 14,19”⁸². La competencia de otros medios también podría explicar parte del declive. Como apunta Jane Black en *Business Week*: “La banda sonora de la película High Fidelity costaba 18,98 dólares. Podías comprarte toda la película [en DVD] por 19.99 dólares”⁸³.

Pero asumamos que la RIAA tiene razón, y que todo el declive en las ventas de CDs se debe al intercambio en Internet. He aquí el problema: en el mismo periodo en el que la RIAA estima que se vendieron 803 millones de CDs, la RIAA estima que se descargaron gratuitamente 2.100 millones de CDs. Así que

aunque se descargaron 2,6 veces más CDs que los que se vendieron, los ingresos por ventas descendieron solo en un 6,7%.

Hay demasiadas cosas ocurriendo a la vez como para explicar estas cifras de una forma definitiva, pero hay una conclusión inevitable: la industria musical constantemente pregunta: “¿Cuál es la diferencia entre bajarse una canción y robar un CD?”, pero sus propias cifras revelan la diferencia. Si yo robo un CD, entonces hay un CD menos que vender. Cada vez que tomo uno se pierde una venta. Pero en base a las cifras que da la RIAA, está absolutamente claro que lo mismo no ocurre con las descargas. Si cada descarga fuese una venta perdida –si cada usuario de Kazaa “le robara su beneficio al autor”– entonces la industria habría sufrido una caída en ventas del 100% el año pasado, no de un 7%. Si 2,6 veces el número de CDs vendidos fueron descargados gratuitamente, y sin embargo los ingresos solo cayeron un 6,7%, entonces hay una enorme diferencia entre “descargarse una canción y robar un CD”.

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

Un beneficio es el intercambio de tipo C –poner a la disposición general contenidos que técnicamente tienen copyright pero que ya no están comercialmente disponibles–. Esta categoría de contenidos no es pequeña en absoluto. Hay millones de canciones que ya no están disponibles comercialmente⁸⁴. Y mientras se puede concebir que parte de estos contenidos no esté disponible debido a que el artista que lo produjo no quiere que lo esté, la inmensa mayoría no está disponible debido únicamente a que los sellos o los distribuidores han decidido que ya no tiene sentido para la compañía ponerlos a disposición del público.

En el espacio real –mucho tiempo antes de Internet– el mercado tenía una respuesta muy sencilla a este problema: las librerías y tiendas de discos de segunda mano. Hay miles de tiendas semejantes hoy día en EE.UU.⁸⁵ Estas tiendas compran contenidos a sus dueños, después venden los contenidos que compran. Y bajo las leyes estadounidenses del copyright, cuando compran y venden estos contenidos, incluso si los contenidos tienen todavía copyright, los dueños del copyright no reciben ni un centavo. Las librerías y tiendas de discos de segunda mano son entidades comerciales; sus dueños ganan dinero con los contenidos que venden; pero igual que con la televisión por cable antes de las licencias estatutarias, no tienen que pagarle al dueño del copyright por los contenidos que venden.

El intercambio de tipo C, por tanto, es muy parecido a las librerías o tiendas de discos de segunda mano. Es diferente, por supuesto, porque la persona que

pone los contenidos a disposición general no está ganando dinero al hacerlo. Es también diferente, por supuesto, porque en el espacio real, cuando vendo un disco, ya no lo tengo más, mientras que en el ciberespacio, cuando alguien comparte mi grabación de 1949 de "Two Love Songs" de Bernstein, todavía lo tengo. Esa diferencia tendría importancia económica si el dueño del copyright de 1949 estuviera vendiendo el disco en competencia con mi intercambio. Pero estamos hablando de la clase de contenidos que no está actualmente disponible comercialmente. Internet está haciendo que esté disponible, por medio del intercambio cooperativo, sin competir con el mercado.

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

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

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

La idea en todo esto es ésta: mientras que la industria discográfica comprensiblemente dice: "Esto es lo que hemos perdido", debemos preguntar también: "¿Cuánto ha ganado la sociedad con las redes P2P? ¿Para qué son eficaces? ¿Qué contenidos no estarían disponibles de otra forma?"

Porque a diferencia de la piratería que describí en la primera sección de este capítulo, gran parte de la "piratería" permitida por el intercambio de archivos es algo claramente bueno y legal. Y como la piratería que describí en el capítulo 4, gran parte de esta piratería está motivada por una nueva forma

de difundir contenidos generada por cambios en la tecnología de distribución. Así, de una manera coherente con la tradición que nos han dado Hollywood, la radio, la industria discográfica y la televisión por cable, la pregunta que deberíamos hacer acerca del intercambio de archivos es cuál es el mejor modo de preservar sus beneficios al tiempo que minimizamos (en la medida posible) el daño que les causa a los artistas. Se trata de una cuestión de equilibrio. Las leyes deberían buscar ese equilibrio, y ese equilibrio solo se encontrará con el tiempo.

“¿Pero esta guerra no es solo contra el intercambio ilegal? ¿El objetivo no es únicamente lo que llamas el tipo A?”

Eso es lo que uno pensaría. Eso es lo que uno esperaría. Pero hasta hoy no lo es. El efecto de la guerra presuntamente tan solo contra el intercambio del tipo A se ha sentido mucho más allá de esa clase de intercambio. Esto es obvio en el mismo caso Napster. Cuando Napster le dijo al tribunal que había desarrollado una tecnología que bloqueaba la transferencia de un 99,4% del material identificado como una violación del copyright, el tribunal dijo que el 99,4% no era bastante. Napster tenía que reducir las violaciones “a cero”⁸⁶.

Si un 99,4% no es bastante, entonces esta es una guerra contra las tecnologías de intercambio de archivos, no una guerra contra la violación del copyright. No hay forma de asegurar que un sistema P2P se use el 100% del tiempo sin vulnerar la ley, de la misma manera que no hay forma de asegurar que el 100% de los reproductores de video o que el 100% de las fotocopadoras o que el 100% de las pistolas se usen sin vulnerar la ley. Tolerancia cero significa cero P2P. La decisión del tribunal significa que nosotros como sociedad debemos perder los beneficios del P2P, incluso los derivados de los usos completamente legales y beneficiosos que permite, simplemente para asegurar que no haya ni una violación de copyright provocada por el P2P.

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

Así, como hemos visto, cuando la “reproducción mecánica” amenazó los intereses de los compositores, el Congreso sopesó los derechos de los compositores frente a los de la industria discográfica. Concedió derechos a los compositores, pero también a los artistas que grababan: se iba a pagar a los compositores, pero al precio marcado por el Congreso. Pero cuando la radio empezó a emitir las grabaciones hechas por esos artistas, y éstos se quejaron de

que no se estaba respetando su “propiedad creativa” (ya que las emisoras de radio no tenían que pagarles por la creatividad que emitían), el Congreso rechazó sus reclamaciones. Un beneficio indirecto era suficiente.

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

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

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

Había algo en la reclamación de Disney y Universal. Sony efectivamente decidió diseñar su máquina para hacer que fuera muy sencillo grabar programas de televisión. Podría haber construido la máquina para bloquear o inhibir cualquier grabación de una emisora de televisión. O posiblemente podría haber construido la máquina para que hiciera copias solo si había una marca especial de “cópíame” en la señal recibida. Estaba claro que había muchos programas de

televisión que no le concedían permiso de copia a nadie. De hecho, si alguien hubiera preguntado, sin duda la mayoría de los programas no habría autorizado las copias. Y a la luz de esta preferencia evidente, Sony podría haber diseñado su sistema para minimizar las oportunidades de violar el copyright. No lo hizo, y por eso Disney y Universal querían que se la considerara responsable de la arquitectura que había escogido.

El presidente de la MPAA, Jack Valenti, se convirtió en el más elocuente campeón de los estudios. Valenti llamó a los aparatos de video “tenias”*. Avisó de que “cuando haya veinte, treinta, cuarenta millones de estos aparatos en este país, seremos invadidos por millones de ‘tenias’, que devorarán el mismo corazón y esencia de la propiedad más preciosa que tiene el dueño de copyright, su derecho de copia”⁸⁷. “Uno no tiene que tener una preparación sofisticada en marketing y valoración creativa”, le dijo al Congreso, “para entender la devastación causada al mercado posterior a los cines por cientos de millones de grabaciones que tendrán un impacto negativo en el futuro de la comunidad creativa de este país. Es simplemente una cuestión de economía básica y de mero sentido común”⁸⁸. De hecho, como mostrarían estudios posteriores, el 45% de los dueños de reproductores de video tenían videotecas de diez títulos o más⁸⁹ –un uso que el Tribunal consideraría más tarde no “justo”-. Al “permitir que los dueños de estos aparatos copien libremente por medio de una exención de la violación del copyright sin crear un mecanismo para compensar a los dueños de copyright”, testificó Valenti, el Congreso “tomaría de los dueños la misma esencia de su propiedad: el derecho exclusivo a controlar quién puede usar su obra, esto es, quién puede copiarla y beneficiarse así de su reproducción”⁹⁰.

El Tribunal Supremo tardó ocho años en resolver este caso. En tanto, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que incluye a Hollywood dentro de su jurisdicción –lo cual hace que el magistrado Alex Kozinski, quien es parte de ese tribunal, lo llame el “Circuito de Hollywood”– consideró que Sony era responsable de las violaciones de copyright permitidas por sus máquinas. Bajo esta decisión, esta tecnología perfectamente familiar –que Jack Valenti había llamado “el estrangulador de Boston de la industria cinematográfica estadounidense” (peor aún, era el estrangulador japonés de la industria cinematográfica estadounidense)– era una tecnología ilegal⁹¹.

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

* En el original, *tapeworm*. Valenti hace un juego de palabras entre “cinta de grabación” y el nombre de este parásito en inglés.

Una política sensata, como la historia misma, apoya nuestra deferencia sistemática para con el Congreso cuando innovaciones tecnológicas de primera magnitud alteran el mercado de los materiales con copyright. El Congreso tiene la autoridad constitucional y la capacidad institucional para acomodar de un modo completo las permutaciones variadas de intereses que están implicados inevitablemente en semejante nueva tecnología⁹².

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

Si juntamos todos estos casos, emerge un patrón claro:

Caso	Quién era pirateado	Respuesta de los tribunales	Respuesta del Congreso
Grabaciones	Compositores	Sin protección	Licencias estatutarias
Radio	Artistas que graban	No hubo	Nada
Cable	Emisoras en abierto	Sin protección	Licencias estatutarias
Vídeo	Cineastas	Sin protección	Nada

En cada caso a lo largo de nuestra historia una nueva tecnología cambió la forma en la que se distribuían los contenidos⁹³. En cada caso, a lo largo de nuestra historia, eso significó que alguien “viajó gratis” a costa del trabajo de otros.

En ninguno de esos casos ni los tribunales ni el Congreso eliminan por completo este viaje gratis. En ninguno de estos casos ni los tribunales ni el Congreso insisten en que las leyes aseguren que el dueño de copyright consiga todo el valor creado por su copyright. En cada caso, los dueños del copyright se quejaron de “piratería”. En cada caso, el Congreso actuó para reconocerle cierta legitimidad al comportamiento de los “piratas”. En cada caso, el Congreso permitió que una nueva tecnología se beneficiara del contenido producido antes. Equilibró los intereses implicados.

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

Podríamos responder que sí a todas estas preguntas, pero nuestra tradición ha respondido que no. En nuestra tradición, como declaró el Tribunal Supremo, el copyright “nunca le ha otorgado al dueño del copyright completo control sobre todos los usos posibles de su obra”⁹⁴. Al contrario, los usos particulares que la ley regula han sido definidos equilibrando el bien que se deriva de conceder un derecho exclusivo y las cargas creadas por semejante derecho exclusivo. Y este equilibrio se ha alcanzado históricamente después de que una tecnología haya madurado, o se haya asentado en la mezcla de tecnologías que facilitan la distribución de contenidos.

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

Esto es especialmente cierto cuando una nueva tecnología permite un modo de distribución inmensamente superior. Y esto es lo que ha hecho el P2P. Las tecnologías P2P pueden ser eficientes hasta un punto ideal a la hora de mover contenidos a través de una red muy diversa. Si se deja que se desarrollen, podrían hacer que la Red fuese inmensamente más eficiente. Sin embargo, estos “potenciales beneficios públicos”, como escribe John Schwartz en *The New York Times*, “podrían retrasarse en la lucha del P2P”⁹⁵.

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

“Es nuestra propiedad”, insisten los guerreros. “Y debería estar protegida igual que cualquier otra propiedad”.

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 un 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 a confusión, ya que la propiedad del copyright es un tipo de propiedad extraña. De hecho, la idea misma de propiedad sobre una idea o cualquier expresión es muy extraña. Entiendo lo que estoy tomando cuando tomo una mesa para 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 tú tuviste de poner la mesa en el patio –al ir a Sears, por ejemplo, comprar una mesa, y ponerla en mi patio? Entonces, ¿qué estoy tomando?

Esto no es solo acerca de la materialidad de las mesas de picnic en comparación a las ideas, aunque ésta es una diferencia importante. El asunto es, al contrario, que en el caso habitual –de hecho, en prácticamente cualquier caso excepto para una reducida gama de excepciones– las ideas que se hacen públicas son libres. No tomo nada de ti cuando copio tu forma de vestir –aunque podría parecer raro que lo hiciera cada día, y especialmente si eres una mujer–. Al contrario, como dijo Thomas Jefferson (y como 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 quede a oscuras”⁹⁶.

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 tomar 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 –los detalles, en otras palabras– importan. Ofrezco cuatro historias que ayudan a poner en contexto la idea de que “los materiales con copyright son propiedad”⁹⁷. ¿De dónde viene

esta idea? ¿Cuáles son sus límites? ¿Cómo funciona en la práctica? Después de estas historias, el significado de esta afirmación verdadera –“los materiales con copyright son propiedad”– estará un poco más claro, y sus implicaciones se revelarán como muy diferentes a las implicaciones que los guerreros del copyright quieren que asumamos.

Capítulo 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. Tan profundamente se han filtrado las obras de un escritor del siglo XVI 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 “copyright” de la obra era todavía el derecho exclusivo de un único editor londinense, Jacob Tonson⁹⁸. Tonson era la figura más prominente dentro de un pequeño grupo de editores llamados el Conger⁹⁹ que controló el negocio del libro en Inglaterra durante el siglo XVIII. El Conger reclamaba un derecho a perpetuidad de controlar la “copia” de los libros que habían adquirido a los autores. Ese derecho a perpetuidad significaba que nadie más podía publicar copias de un libro del cual ellos tuvieran el copyright. Por tanto, los precios de los clásicos se mantenían altos; y se eliminaba la competencia para producir ediciones mejores o más baratas.

Ahora, hay algo desconcertante acerca del año 1774 para cualquiera que sepa algo de 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 una vez si el autor estaba vivo, y que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un único plazo de veintiún años adicionales¹⁰⁰. Bajo esta ley, *Romeo y Julieta* debería haber sido libre en 1731. Así que, ¿por qué en 1774 había aun 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

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”, tenían un derecho exclusivo para imprimir libros.

No había ninguna ley positiva, pero eso no quería decir que no hubiera ley. La tradición legal anglo-americana mira tanto a las palabras de los legisladores como a las palabras de los jueces para conocer las reglas que han de gobernar el comportamiento de la gente. A las palabras de los legisladores las llamamos “derecho positivo”. A las palabras de los jueces, “derecho jurisprudencial o jurisprudencia”^{*}. La jurisprudencia produce el fondo contra el cual los legisladores legislan; los legisladores, habitualmente, solo pueden imponerse a ese fondo si aprueban una ley que lo desplace. Y la verdadera cuestión 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 la competencia creciente de editores extranjeros. Los escoceses en particular estaban publicando y exportando cada vez más libros a Inglaterra. Esa competencia reducía los beneficios 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 le concedía al autor o “propietario” de un libro un derecho exclusivo a imprimir ese libro. En una limitación importante, no obstante, y para el horror de los libreros, la ley les dio 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, 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?

Porque 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

* “Common law” en el original. El término puede traducirse como derecho consuetudinario en tanto que se refiera a las leyes basadas en los usos sociales de una comunidad, y como derecho jurisprudencial o jurisprudencia en tanto que aluda al corpus de doctrina legal elaborado a partir las decisiones de jueces y tribunales a lo largo del tiempo.

propiedad de nadie más cuando creó esa obra (lo cual es una afirmación muy controvertida, pero no te preocupes 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 ver algo especial cerca de la noción de “copyright” que existía en la época del Estatuto de Ana. Segundo, tenemos que ver 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 “copyright” 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 general cómo podía usarse una obra. Hoy 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 sentido 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 “copyright” era solamente un derecho exclusivo para imprimir –nada menos, por supuesto, pero tampoco nada más.

Los británicos veían con escepticismo incluso ese derecho limitado. Habían tenido una larga y desagradable experiencia con los “derechos exclusivos”, especialmente con los concedidos por la Corona. Los ingleses habían luchado 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 “copyright”, cuando se veía como un derecho al monopolio, era naturalmente visto como un derecho que debía limitarse (Por muy convincente que 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 solo que el copyright fuera un monopolio. También resulta que era un monopolio en manos de los libreros. Librero nos suena pintoresco e inofensivo. No le parecían inofensivos a la Inglaterra del siglo XVII. 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”¹⁰¹.

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 de la educación y el conocimiento difundido masivamente. 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. El Parlamento limitó por tanto 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 el determinar que el plazo para las obras ya existentes era de solo 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 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, una 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 solo para incrementar las ganancias privadas de los libreros¹⁰².

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. Al contrario, la intención simplemente era que la suplementaran. Bajo la jurisprudencia existente ya estaba mal tomar la “propiedad” creativa de otra persona y usarla sin su permiso. El Estatuto de Ana, argumentaban los libreros, no cambiaba eso. Por tanto, solo 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.

Esto era un argumento ingenioso, y recibió el apoyo de algunos de los juristas principales 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”¹⁰³. 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 Donaldson¹⁰⁴.

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 Ana¹⁰⁵. 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”¹⁰⁶.

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”¹⁰⁷. Sus libros se vendían entre un 30 y un 50% más barato que los de Conger, y afirmó su derecho a competir sobre la base de que, bajo el Estatuto de Ana, las obras que vendía habían salido de la protección.

Los libreros londinenses rápidamente tomaron acciones legales para bloquear una “piratería” como la de Donaldson. Algunas de ellas tuvieron éxito contra los “piratas”, siendo la más importante de estas primeras victorias en el caso 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 tanto recibió la protección completa que otorgaba ese estatuto. Después que terminó 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 Ana¹⁰⁸.

De un modo sorprendente para los abogados modernos, uno de los jueces más grandes de la historia de Inglaterra, Lord Mansfield, estaba de acuerdo con los libreros. Cualquier protección que el Estatuto de Ana les diera 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 les daba 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 era 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 veintiún años, creía el Parlamento, Gran Bretaña maduraría de la cultura controlada que codiciaba la Corona a la cultura libre que nosotros heredamos.

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

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 Beckett¹⁰⁹. 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 en la Cámara de los Lores, que funcionaba de modo muy parecido al de 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 terminaba. Después de la aprobación del Estatuto de Ana, la única protección legal para un derecho exclusivo a controlar la publicación provenía de ese estatuto. Así, argumentaban, después de que expiraba el plazo especificado por el Estatuto de Ana, las obras que habían estado protegidas por el estatuto ya no lo estaban.

La Cámara de los Lores era una institución rara. Se presentaban cuestiones legales a la Cámara y antes que nada las votaban 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 que los lores legales habían votado, 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 ahora estaba 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 eran 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– estaban libres de restricciones legales.

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 la mayoría de los “editores piratas” realizaban su trabajo, 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”¹¹⁰.

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 librerías de Londres y Westminster, muchos de los cuales vendieron fincas y casas para comprar Copyright, quedan de esta manera arruinados, y aquellos que la industria consideró durante muchos años que habían adquirido la competencia necesaria para mantener a sus familias ahora se hallan sin un chelín con el que proveer a sus herederos¹¹¹.

“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 librerías ya no controlarían nunca más cómo crecería y se desarrollaría la cultura en Inglaterra. La cultura en Inglaterra era, así, 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 mercado libre de cultura libre crecería de la manera que escogieran consumidores y productores. La cultura inglesa se desarrollaría tal y como los muchos lectores ingleses decidirían dejar que se desarrollara –lo decidirían en los libros que comprarán y escribirán; lo decidirán 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.

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 el que el Parlamento es más flexible, la cultura libre estará menos protegida.

Capítulo 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 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. 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 en los EE.UU. de hoy 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 cuelgan 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 una 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 cantaba 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 los dueños del copyright, a menos que se pueda aplicar el “uso justo” o algún otro privilegio.

Else llamó a la oficina de Matt Groening, el creador de *Los Simpsons*, para obtener este 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 a 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 a la Fox, la casa matriz de Gracie. Else llamó a la Fox y les contó sobre 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 había escuchado bien”, me contó. “Sí, ha escuchado bien”, dijo ella. Le costaría diez mil dólares poder usar un segmento de *Los Simpsons* en la esquina de una toma en un documental sobre la *Tetralogía del Anillo* de Wagner. 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-emitar lo que se estaba emitiendo en la televisión en los bastidores de la Ópera de San Francisco. Reproducir esta realidad estaba más allá del presupuesto del director. 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 propietario 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 del copyright 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 tiene control el dueño del copyright. 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 de dólares–. Es su derecho, como fija la ley.

Pero cuando los abogados oyen esta historia sobre Jon Else y la Fox lo primero que piensan es “uso justo”¹¹². El uso que Else hace de cuatro segundos y medio de una toma indirecta de un episodio de *Los Simpsons* es con claridad un uso justo de *Los Simpsons* –y el uso justo no requiere el permiso de nadie.

Así que le pregunté a Else por qué no se basó simplemente en el “uso justo”. 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 es relevante en un sentido destructivo en la práctica para aquellos de nosotros que de verdad tenemos que hacer y emitir documentales.

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 “uso justo”, y una declaración de “uso justo” 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 historia de rastrear e impedir el uso de *Los Simpsons* sin licencia, de la misma forma que George Lucas tomó un papel muy prominente en los litigios contra los usos de *Star wars*. 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 trabajando con cuatro cuartos hasta el agotamiento, lo último que quería era arriesgarme a tener líos legales, incluso aunque fueran un pequeño incordio, 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 uso justo. 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. La cuestión del uso justo habitualmente aparece al final del proyecto, cuando tenemos una fecha límite para el estreno y estamos sin dinero.

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

Esta práctica muestra cuánto se han alejado las leyes de sus raíces en el siglo XVIII. Las leyes nacieron para proteger los beneficios de los editores de la

competición desleal de los piratas. Se ha convertido en una espada que interfiere con cualquier uso, transformador del original o no.

Capítulo 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, anticipándose al poder de las grandes cadenas de televisión.

Alben tenía un interés especial en las nuevas tecnologías. Estaba intrigado por el mercado emergente para 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 generaría retrospectivas de un actor en concreto. 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 con una serie de entrevistas con Eastwood, preguntándole sobre su carrera. Como era Starwave quien producía esas entrevistas, era libre de incluirlas en el CD.

Eso en sí mismo no hubiera creado un producto muy interesante, así que Starwave quería añadir contenidos de las películas en la carrera de Eastwood: carteles, guiones y otros materiales relacionados con sus películas. La mayoría de su carrera la había pasado en la Warner Brothers, así que era 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 había hecho nunca algo así antes”, explicó Alben. “Nadie había intentado hacer esto en el contexto de una mirada artística a 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 llevar hacer esto?”

Alben respondió: “Bueno, 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”¹¹³.

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

Le pregunté a Alben cómo se enfrentó a este problema. Mostrando un orgullo evidente por su inventiva, que eclipsaba hasta qué punto su historia era evidentemente rara, Alben me contó lo que hizo:

Así que de manera muy mecánica fuimos mirando estos clips. Tomamos algunas decisiones artísticas sobre qué segmentos íbamos a incluir –por supuesto íbamos a usar el trozo de “Alégame el día” de *Harry, el sucio*. 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 solo 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: “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 en su especie y la única vez que él 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 a Alben un poco sobre lo extraño que parece el que hiciera falta un año de trabajo solo 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”¹¹⁴. ¿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 hacer esto”, y así 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 a esa persona.

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 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 parones ni de ex-esposas resentidas– verías muchísimas obras así, porque no intimidaría tanto el intentar reunir la retrospectiva de alguien e ilustrarla de una forma inteligente con un montón de materiales de la carrera de esa persona. Lo harías con un costo como productor de uno de estos proyectos. Lo harías con el costo de pagarle X dólares al talento que actuó. Pero sería un costo conocido. Esto es lo que hace tropezar a todo el mundo y hace que sea difícil que este tipo de producto despegue. Si supieras que tienes cien minutos de celuloide y que va a costarme X, entonces diseñarías tu presupuesto en torno a esto, y podrías conseguir financiamiento y todo lo demás que necesites para producirlo. Pero si dijeras: “Oh, tengo cien minutos de algo y no tengo idea de cuanto me va a costar, y cierta gente me va a asaltar en el proceso”, entonces resulta difícil hacer una de estas cosas.

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

Estos costos son las cargas de un tipo de regulación. Ponte una gorra de republicano por un momento y enójate. El gobierno define el campo de acción de estos derechos, y este campo define cuánto va costar negociarlos (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 cambiaron, hoy no lo tienen en absoluto. O al menos, un republicano bien entrenado que busque minimizar la regulación debería mirar a estos derechos y preguntarse: “¿Todavía tienen sentido?”

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

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, hasta la precisión con 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 EE. UU. Tenía cara de asombro, mientras miraba a la sala llena de más de doscientos cincuenta bien preparados jueces. 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 brillantemente dotados creadores que habían producido esta película no habían hecho lo que sí 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 alguien 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 puedes hacerlas legalmente con facilidad.

Vivimos en una cultura de “cortar y pegar” hecha posible gracias a la tecnología. Cualquiera que prepare una presentación conoce la extraordinaria libertad que ha creado la arquitectura de cortar y pegar de Internet –en un segundo puedes encontrar justo la imagen que quieres; un segundo después la has plantado en tu presentación.

Pero las presentaciones solo 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 en computadoras por todo el mundo. Un sitio extraordinario en Suecia 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 costo de cumplir con las leyes es prohibitivamente alto. Por tanto, para aquellos que se someten a la ley todo un tesoro de creatividad nunca se lleva a cabo. Y la parte que sí se realiza, si no se siguen las reglas para obtener los permisos, no se lanza nunca al público.

A algunos estas historias les sugieren una solución: vamos a cambiar la mezcla de derechos para que la gente tenga la libertad de desarrollar nuestra cultura. Tenga la libertad de añadir cosas o mezclarlas como mejor le parezca. Incluso podríamos llevar a cabo este cambio sin exigir necesariamente que un uso “libre” sea libre en el sentido de “barra libre”. Al contrario, el sistema podría simplemente facilitar a los creadores posteriores el compensar 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 tendría el beneficio por sus royalties, pero no tendría 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 del 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 “adquiriría los derechos de éxitos cinematográficos y películas clásicas, escribiría nuevas tramas y –con el uso de la tecnología digital más avanzada– insertaría a Myers y a otros actores en la película, creando así una obra de entretenimiento completamente nueva”.

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

Spielberg tenía razón. El sampleado de cine por parte de Myers será algo brillante. Pero si no reflexionas sobre ello, se te 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 solo 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 –y supuestamente ricos.

Este privilegio se convierte en algo reservado por dos tipos de razones. La primera continúa la historia del último capítulo: la vaguedad del “uso justo”. Mucho de este “sampleado” se debería considerar “uso justo”. Pero a la hora de crear pocos se fían de una doctrina tan débil. Esto conduce a la segunda razón para que el privilegio esté reservado a unos pocos: los costos de negociar los derechos para la reutilización creativa de los contenidos son astronómicos. Estos costos reflejan los costos que implica el uso justo: O bien pagas a un abogado para que defienda tus derechos concedidos por uso justo o bien pagas a un abogado para que rastree los permisos de manera que no tengas que basarte en los derechos que concede el uso justo. En cualquier caso, el proceso creativo es un proceso de pagar a abogados –de nuevo, un privilegio, o quizás una maldición, reservada a unos pocos.

Capítulo 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 información

hallada en Internet a una pequeña serie de computadoras situadas en un sótano en el Presidio de San Francisco. Una vez que los *bots* terminaban con toda 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”, o “Máquina de Hace Mucho Tiempo”, podías entrar en una página web y ver todas sus copias remontándote hasta 1996, igual que el momento en que cambiaron estas páginas.

Ésta es la cosa de Internet que habría apreciado Orwell. En la distopía descrita en *1984*, los periódicos viejos eran continuamente actualizados 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.

Es lo mismo con Internet. Si hoy 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 los contenidos sean diferentes. Internet es la biblioteca de Orwell –constantemente actualizada, sin ninguna memoria de la que puedas fiarte.

Hasta la Way Back Machine, al menos. Con ella, 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 olvides¹¹⁵.

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 en Watts en 1965, o al cañón de agua de Bull Connor en 1963, podías ir a tu 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, usando una biblioteca, de volver atrás y recordar, no solamente lo que conviene que se recuerde, sino recordar 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 hacer eso, recopilando

contenidos y guardándolos para escolares, para 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 quintaesencialmente transitorio. Y sin embargo, conforme aumenta su importancia para formar y reformar la sociedad, se vuelve cada vez más importante mantenerla en alguna forma histórica. 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.

El fundador del Archivo de Internet es Brewster Kahle. Fue un empresario digital con éxito después de ser un investigador informático con 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. Para 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 esto solo 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. Mientras que 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 solo eres 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 las cosas son así? ¿Por qué ocurre que parte de nuestra cultura que está registrada en los periódicos permanece accesible a perpetuidad, mientras que la parte que está 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. Al principio de la ley estadounidense del copyright se les exigió a los dueños de copyright que depositaran copias de sus obras en las bibliotecas. La intención era que estas copias facilitaran la difusión del conocimiento y asegurarse de 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 cine. El cine solo tendría copyright en tanto que se hicieran estos depósitos. Pero se permitía que el cineasta pidiera prestados los depósitos –por tiempo ilimitado y sin costo alguno–. Solo en 1915 se depositaron y se “pidieron prestadas” más de 5.475 películas. Así, cuando expiran los copyrights de las películas, no hay ninguna copia conservada en ninguna biblioteca. La copia existe –si es que existe en absoluto– en los archivos de la productora cinematográfica¹¹⁶.

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 hacía 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 esto. 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 a disposición gratuitamente en la Red 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 para el 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 después de hacer disponible gratis una parte significativa de su archivo, las ventas aumentaron drásticamente. La gente podía encontrar fácilmente el material que quería usar. Hubo quien descargó esos materiales e hizo 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 cómo salvarse en mitad de un ataque nuclear? Ve a archive.org y 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 ni siquiera eso. Ésta es otra parte de aquello que define el siglo XX que hemos perdido en las manos de la historia. Las leyes no exigen que nadie guarde copias de estos materiales, o que se depositen en ningún archivo. Por tanto, no hay 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 la propiedad creativa, la vida no comercial.

Porque aquí hay una idea que deberíamos reconocer con mayor claridad. Cada ejemplo de propiedad creativa vive "vidas" diferentes. En su primera vida, si el creador tiene suerte, los contenidos se venden. En casos así el mercado comercial funciona para el creador. La inmensa mayoría de la propiedad creativa no disfruta de este éxito, pero una parte sí que lo hace muy claramente. Para estos contenidos, la vida comercial es extremadamente importante. Sin este mercado comercial, según muchos defienden, habría mucha menos creatividad.

Después que acaba 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 con los libros. Un libro se deja de imprimir muy rápidamente (la media hoy día es más o menos un año¹¹⁷). Una vez que está descatalogado, puede venderse en librerías de segunda mano sin que el dueño del copyright reciba nada o ser almacenado en bibliotecas, donde muchos consiguen leerlo, también gratis. Las librerías de segunda mano y las bibliotecas son, por 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 el siglo XX y XXI. Porque estos componentes –la televisión, el cine, la música, la radio, Internet– no tienen garantizada una segunda vida. Para esos tipos de cultura, es como si hubieras sustituido las bibliotecas por las megalibrerías de *Barnes & Noble*. Con 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 lo que causó este fenómeno. Habría sido irracionalmente caro recopilar y poner a disposición toda la televisión y el cine y la música. El costo de las copias analógicas es extraordinariamente alto. Así que aunque las leyes en principio habrían restringido la capacidad de un Brewster Kahle para 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 imaginarse 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 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 computadoras que

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, junto a llevar al hombre a la luna y 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 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 mantengan perpetuamente disponibles. Habrá quien recurra a él para entenderla y quien lo hará para criticarla. Otros la usarán, como lo hizo Walt Disney, para re-crear el pasado para el futuro. Estas tecnologías prometen algo que había sido inimaginable por la mayor parte de nuestro pasado: un futuro para nuestro pasado. La tecnología de las artes digitales podría hacer real el sueño de la Biblioteca de Alejandría otra vez.

Así, la tecnología ha eliminado los costos económicos de construir un archivo semejante. Pero los costos 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 la propiedad restringen las libertades que ejercerían Kahle y otra gente si pudieran.

Capítulo 10: “Propiedad”

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

La MPAA es la rama estadounidense de la internacional Asociación del Cine. Fue creada 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 solo a cineastas sino también a productores y distribuidores de entretenimiento vía televisión, video y cable. Su consejo

directivo está compuesto de los consejeros delegados y los presidentes de las siete productoras y distribuidoras de cine y programas de televisión más importantes de los EE.UU.: Walt Disney, Sony, MGM, Paramount, Fox, Universal, y Warner Brothers.

Valenti es solo 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 de la habilidad individual más importante para alguien del Sur: la habilidad para parecer sencillo y no muy listo, mientras que esconde una inteligencia de una agilidad extraordinaria. Hasta hoy día Valenti se presenta como este 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 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 para películas probablemente evitó una enorme cantidad de daños debidos a la regulación de la libertad de expresión. Pero hay un aspecto de la misión de la organización que es tanto el más radical como el más importante. Se trata del esfuerzo, resumido en cada uno de los actos de Valenti, para redefinir el significado de “propiedad creativa”.

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

No importan ni los largos argumentos ni los ataques ni las defensas, no importan ni los tumultos ni los gritos, los hombres y las mujeres razonables seguirán volviendo a 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 ése es el punto en el que tienen que terminar toda esta vista y los debates que la sigan¹¹⁸.

La estrategia de esta retórica, como la estrategia de la mayoría de la retórica de Valenti, es brillante y sencilla y 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 los demás dueños de una propiedad tienen en este país”. No hay ciudadanos de segunda clase, podría haber seguido Valenti. No debería haber propietarios de segunda clase.

Esta afirmación tiene un evidente atractivo de una forma convincentemente 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 de 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 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.

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 cuestiones¹¹⁹, 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, en nuestra tradición.

Valenti sabe todo esto. Pero él 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, al 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 poderoso control 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 está 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 los nuevos creadores para crear. 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 (Pregúntame sobre la conveniencia de que sean fijas las plazas de los catedráticos). Pero lo que es bueno para la MPAA no es necesariamente

bueno para los 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.

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 los 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. Nunca jamás se le puede arrebatar nada al propietario a menos que el gobierno pague por ese privilegio.

Sin embargo, la misma 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”. Al contrario, la misma Constitución que exige compensaciones por tus tierras, exige que pierdas tus derechos a la “propiedad creativa” sin ninguna compensación en absoluto.

Así, la Constitución directamente declara que hay dos formas de propiedad a las que no se les van a conceder los mismos derechos. Se las va a tratar simplemente de forma distinta. Valenti, por 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 está efectivamente defendiendo es un cambio en nuestra Constitución.

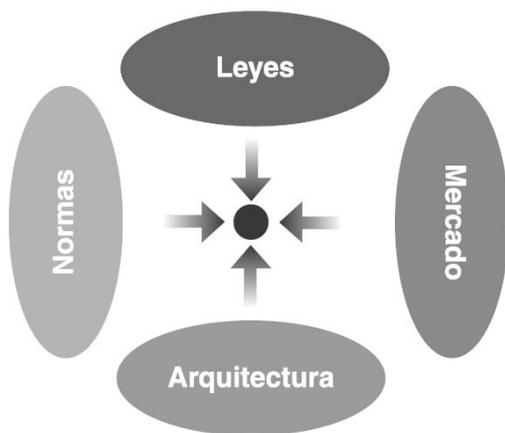
Defender un cambio en nuestra Constitución no es necesariamente un error. Hay muchas cosas en nuestra Constitución original que estaban simplemente equivocadas. La Constitución de 1789 fortalecía la esclavitud; hacía que los senadores fueran nombrados en vez de elegidos; permitía que el colegio electoral produjera un empate entre el presidente y su propio vicepresidente (como ocurrió en 1800). Sin duda sus autores eran extraordinarios, pero seré el primero en admitir que cometieron algunos errores. Desde entonces hemos rechazado

algunos de esos errores; sin duda podría haber otros que deberíamos rechazar también. Así que mi argumento no es simplemente que como lo hizo Jefferson, nosotros también deberíamos hacerlo.

Al contrario, mi argumento es que como lo hizo Jefferson, deberíamos al menos intentar comprender por qué lo hizo. ¿Por qué los padres de la Constitución, siendo como eran fanáticos de la propiedad, rechazaron la idea de que la propiedad creativa había de 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 sobre la historia de los derechos de esa “propiedad creativa”, y el control que permitían. Una vez que veamos con claridad de qué forma tan diferente 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 propiedad creativa, sino cuál debería ser la mezcla específica de 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 la cultura se desarrolla.

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 lenguaje estrecho que las leyes permiten. En *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.



En el centro de este diagrama hay un punto regulado: el individuo o el grupo que es el objetivo de la regulación o el poseedor de un derecho (En cada uno de estos casos podemos describir esto como regulación tanto como un derecho. Para simplificar las cosas hablaré solo de regulaciones). Los óvalos representan cuatro maneras en las que el individuo o el grupo pueden ser regulados, bien con restricciones, bien con derechos. Las leyes son las restricciones más evidentes (al menos para los abogados). Restringen al amenazar con castigos si se viola 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 y la impone 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 castigarán si escupes 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 marca 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 las normas —es la ley de la propiedad lo que define qué debe comprarse si se quiere tomar legalmente; son las normas las que dicen qué puede venderse de un modo apropiado. Pero dada una serie de normas, y un marco general de leyes contractuales y de la 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— es 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. Al contrario, igual que con el mercado, la arquitectura las impone por medio de condiciones simultáneas. Estas condiciones no se imponen por medio de tribunales que hacen cumplir contratos o por la policía castigando el robo, sino por la naturaleza, por la “arquitectura”. Si se cae un peñasco de 300 kilos y te bloquea el paso, es la ley de la gravedad la que impone esta restricción. Si

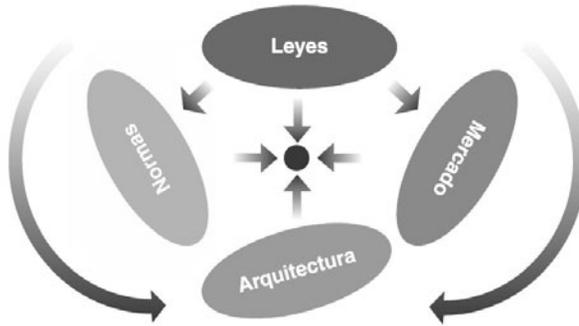
un billete de avión que cuesta quinientos dólares es lo que te separa de volar a Nueva York, es el mercado el que impone esta restricción.

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 de esto: 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 esté 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 en un camión, en 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.

El punto final sobre este sencillo modelo debería estar también bastante claro: mientras que estas cuatro modalidades son analíticamente independientes, las leyes tienen un papel especial en tanto que afectan a las otras tres¹²⁰. Las leyes, en otras palabras, a veces operan para aumentar o disminuir las restricciones de una modalidad determinada. De esta manera, las leyes pueden usarse para subir los impuestos de la gasolina, para así incrementar los incentivos para conducir despacio. Las leyes pueden usarse para exigir más badenes, para así incrementar 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 sean más estrictas –requisitos federales de que los Estados bajen los límites de velocidad, por ejemplo– para así disminuir los atractivos de conducir rápido.

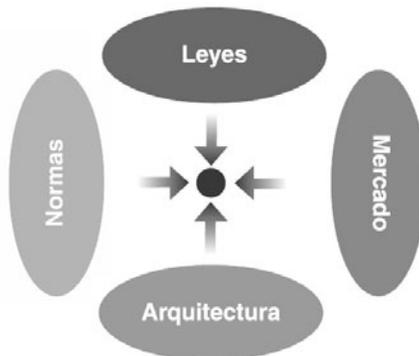


Estas restricciones pueden cambiar, por tanto, pueden cambiarse. Para comprender la protección efectiva de la libertad o de la propiedad en un momento determinado, debemos rastrear estos cambios en el tiempo. Una restricción impuesta en una modalidad puede ser borrada por otra. Una libertad hecha posible por una modalidad puede ser eliminada por otra¹²¹.

Por qué Hollywood tiene razón

La idea más evidente que este modelo revela es precisamente por qué, o precisamente cómo, Hollywood tiene razón. Los guerreros del copyright han recurrido al Congreso y 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:

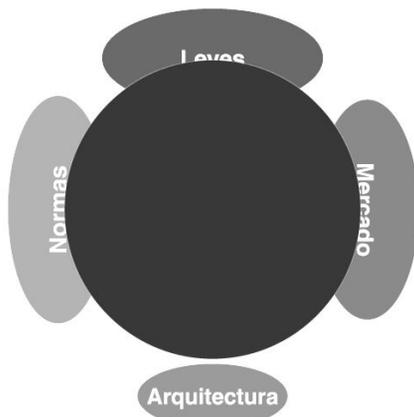


Hay un equilibrio entre las leyes, las normas, el mercado y la arquitectura. Las leyes limitan la capacidad de copiar y compartir contenidos, al imponer penas a aquellos que copian y comparten contenidos. Esas penas están reforzadas por

tecnologías que dificultan hacer copias y compartir contenidos (la arquitectura) y encarecen copiar y compartir contenidos (el mercado). Finalmente, esas penas están aliviadas por normas que todos reconocemos –jóvenes, por ejemplo, copiando en cintas los discos de otros jóvenes–. 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. Ahora 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 equilibrio feliz (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 Saddam, pero esta vez ningún gobierno justifica los saqueos que resultan de ella.



Ni este análisis ni las conclusiones que siguen tienen nada nuevo para los guerreros. De hecho, en un documento de trabajo preparado para el Ministerio de Comercio (un ministerio fuertemente influido por los guerreros del copyright) en 1995, ya se había identificado esta mezcla de modalidades de regulación y se había delineado una estrategia para responder a ella. Como la respuesta a los cambios llevados a cabo por Internet, el documento defendía que (1) el Congreso debería endurecer las leyes de la propiedad intelectual, (2)

las empresas deberían adoptar técnicas innovadoras de marketing, (3) los técnicos deberían esforzarse en desarrollar un código que proteja los materiales con copyright, y (4) los docentes debían educar a los jóvenes 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 los 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 una peste (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 los contenidos, o, tal y como lo describe John Seely Brown, su “arquitectura de ingresos”.

Pero solo porque un grupo con intereses específicos le pida apoyo al gobierno no se justifica que se conceda ese apoyo. Y solo porque la tecnología haya debilitado una determinada forma de hacer negocios no se justifica que el gobierno deba intervenir para apoyar la forma antigua de hacer negocios. Kodak, por ejemplo, ha perdido quizás hasta un 20% de su mercado tradicional de películas ante el mercado emergente de las cámaras digitales¹²². ¿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 de los ferrocarriles. ¿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, el control remoto ha disminuido el “pegamento” de los anuncios televisivos (si aparece un anuncio aburrido, el control hace que sea muy fácil cambiar de canal), y bien puede ser que este cambio haya debilitado el mercado de la publicidad televisiva. ¿Pero hay alguien que crea que deberíamos regular los controles remotos para fortalecer a la televisión comercial? (¿Quizá limitando su funcionamiento a solamente una vez por segundo, o a poder cambiar solo 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 apoyar una forma de hacer negocios frente a las demás. Su papel no es escoger a los ganadores y protegerlos contra las pérdidas. Si el gobierno hiciera esto generalmente, 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”¹²³. Y en relación a una empresa “startup”, las compañías asentadas también tienen 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 solo 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 Brezhnev.

De manera que, mientras que es comprensible que las industrias amenazadas por tecnologías que cambian la forma en 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 deber de los legisladores, en otras palabras, asegurar que los cambios que ellos crean, en respuesta a las peticiones de aquellos perjudicados por una tecnología que cambia, preserven los incentivos y oportunidades para la innovación y el cambio.

En el contexto de las leyes que regulan la libertad de expresión –que incluyen, obviamente, las leyes del copyright– este deber es aun más fuerte. Cuando la industria que se queja de la tecnología le está pidiendo al Congreso que responda de una manera que les impone cargas a la libertad de expresión y a la creatividad, los legisladores deben tener una cautela especial con esta petición. Para el gobierno es siempre un mal negocio el entrar a regular los mercados de expresiones. Los riesgos y 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.

Mis argumentos hasta ahora, sin embargo, 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 antes si comprendemos los efectos de los cambios que quiere la industria de los contenidos.

Aquí está la metáfora que resume la argumentación que sigue.

En 1873, se sintetizó el 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. Para los cincuenta, 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 que matar insectos portadores de enfermedades o incrementar las cosechas es bueno. Nadie duda que el trabajo de Müller fue importante y valioso y que probablemente salvó vidas, probablemente millones de ellas.

Pero en 1962, Rachel Carson publicó *Primavera silenciosa*, donde sostenía 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 ciertamente no tenía el objetivo de dañar a ningún pájaro. Pero el esfuerzo para resolver una serie de problemas produjo otra serie que, en opinión de algunos, era mucho peor que los problemas atacados originalmente. O, de un modo más preciso, los problemas causados por el DDT eran peores que los problemas que solucionaba, al menos cuando se consideraban las otras maneras, menos dañinas para el medio ambiente, que había para solucionar los 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 cultura¹²⁴. 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 darse “gratis”. La idea es que algunas de las maneras en 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. Y al 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 del copyright no es tampoco una defensa de la anarquía o un ataque a los autores. Lo que buscamos es un medio ambiente de creatividad, y deberíamos estar conscientes de los efectos de nuestras acciones en ese medio ambiente.

Mis argumentos, en el equilibrio 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 debería haber 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 solo 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 para la cultura libre que serán mucho más devastadoras que el que se escape el mosquito.

Principios

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

El poder de establecer derechos de “propiedad creativa” se le concede al Congreso en 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”, porque fíjate lo que esta cláusula no dice. No dice que el Congreso tenga el poder para 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 el objetivo de enriquecer a los editores, ni siquiera primariamente de recompensar a los autores.

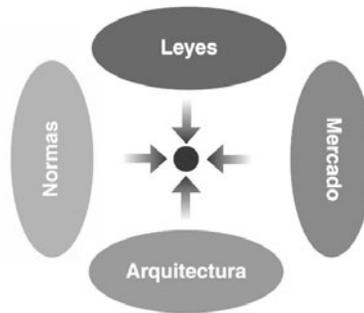
La Cláusula del Progreso limita expresamente el plazo de los copyrights. Como vimos en el capítulo 6, los ingleses limitaron el plazo del copyright para asegurarse así que unos pocos no ejercerían un control desproporcionado sobre la cultura al ejercer un control desproporcionado sobre la publicación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

El diseño de la Cláusula del Progreso refleja algo sobre el diseño de la Constitución en general. 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 el poder concentrado de una iglesia, prohibieron que el

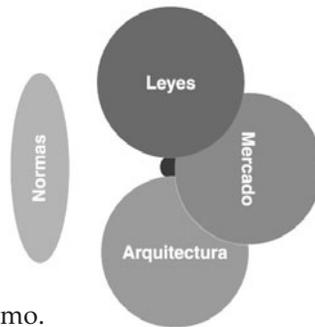
gobierno federal estableciera una iglesia. Para prevenir la concentración de poder en las manos del gobierno federal, construyeron estructuras que reforzaban el poder de los estados –incluyendo el Senado, cuyos miembros eran en ese tiempo escogidos por los estados, y un colegio electoral, también escogido por los estados, para escoger al presidente–. En cada caso, una estructura construía restricciones y equilibrios en el marco constitucional, estructurado para prevenir concentraciones de poder que serían inevitables de otra forma.

Dudo que los autores reconocieran la regulación que hoy día 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 un contexto: tenemos que ver cómo ha cambiado en los 210 años que han pasado desde que terminaron su diseño.

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



Terminamos 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 que los ingleses habían confrontado en 1774. Muchos estados habían aprobado leyes protegiendo la propiedad creativa, y algunos creían que esas leyes simplemente suplementaban las leyes del derecho jurisprudencial que ya protegían la autoría creativa¹²⁵. Esto significaba que no había un dominio público con garantías en los Estados Unidos en 1790. Si los copyrights estaban protegidos bajo la jurisprudencia existente, entonces no había 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 confiaran en un dominio público para reimprimir y distribuir obras.

Esa incertidumbre terminó después de que el Congreso aprobara la 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 expirarían, un estatuto federal significaba que cualquier copyright estatal también expiraría.

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

Mientras que hubo muchas obras creadas en los EE.UU. en los primeros diez años de la nación, en realidad solo 5% de las obras fueron registradas bajo el régimen federal de copyright. De todas las obras creadas en los EE.UU. tanto antes de 1790 como entre 1790 y 1800, un 95% inmediatamente pasó al dominio público; el equilibrio creado haría que pasara al dominio público en veintiocho años como mucho, y más probablemente en catorce¹²⁶.

Este sistema de renovación era una parte crucial del sistema estadounidense del copyright. Aseguraba que los plazos máximos de copyright serían concedidos solamente para obras para las que se quería tener un copyright. Después del plazo inicial de catorce años, si no le valía la pena al autor renovar su copyright, entonces tampoco le valía la pena a la sociedad insistir en el copyright.

Nos puede parecer que catorce años no es mucho, pero para la inmensa mayoría de dueños de copyright de la época era suficiente: solo una pequeña minoría renovó su copyright después de catorce años; el equilibrio creado de los legisladores permitía que las obras pasaran al dominio público¹²⁷.

Esta estructura tendría sentido incluso hoy en día. La mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial verdadera de solo un par de años. La mayoría de los libros quedan descatalogados al año¹²⁸. 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 controlados en efecto por el copyright. El único uso comercial práctico de los libros en ese tiempo es vender los libros como de segunda mano; ese uso –debido a que no implica una publicación– es efectivamente libre.

En los primeros cien años de este país el plazo del copyright solo 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 años a veintiocho. En los siguientes cincuenta años de este país solo 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 1962, el Congreso ha iniciado una práctica que ha definido las leyes del copyright desde entonces. En los últimos catorce años, el Congreso ha extendido los términos de los copyrights ya existentes once veces; dos veces en esos cuarenta años, 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 ya existentes y futuros en veinte años.

Los efectos de estas extensiones son simplemente imponerle un peaje al paso de obras al dominio público o retrasarlo. Esta última extensión significa que el dominio público habrá sido “multado” con treinta y nueve años de cincuenta y cinco años, o el 70% del tiempo 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, cero copyrights pasarán al dominio público en virtud de la expiración del plazo de un copyright.

El efecto de estas extensiones ha sido exacerbado por otro cambio en las leyes del copyright que apenas si 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 necesitaban la protección del copyright pasarían más rápidamente al dominio público. La obras que continuarían estando protegidas serían aquellas que seguirían teniendo valor comercial.

Los EE.UU. abandonaron 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 era hasta 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 aun tenían copyright recibirían el máximo plazo entonces disponible. Bajo la Ley de Sonny Bono ese plazo era 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 eran 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 día es el plazo máximo. En treinta años, por tanto, el plazo medio se ha triplicado, de 32,2 años a 95 años¹²⁹.

Leyes: Radio de Acción

El “radio de acción” de un copyright es la gama de derechos concedidos por las leyes. El radio de acción 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 radio 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 solo 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 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 (como un drama basado en un libro impreso).

Esto también ha cambiado drásticamente. Mientras que los contornos del copyright hoy día son extremadamente difíciles de describir de una manera sencilla, en términos generales los derechos cubren prácticamente cualquier

obra derivada que es reducida a una forma tangible. Cubre la música y la arquitectura, el teatro y los programas informáticos. Le da al dueño del copyright de una obra creativa no solo 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 control sobre no solo 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 radio de acción del copyright se ha expandido, las limitaciones de procedimiento para obtener este derecho se han relajado. Ya he descrito la eliminación 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 mayoría de la historia de las leyes estadounidenses del copyright existía el requisito de que las obras fueran depositadas en un edificio del gobierno antes de que se pudiera obtener un copyright.

La razón para el registro obligatorio era la comprensión razonable de que no hacía falta copyright para la mayoría de las obras. De nuevo, 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 un ejemplar de la obra en algún sitio para 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 una © o no; y el copyright existe sin que importe si realmente te encargas de que haya un ejemplar 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 los EE.UU.¹³⁰ La Ley de Copyright era por tanto una minúscula regulación para una minúscula parte del mercado creativo de los Estados Unidos: los editores.

La ley dejaba a los demás creadores completamente sin regular. Si copiaba tu poema a mano, una y otra vez, como una forma de aprendérmelo de memoria, mis actos estaban totalmente sin regular por 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 del 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 solo tu libro. Cada e-mail, cada nota a tu esposa, cada garabato, cada acto creativo que es reducible a una forma 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 uso justo) a controlar la manera 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 que no es obvia en absoluto. 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 solo 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 algo instintivo 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 a la obra original literal.

Al prevenir esta burla, las leyes crearon un poder asombroso dentro de una cultura libre –al menos, es asombroso cuando comprendes que la ley se aplica no solo a los editores comerciales, sino a cualquiera con un computador–. 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 los derechos derivados en absoluto¹³¹. 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.

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 que piratee mi libro. Puedo ir a un tribunal y conseguir un mandato contra la forma en que has usado mi libro al transformarlo¹³². 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 tú de poder escribir una película que toma mi historia y ganar dinero sin pagarme nada o reconocer mi autoría original? O si Disney crea una criatura llamada “Mickey Mouse”, ¿por qué habrías tú 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 justo ahora es mucho más reducido: simplemente dejar claro que esta expansión es un cambio significativo con respecto a los derechos originalmente concedidos.

Ley y Arquitectura: Alcance

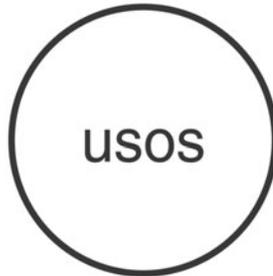
Mientras que originalmente la ley regulaba únicamente a los editores, el cambio en el radio de acción del copyright significa que hoy las leyes regulan a los editores, usuarios y autores. Los regula porque cualquiera de los tres es capaz de hacer copias, y el núcleo de la regulación de la ley del copyright son las copias¹³³.

“Copias”. Esto ciertamente suena como la cosa obvia a regular por una ley del copyright. Pero como con el argumento de Jack Valenti al principio de este capítulo, el que esa “propiedad creativa” merece los “mismos derechos” que cualquier otra propiedad, es lo obvio 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 del copyright, cuando reflexionamos sobre ello debería ser obvio que, en un mundo con Internet, las

copias no deberían ser el motivo para una ley del copyright. De un modo más preciso, no deberían ser siempre el motivo para una ley del copyright.

Ésta es quizás la idea central de este libro, así que déjame avanzar muy despacio 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 automáticamente¹³⁴, 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 principalmente 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 del copyright, porque los usos no crean una copia. Si lees un libro, ese acto no está regulado por la ley del copyright. Si se lo das a alguien, ese acto no está regulado por la ley del copyright. Si revendes el libro, ese acto no está regulado (la ley del copyright declara expresamente que después de la primera venta de un libro, el dueño del copyright no puede imponer ninguna condición más sobre la formas en las que un comprador dispone del libro). Si duermes sobre el libro o lo usas para reafirmar una lámpara o dejar que tu perrito lo mastique, estos actos no están regulados por la ley del copyright, porque estos usos no crean una copia.



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 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 el uso paradigmático propiamente 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 están sin regular ya que la ley los considera "usos justos".

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 sin regular.



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 "usos justos" por razones del bien público (y posiblemente de la Primera Enmienda).

En el espacio real, por 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 llega Internet –una red digital distribuida en el espacio en la que cada uso de una obra con copyright crea una copia¹³⁵. Y debido a esta sola y arbitraria característica del diseño de una red digital, el radio de acción de la categoría 1 cambia drásticamente. Usos que previamente se suponían sin regular ahora se supone que sí están regulados. Ya no hay una serie de usos presuntamente no regulados que definan una libertad asociada con una obra con copyright. Al 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 mirar exclusivamente a la categoría 3, usos justos, para poder soportar la carga de este cambio.

Así que seamos específicos para aclarar este punto general. Antes de Internet, si comprabas un libro y lo leías diez veces, no había ningún argumento convincente que el dueño del copyright pudiera ofrecer para controlar el uso de su libro. La ley del copyright no tendría 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 –leer– podía verse regulada por la ley del copyright porque ninguno de esos usos producía una copia.



Pero el mismo libro como un libro digital 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 tu lees un libro diez veces y la licencia dice que lo puedes leer solo cinco, entonces cada vez que lees el libro (o una parte de él) después de la quinta vez, estás haciendo una copia en contra de los deseos del dueño del copyright.

Hay quien piensa que esto tiene sentido de una forma perfecta. Mi objetivo ahora no es discutir si esto tiene sentido o no. Mi objetivo es solo dejar claro el cambio.

Una vez que veas esta idea, otras ideas también quedarán claras.

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 presuntamente sin regular. No hay prueba alguna de que los legisladores tuvieran esta idea en mente cuando permitieron que nuestra normativa se alterara en esto. 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 ahora pretende regular cualquier transformación que haga con una máquina de una obra creativa. “Copiar y pegar” y “cortar y pegar” ahora se convierten en delitos. Jugar con una historia y publicarla 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 perturbador con respecto a los usos transformadores de una obra creativa.

Tercero, este cambio de la categoría 1 a la 2 pone una carga extraordinaria sobre la categoría 3 (“uso justo”) que el uso justo nunca tuvo que soportar antes. 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 uso justo. Pero nunca ha habido ningún litigio sobre si tengo un derecho de uso justo a leer, porque antes de Internet leer no motivaba la aplicación de la ley del copyright y por tanto la necesidad de defenderse recurriendo al uso justo. El derecho a leer estaba efectivamente protegido porque leer no estaba regulado.

Este punto sobre el uso justo es completamente ignorado, incluso por los defensores de la cultura libre. Nos han acorralado hasta el punto que solo podemos defender que nuestros derechos dependen del uso justo –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 uso justo tiene sentido cuando la inmensa mayoría de los usos están sin regular. Pero cuando todo se vuelve presuntamente regulado, entonces no bastan las protecciones del uso justo.

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

La compañía hizo esto durante quince años. Entonces, en 1997, empezó a pensar en Internet como otra forma de distribuir estos avances. La idea era ampliar su técnica de “venta probando” dando a las tiendas *on-line* la misma capacidad para hacer posible que se “hojearan” sus existencias. Igual que en una librería puedes leer varias páginas de un libro antes de comprarlo, también podrías echarle un vistazo a un fragmento de la película *on-line* 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 hablar del tema –había construido un negocio distribuyendo estos contenidos como una forma de ayudar a Disney a vender películas; tenía clientes que dependían de que él distribuyera estos contenidos. Disney estuvo de acuerdo con sentarse a hablar solo si Video Pipeline paraba la distribución completamente. Video Pipeline pensó que caía dentro de sus derechos al “uso justo” el distribuir los materiales 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 la ley. Como Video Pipeline había distribuido setecientos trailers de las películas de Disney 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 para mostrar sin permiso segmentos de las películas como medio para venderlas.

Ahora, puede que pienses que esto es un caso cerrado, y yo creo que los tribunales deberían considerarlo un caso cerrado. Mi idea aquí es delinear los cambios que le dan a Disney este poder. Antes de Internet, Disney no podía verdaderamente controlar 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 el mostrar partes de él para generar ventas de toda 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 radio de acción del control verdadero, porque la tecnología crea una copia dentro de cada transacción.

Sin duda, un potencial no es todavía un abuso, y así el potencial para el control no es todavía un abuso del control. Barnes & Noble tiene el derecho a decir que no puedes tocar ni un libro en sus tiendas; las leyes de la propiedad le da 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 ni siquiera cuestionar esto) que la competencia previniese un peligro similar cuando se trata del copyright. Sí, seguro, 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, mi objetivo hasta aquí es simplemente delinear los cambios que esta arquitectura cambiada hace posibles. Permitir que la tecnología haga efectivo el control del copyright significa que este control 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 causado por Internet magnifica su significación. Este segundo cambio no afecta al alcance de la regulación del copyright; afecta 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 alguien estaba bajo la regulación de la ley del copyright. Las leyes, es decir, un tribunal; es decir, un juez: al final, era 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.

Existe la famosa historia sobre una 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.) escribieron una carta extremadamente desagradable a los Marx, avisándoles de que habría serias consecuencias legales si seguían adelante con sus planes¹³⁶.

Esto llevó a que los hermanos Marx les pagaran con la misma moneda. Avisaron a los hermanos Warner que los hermanos Marx “eran hermanos mucho antes que ustedes”¹³⁷. Los hermanos Marx por 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 *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 para reglas tontas, porque en Internet, cada vez más, las reglas las hacen cumplir no seres humanos sino máquinas: cada vez más las reglas de la ley del copyright, tal y como las interpreta el dueño del copyright, acaban inscritas en la misma 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 graciosas en absoluto.

Consideremos la vida de mi lector Adobe de libros digitales.

Un libro digital es un libro distribuido en forma electrónica. Un libro digital de Adobe no es un libro que Adobe haya publicado; Adobe simplemente produce el software que los editores usan para distribuir libros digitales. Proporciona la tecnología, y el editor distribuye los contenidos usando la tecnología.

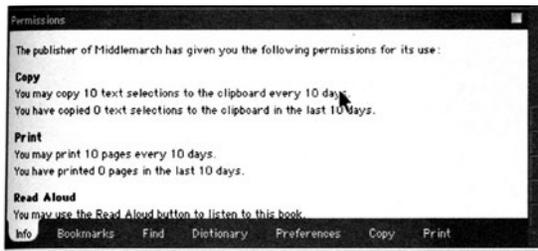
En la próxima página hay una imagen de una versión antigua de mi lector Adobe.

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 de todo que dice “Permisos”.

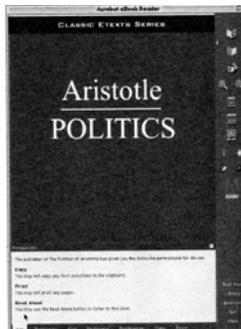


Si haces click en el botón de “Permisos”, verás una lista de los permisos que el editor pretende conceder con este libro.

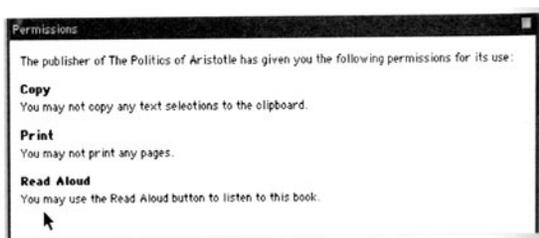


Según mi lector de libros digitales, tengo el permiso para copiar al “portapapeles” del ordenador diez extractos cada diez días. (Hasta ahora, no he copiado texto al portapapeles). También tengo permiso para imprimir diez páginas cada diez días. Finalmente, tengo permiso para usar el botón de “Lee en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

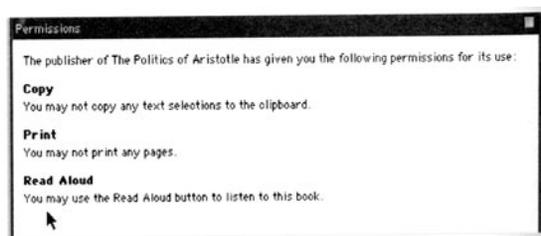
Aquí está el ejemplar digital de otra obra en el dominio público (incluyendo la traducción): la *Política* de Aristóteles.



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, el Lector de Libros Digitales de Adobe llama a estos controles “permisos” –como si el editor tuviera el poder de controlar cómo usas estas obras–. Para las obras bajo el copyright, el dueño del copyright ciertamente sí que tiene este poder –dentro de los límites de la ley del copyright–. Pero para las obras que no están bajo el régimen del copyright, no hay este poder de copyright¹³⁸. Cuando mi ejemplar digital de *Middlemarch* dice que tengo permiso para copiar solo 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 computador, yendo mucho más allá de los controles que las leyes harían posibles.

Este control, al 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 descubren. Pero cuando el Lector de Adobe dice que tengo permiso para hacer diez copias del texto en la memoria del computador, eso significa que cuando haya hecho diez copias, el computador no hará ninguna más. Lo mismo con las restricciones a las impresiones: después de diez páginas, el Lector no imprimirá ni una página más. Es lo mismo 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 es que la compañía te demandará 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.

Éstos 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 del 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 mientras que los controles que están inscritos en las leyes siempre serán comprobados por un juez, los inscritos en la tecnología no tendrán inserta una verificación semejante.

¿Hasta qué punto importa esto? ¿No es siempre posible saltarse los controles insertados en la tecnología? El software se solía vender 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 libros digitales de Adobe.

A principios 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 parecía absurdo como poco.

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

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 crea a menudo es una locura.

Para ver este punto en un contexto particularmente absurdo, considera una de mis historias favoritas, que defiende 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. Solo 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 clubes 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, pero te reenvía al mismo sitio), y en esa página proporcionó información sobre cómo enseñarle al Aibo trucos aparte de los que Sony le había enseñado.

“Enseñar” en este contexto tiene un significado especial. Los aibos no son más que computadores muy lindos. A un computador 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-computador para que hiciera trucos nuevos (de ahí lo de aibohack.com).

Si no eres programador o no conoces a muchos programadores, la palabra *hack** 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* solo significa 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 una computadora vieja, puede que te encuentres con que la computadora vieja 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 computador que opere la impresora que acabas de comprarte.

Algunos *hacks* son fáciles. Algunos son increíblemente difíciles. A los *hackers* como comunidad les gusta retarse entre sí y a gente de fuera a hacer cosas cada vez más difíciles. Un cierto respeto acompaña al talento para *hackear* bien. Un respeto ganado merecidamente acompaña al talento para *hackear* éticamente.

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 los 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 un delito en ningún sitio bailar jazz. Ni tampoco debería ser un 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 con enseñarle a un perro-robot a bailar?

Dejemos descansar al perro un instante, y dirijamos nuestra atención al espectáculo de ponies –no literalmente un espectáculo de ponies, sino más bien a una ponencia que un profesor de Princeton preparó para un congreso–. Este

* Es decir, cortar de tajo, con un hacha por ejemplo.

profesor de Princeton es muy conocido y respetado. El gobierno lo contrató en el caso Microsoft para que comprobara la veracidad de las afirmaciones de Microsoft acerca de lo que se podía hacer o no con su propio código. En ese juicio demostró su brillantez y sangre fría. Sometido al fuerte acoso de Microsoft, se mantuvo firme en sus conclusiones. No lo iban a intimidar para que se callara acerca de algo que conoce muy bien.

Pero la valentía de Felten se puso de verdad a prueba en abril del 2001¹³⁹. 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 en 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.

La coalición de la SDMI tenía como meta una tecnología que les permitiera a los dueños de contenidos ejercer un control sobre sus contenidos mucho mayor que lo que la Internet original les permitía. Usando la encriptación, la SDMI esperaba desarrollar un estándar que les permitiría a los dueños de contenidos decir “esta música no se puede copiar” y lograr que una computadora respetara esa orden. La tecnología iba a ser parte de un “sistema fiable” de control 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 competencia. A cambio de proporcionarles 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. Vieron las debilidades de este sistema como pertenecientes a un tipo: muchos sistemas de encriptación sufrirían del mismo fallo, y Felten y su equipo pensaron que valdría la pena señalar esto a los que estudian la encriptación.

Repasemos lo que Felten estaba haciendo. Una vez más, esto son los Estados Unidos. Tenemos un principio que defiende la libertad de expresión. Tenemos este principio no solo porque es 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 la gente o las ideas criticadas.

Lo que Felten y sus colegas estaban haciendo era hacer público un artículo describiendo los 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 estos dos, aibopet.com y Felten, es las cartas que recibieron. aibopet.com recibió una carta de Sony sobre el hack de aibopet.com. 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 Acuerdo y podría hacer que su equipo investigador y usted se sometieran a acciones legales bajo la Digital Millenium Copyright Act ("DMCA").

En ambos casos, esta ley extrañamente Orwelliana era invocada para controlar la difusión de información. La *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA, en adelante) hacía que difundir esa información fuera un delito.

La DMCA fue promulgada como respuesta a los primeros miedos de los dueños del copyright al ciberespacio. El miedo era a que el control del copyright estuviera efectivamente muerto; la respuesta fue encontrar tecnologías que pudieran compensar esto. 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 código informático que en sí mismo tenía el objetivo de apoyar el código legal del copyright.

Pero la DMCA no fue diseñada meramente para proteger obras con copyright en la medida en que la ley del copyright las protegía. Su protección, esto es, no terminaba en la línea que marcaba el copyright. La DMCA regulaba dispositivos que estuvieran diseñados 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 era un violación del copyright.

Aibopet.com y Felten lo dejaron claro. El *hack* de Aibo se saltaba un sistema de protección de copyright con el propósito de permitir que el perro bailara jazz. Hacer esto posible sin duda implicaba el uso de materiales con copyright.

Pero dado que el sitio aibopet.com era no comercial y que el uso no hacía posibles violaciones subsecuentes del copyright, no hay duda de que el hack de aibopet.com era un uso justo de los materiales con copyright de Sony. Sin embargo, el uso justo no es 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 mismo Felten estaba distribuyendo una tecnología para la desactivación de protecciones. Así, aunque él mismo no estaba violando el copyright de nadie, su ponencia académica estaba haciendo posibles las violaciones de copyright por parte de otros.

La extrañeza de estos argumentos queda capturada en un dibujo animado hecho 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 el "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 el "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 la televisión. Francamente, me opongo a que la gente sea programada por otra gente. 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 de su vida, de una forma sana, es importante¹⁴⁰.

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

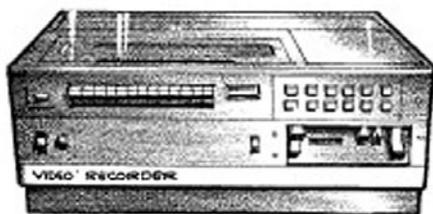
Esto llevó a que Conrad dibujara la tira cómica de abajo, que le podemos aplicar a la DMCA.

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 tenían 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 fin malo–. O pueden usarse para permitir el uso de determinados materiales con copyright de formas que se considerarían uso justo –un fin bueno.

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. Es también una tecnología que tiene usos tanto buenos como malos.

La idea obvia de la viñeta de Conrad es señalar qué 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 nunca jamás por la violación del copyright. Sin embargo, las leyes prohíben absolutamente las tecnologías anti-copia, a pesar del potencial que tienen para producir algún bien, mientras que permite las pistolas, a pesar de mal obvio y trágico que producen.



¿De cuál de estos dos productos, han decidido los tribunales que son responsables los fabricantes y vendedores, por haber proporcionado el equipo?

Los ejemplos del Aibo y la RIAA demuestran cómo los dueños del copyright están cambiando el equilibrio que concede la ley del copyright. Usando código, los dueños de copyright restringen el uso justo; usando la DMCA, castigan a aquellos que intentarían evadir las restricciones al uso justo impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio para eliminar el uso justo; 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 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 se considerarían de otra forma claramente uso justo) está más allá del alcance de la ley. El código se convierte en ley; el código extiende la ley; el código así extiende el control que efectúan los dueños de copyright, al menos para esos dueños de copyright con abogados que saben escribir las cartas desagradables que recibieron Felten y aibopet.com.

Hay un último aspecto de la interacción entre la arquitectura y la ley que contribuye a la fuerza de 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 en Internet cada vez es más fácil encontrar al perro que ha cometido un delito. Las tecnologías de Internet están abiertas a los espías tanto como a los que intercambian, y los espías cada vez son 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*. Se reúnen cada mes para intercambiar información trivial sobre la serie y quizá para representar algún tipo de ficción de fans sobre el programa. Una persona representaría a Spock, otra al Capitán Kirk. Los personajes podrían empezar con una trama de la vida real y luego simplemente continuarla¹⁴¹.

Antes de Internet esto era, de hecho, una actividad totalmente sin regular. Da igual lo que ocurriera dentro de la sede del club, la policía del copyright nunca interferiría con ustedes. Eran libres en ese espacio para hacer lo que quisieran con esa parte de nuestra cultura. Se les permitía basarse en ella tanto como quisieran, sin miedo alguno al control legal.

Pero si movieras tu club a Internet, e hicieras posible de una forma general que 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 rápidamente encontrarían tu sitio. El que publicaras tu ficción de fan, dependiendo del dueño de la serie que estás describiendo, podría muy bien inspirar la amenaza de un abogado. E ignorar la amenaza del abogado sería de hecho extremadamente costoso. La ley del copyright es extremadamente eficiente. Las penas son severas, y el proceso rápido.

Este cambio en la fuerza efectiva de la ley está causado por un cambio en la facilidad con la que se puede hacer cumplir la ley. Ese cambio también altera el equilibrio de la ley drásticamente. Es como si tu coche transmitiera la velocidad

a la que viajas en todo momento en que conduces; eso sería solo un paso antes de que el Estado empezara a imponer multas basándose en los datos que tú transmites. Eso es lo que de hecho está ocurriendo aquí.

Mercado: Concentración

La duración del copyright ha aumentado drásticamente –se ha triplicado en los últimos treinta años–. Y su radio de acción ha aumentado también –de regular solo a los editores a regular ahora a todo el mundo–. Y el alcance del copyright ha cambiado, cuando cada acto se convierte en una copia y por tanto está presuntamente regulada. 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 cambia. Los malos usos son más fáciles de encontrar y de controlar. La regulación del proceso creativo, que comenzó como una minúscula regulación gobernando una minúscula parte del mercado de las obras creativas, se ha convertido en el regulador individual de creatividad más importante que existe. Es una expansión masiva del radio de acción 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 un cambio más que también debemos considerar. Es un cambio que en cierto sentido es el que resulta más familiar, aunque su significación y magnitud no se comprenda bien. Es el cambio que precisamente crea la razón para preocuparse por todos los otros cambios que he descrito.

Se trata de 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 cambios en las reglas legales que gobiernan a los medios. Antes de que esto ocurriera, las diferentes formas de medios audiovisuales eran propiedad de compañías separadas. Ahora los medios son crecientemente propiedad de solo un 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 solo tres compañías controlarían más del 85% de los medios.

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

Los cambios de magnitud son los más fáciles de describir. Como el senador John McCain resumió los datos ofrecidos en el estudio de la FCC de la propiedad de los medios, “cinco compañías controlan el 85% de nuestras fuentes

mediáticas”¹⁴². Las cinco grandes discográficas (Universal, BMG, Sony, Warner y EMI) controlan el 84,4% del mercado de los EE.UU.¹⁴³ Las “cinco principales compañías de cable difunden programación al 74% de los subscriptores de cable en toda la nación”¹⁴⁴.

La historia con la radio es todavía más drástica. Antes de la liberalización, el conglomerado nacional de emisoras más grande del país poseía menos de setenta y cinco emisoras. Hoy 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 día, en la mayoría de los mercados, las dos emisoras más grandes controlan el 74% de los ingresos de ese mercado. En conjunto, solo cuatro compañías controlan el 90% de todos los ingresos de publicidad del país.

La propiedad de los periódicos también se está concentrando. Hoy hay seiscientos diarios menos en los EE.UU. que hace ochenta años, y diez compañías controlan la mitad de la circulación en todo el país. Hay veinte editores de periódicos importantes en EE.UU. Los diez estudios de cine en lo alto de la lista de ingresos reciben el 99%. Las diez compañías de cable más grandes obtienen el 85% de todo los ingresos del cable. Éste es un mercado que está muy lejos de la prensa libre que los padres de la Constitución querían proteger. De hecho, es un mercado que está muy bien protegido por el 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 ahora constituyen un sistema de producción sin paralelos en su nivel de integración. Suministra 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 operan el sistema de distribución física por medio del cual los contenidos llegan a los clientes. Los sistemas de satélites de Murdoch ahora 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 los Estados Unidos¹⁴⁵.

El patrón de Murdoch es el patrón de los medios modernos. No solo grandes compañías que poseen muchas emisoras de radio, sino unas pocas compañías que poseen tantas formas de medios audiovisuales como sea posible. Una imagen describe este patrón mejor que mil palabras:



¿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 la avalancha de creadores intentando convencerme de lo contrario, estoy empezando a cambiar de opinión.

He aquí una historia representativa que empieza a sugerir cómo esta integración puede que importe.

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

En vez de someterse, Lear sencillamente se llevó el programa a otra parte. La CBS se alegró de poder emitir la serie; la ABC no pudo impedir que Lear se marchara. Los copyrights que poseía Lear le garantizaban la independencia del control de la emisora¹⁴⁶.

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 la televisión en el horario de máxima audiencia —el 75%—, era “independiente” de las emisoras.

En 1994 la FCC abandonó las reglas que exigían esta independencia. Después de ese cambio, las emisoras rápidamente cambiaron el equilibrio que había. En 1985 había veinticinco productoras independientes de televisión; en 2002 solo quedaban cinco. “En 1992 solo el 15% de las series nuevas eran producidas para una emisora por una compañía bajo su control. 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 hubo una"¹⁴⁷. En 2002 el 75% de la televisión en horario de máxima audiencia era propiedad de las emisoras que la distribuían. "En el periodo de diez años 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%"¹⁴⁸.

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

Mientras que el número de canales se ha incrementado drásticamente, la propiedad de esos canales se ha reducido a unos pocos que cada vez son menos. Como Barry Diller le dijo 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 de verdad participando en el proceso. Solíamos tener docenas y docenas de prósperas productoras independientes que producían programas de televisión. Ahora tienes menos de un puñado¹⁴⁹.

Esta reducción ha tenido un efecto 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. Esto no es que sea el partido comunista, aunque desde dentro se debe sentir un poco como el partido comunista. Nadie puede cuestionar nada sin arriesgarse a que haya consecuencias –no necesariamente el exilio en Siberia, pero un castigo no obstante–. Opiniones independientes, críticas diferentes, son aplastadas. Éste no es el medio ambiente de una democracia.

La misma economía ofrece un paralelismo que explica por qué esta integración afecta la creatividad. Clay Christensen ha escrito sobre el "Dilema del Innovador": el hecho de que las grandes empresas tradicionales encuentran que es racional ignorar nuevas tecnologías de vanguardia que compiten con sus negocios principales. El mismo análisis podría ayudar a explicar por qué las grandes compañías tradicionales de medios audiovisuales encuentran racional ignorar nuevas tendencias culturales¹⁵⁰. No es solo que los gigantes torpes no pueden salir corriendo, es que no deberían hacerlo. Sin embargo, si el campo está abierto solo a los gigantes, habrá demasiadas pocas carreras.

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

Pero hay un ejemplo que es quíntaesencialmente obvio y que sugiere convincentemente que hay motivos para preocuparse.

Además de las guerras del copyright, estamos en mitad de la guerra contra la droga. La política del Gobierno está fuertemente dirigida contra los cárteles de la droga; los tribunales criminales y civiles están llenos de las consecuencias de este debate.

Déjeme por tanto que me descalifique yo mismo 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 destruida una vez por las drogas –aunque las drogas 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 esta guerra sea una locura. Cuando sumas las cargas para el sistema criminal de justicia, la desesperación de generaciones de jóvenes 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 sudamericanos debido al poder de los carteles 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 estos costos.

Quizá no estés de acuerdo. No pasa nada. Vivimos en una democracia, y escogemos la política a desarrollar por medio de los votos. Pero para hacer eso dependemos fundamentalmente de la prensa para ayudar 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 temas relacionados con las drogas ilegales. En una serie (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 televisión). 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 daños colaterales extraordinarios que resultan de la guerra contra las drogas. ¿Puedes hacerlo?

Bueno, 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 anuncios “polémicos”. Los anuncios patrocinados por el gobierno se consideran no 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 los medios comerciales le negaron 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 parciales¹⁵¹.

Yo también estaría contento de defender los derechos de las emisoras –si viviera en un mercado mediático que fuera verdaderamente diverso. Pero la concentración de los medios hace dudar de que esa condición se cumpla. Si un puñado de compañías controla el acceso a los medios decide qué posiciones políticas va a permitir que se promuevan en sus canales, entonces la concentración importa 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 meramente unos pocos logran decidir de qué temas los demás vamos a lograr enterarnos.

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 razonable que no sea un anarquista estaría en desacuerdo.

Pero cuando vemos de qué forma tan drástica ha cambiado esta “propiedad” –cuando reconocemos cómo puede interactuar tanto con la tecnología como con los mercados para dejar claro que las restricciones efectivas a la libertad de cultivar nuestra cultura es drásticamente diferentes– la afirmación

empieza a parecer menos inocente y obvia. Dados (1) el poder de la tecnología para suplementar el control de la ley, y (2) el poder de los mercados concentrados para reducir la oportunidad para la discrepancia, si hacer cumplir estrictamente los inmensamente expandidos derechos de “propiedad” concedidos por el copyright cambia de modo fundamental la libertad dentro de esta cultura para cultivarla y basarse en el pasado, entonces tenemos que preguntarnos si esta propiedad no debería redefinirse.

No con rigidez. Ni completamente. La idea que tengo 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.

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 los contenidos y que descansan en las manos de una tecnología que cada vez más permitirá 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 para restaurar el equilibrio que ha definido tradicionalmente a la regulación del copyright, para flexibilizar esta regulación, no para reforzarla.

La ley del copyright no ha sido el peñón de Gibraltar. No es una serie de obligaciones inamovibles que ahora, por misteriosas razones, se saltan los adolescentes y los amantes de la tecnología. Al contrario, el poder del copyright ha crecido drásticamente en un corto periodo de tiempo, conforme las tecnologías de distribución y creación han cambiado y los grupos de presión han impulsado un mayor control por parte de los dueños de copyright. Los cambios en el pasado en respuesta a cambios tecnológicos sugieren que bien puede ser que necesitemos cambios semejantes en el futuro. Y estos cambios tienen que ser 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 una idea que solo veremos una vez que hayamos repasado el alcance de estos cambios. Cuando sumas los efectos de una ley que cambia, de la concentración en los mercados y de una tecnología en proceso de cambio, todo eso junto produce una conclusión asombrosa: Nunca en nuestra historia ha tenido menos gente el derecho legal a controlar en un grado mayor el desarrollo de nuestra cultura que hoy.

No cuando los copyrights eran a perpetuidad, porque cuando los copyrights eran a perpetuidad, afectaban solamente a esa específica obra creativa. No cuando solamente 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 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 de hoy. 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 masiva regulación de todo el proceso creativo. La ley más la tecnología, más el mercado ahora interactúan para convertir esta regulación históricamente benigna en la más significativa regulación de la cultura que nuestra sociedad libre ha conocido¹⁵².

Éste ha sido un capítulo largo. Ahora se puede expresar su idea central.

Al principio de este libro hice la 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	Transformación
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 solo se aplicaba si se registraba la obra, y solo aquellos que se beneficiarían comercialmente hacían este registro, la copia por medio de la publicación de una obra comercial también era libre.

Para finales del siglo XIX, la ley había cambiado a esto:

	Publicación	Transformación
Comercial	©	©
No Comercial	Libre	Libre

Las obras derivadas estaban ahora 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 transformación no comercial eran todavía esencialmente libres.

En 1909 la ley cambió para regular la copia, no la publicación, y después de este cambio el radio de acción de la ley quedó ligada a la tecnología. Conforme la tecnología de copia se hizo más predominante, el alcance de la ley se expandió. Así, para 1975, cuando las fotocopiadoras se hicieron más corrientes, podríamos decir que la ley empezó a parecerse a esto:

	Publicación	Transformación
Comercial	©	©
No Comercial	©/ Libre	Libre

La ley fue interpretada de manera que alcanzara la copia no comercial por medio de, por ejemplo, fotocopiadoras, pero todavía gran parte de las copias hechas fuera del mercado comercial seguían siendo libres. Pero 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	Transformación
Comercial	©	©
No Comercial	©	©

Cada ámbito está gobernado por la ley del copyright, mientras que antes la mayor parte de la creatividad estaba sin regular. La ley ahora regula el espectro completo de la creatividad –comercial o no, transformadora o no– con las mismas reglas diseñadas para regular a los editores comerciales.

El enemigo, obviamente, no es la ley del 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 verdaderamente produce 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 lo hace ahora) la copia no comercial y, especialmente, la transformación 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 transformaciones comerciales. Se

crearían más obras transformadoras del original si los derechos derivados estuvieran severamente más recortados.

La cuestión es, por 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 propiedad¹⁵³) fue diseñado para establecer un equilibrio entre la importante necesidad de darles incentivos a los autores y 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 por 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 sistemáticamente protegió 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 mismo nacimiento del “copyright” como un derecho estatutario reconocía esos límites, al conceder protección a los dueños del copyright solo por un tiempo limitado (la historia del capítulo 6). La tradición del “uso justo” está animada por una preocupación similar que está cada vez más bajo presión conforme los costos de ejercer cualquier derecho de uso justo 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 la propiedad que es el copyright (capítulo 8). Y conceder a archivos y bibliotecas una amplia libertad para recopilar, a pesar de las reclamaciones de la propiedad, es parte crucial de garantizar la conservación del alma de una cultura (capítulo 9). Las culturas libres, como los mercados libres, están construidos con 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 socavarán nuestra tradición de cultura libre. El derecho de propiedad que es el copyright ya no es el derecho equilibrado que era, o que se quería 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 la creatividad tiene que consultar con su abogado.

Capítulo 11: Quimera

En un cuento muy conocido de H.G. Wells, un montañero llamado Nunez [sic] tropieza (literalmente, en una ladera cubierta de hielo) para deslizarse hasta un valle aislado y desconocido en los Andes peruanos¹⁵⁴. 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 resultan como las había planeado. Intenta explicar la idea de la visión a los habitantes. No la entienden. Les dice que son “ciegos”. No tienen la palabra “ciegos”. 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 se quebró. ‘Ustedes son ciegos y yo puedo ver. ¡Déjenme tranquilo!’”

Los habitantes del pueblo no lo 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 “le parecía a ella 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”, nos dice Wells, y “podía entender solo a medias, pero estaba misteriosamente encantada”.

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 los 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 esta condición necesaria para que pueda conseguir a su prometida (Tendrás que leer el original para enterarte de qué ocurre al final. Creo en la cultura libre, pero no en revelar cómo acaba 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 para la trama de una novela de misterio está sin usar. “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 misma idea del ADN es que es el código de un individuo. Sin embargo, de hecho no solamente pueden dos individuos 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 tan injustamente, 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 archivos P2P?” ambas partes aciertan y se equivocan. Una parte dice: “El intercambio de archivos es igual que dos jóvenes grabándose 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 en todas las discográficas hicieron sin duda 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 el decir que

“mis diez mil mejores amigos” pueden tener acceso estira el significado de “amigos” hasta hacerlo irreconocible .

Igualmente, cuando el otro bando dice: “El intercambio de archivos 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, en vez de comprarlo voy a Kazaa 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, ellos tienen un CD menos que vender. 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 de mil dólares. Al contrario, y según la RIAA, si me descargo un CD con diez canciones, me pueden demandar por daños y perjuicios por un 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 efectivamente es como ambos dicen –como la RIAA la describe y como Kazaa la describe–. Es una quimera. Y en lugar de simplemente negar 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 que no es una quimera. Podríamos, con la RIAA, decidir que cada acto de intercambio de archivos debería ser un delito. Podríamos perseguir familias por millones de dólares de daños solo porque se intercambiaron archivos desde el computador familiar. Y podríamos conseguir que las universidades vigilaran todo el tráfico de sus computadores, 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 realidad¹⁵⁵.

Alternativamente, podríamos responder al intercambio de archivos de la manera en la que muchos jóvenes 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 archivos 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 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 el que adoptáramos el extremo de la tolerancia cero. Creo que cualquier extremo sería peor que una alternativa razonable. Pero creo que la solución de 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 tecnología para darles a los dueños del copyright un tipo de control sobre nuestra cultura que nunca habían tenido antes. Y en este extremismo se perderán muchas oportunidades para nueva innovación y nueva creatividad.

No estoy hablando de las oportunidades para que los jóvenes “roben” música. Al contrario, mi centro de atención es la innovación comercial y cultural que también matará esta guerra. Nunca 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 tecnologías para distribuir 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 es tampoco 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 con respecto a estos sistemas directamente moldearán de muchas maneras el mercado para los medios digitales y la manera 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 que se tomen tan temprano en este juego retrasarán el crecimiento de este mercado, perjudicando los intereses de todos¹⁵⁶.

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

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

Capítulo 12: Daños

Para luchar contra la “piratería”, para proteger la “propiedad”, la industria de los contenidos ha iniciado una guerra. Empleando grupos de presión y con grandes donaciones a las campañas electorales ha arrastrado ahora al gobierno a esta guerra. Como en cualquier guerra, ésta tendrá daños que serán tanto directos como colaterales. Como en cualquier guerra de prohibición, la mayoría de nuestro pueblo sufrirá estos daños.

Mi objetivo hasta ahora ha sido describir las consecuencias de esta guerra, en particular las consecuencias para la “cultura libre”. Pero mi objetivo ahora es extender esta descripción de las consecuencias y convertirla en una discusión. ¿Está justificada esta guerra?

En mi opinión, no. No hay ninguna buena razón para que ahora, por primera vez, las leyes deban defender a lo viejo frente a lo nuevo, justo cuando el poder de la propiedad llamada “propiedad intelectual” es el mayor de toda nuestra historia.

Sin embargo el “sentido común” no lo ve así. El sentido común está todavía del lado de los Causby y la industria de los contenidos. Todavía resuenan las reclamaciones extremas en nombre de la propiedad; al rechazo no crítico de la “piratería” todavía le quedan energías.

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

Limitar a los creadores

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

para expresar tu amor, o puedes ensartar en forma de collage un collar de canciones de tus artistas favoritos y ponerlo a disposición de todo el mundo en la Red.

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

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

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

Esta presunción cada vez más congelará la creatividad, conforme continúen proliferando los ejemplos de penas extremas por vagas violaciones. Es imposible lograr aclararse sobre lo que está permitido y lo que no, y al mismo tiempo las penas para quien cruce la raya son asombrosamente duras. Los cuatro estudiantes amenazados por la RIAA (Jesse Jordan en el capítulo 3 era solo uno de ellos) fueron amenazados con una demanda por 98 billones de dólares por construir motores de búsqueda que permitían que se copiaran canciones. Sin embargo, WorldCom –que defraudó a sus inversores 11 billones de dólares, resultando en pérdidas de más de 200 billones– recibió una multa de solo 750 millones¹⁵⁷. Y bajo la legislación impulsada en el congreso ahora mismo, un médico que negligentemente amputa la pierna equivocada en una operación tendrá responsabilidades legales por no más de 250.000 dólares en daños por dolor y sufrimiento¹⁵⁸. ¿Puede el sentido común reconocer lo absurdo de un mundo en el que la multa máxima por descargar dos canciones de Internet es

mayor que la multa para un médico que negligentemente haga una matanza con un paciente?

La consecuencia de esta incertidumbre legal, unida a estas penas extremadamente altas, es que una cantidad extraordinaria de creatividad nunca será ejercida, o nunca será ejercida en público. Estamos empujando este proceso creativo a las catacumbas al llamar piratas a los Walt Disneys contemporáneos. Hacemos que sea imposible que las empresas se basen en un dominio público, porque los límites del dominio público están diseñados para que nunca estén claros. Nunca compensa hacer nada que no sea pagar por el derecho a crear, y por tanto solo los que pueden crear reciben permiso para crear. Como era el caso en la Unión Soviética, aunque por muy diferentes razones, estamos empezando a ver un mundo de arte *underground* –no debido a que el mensaje sea necesariamente político, o porque el tema sea polémico, sino porque el mismo acto de crear este arte está legalmente cargado de tensión–. Ya hay exposiciones de “arte ilegal” recorriendo los EE.UU.¹⁵⁹ ¿En qué consiste su ilegalidad? En el acto de mezclar la cultura que nos rodea con una expresión que es crítica o reflexiva.

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

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

Los abogados raramente ven esto porque los abogados raramente se basan en la experiencia. Como describí en el capítulo 7, en respuesta a la historia sobre el documental del director Jon Else, una y otra vez ha habido abogados sermoneándome y afirmando que el uso de Else era un uso justo, y que por tanto me equivocó al decir que la ley regula semejante uso.

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

Los jueces y los abogados pueden decirse a sí mismos que el uso justo proporciona suficiente “espacio para respirar” entre la regulación de la ley y el acceso que la ley debería permitir. Pero el que alguien se crea verdaderamente esto es una muestra de hasta qué punto nuestro sistema legal ha perdido contacto con la realidad. Las reglas que los editores les imponen a los escritores, las reglas que las distribuidoras de cine les imponen a los directores, las reglas que los periódicos les imponen a los periodistas –éstas son las leyes reales que gobiernan la creatividad–. Y estas reglas tienen poca relación con la “ley” con la que los jueces se consuelan.

Porque en un mundo que amenaza con 150.000 dólares por una sola violación voluntaria de copyright, y que exige decenas de miles de dólares para siquiera defenderte contra una demanda por violación de copyright, y que jamás le devolverá a alguien acusado injustamente nada de los costos que sufrió por defender su derecho a hablar –en ese mundo, las regulaciones pasmosamente amplias que llevan el nombre de “copyright” silencian la palabra y la creatividad–. Y en ese mundo, hace falta una estudiada ceguera para que la gente siga creyendo que vive en una cultura que es libre.

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

Estamos perdiendo oportunidades [creativas] por todos lados. A la gente creativa la están forzando a no expresarse. Hay pensamientos que no se están expresando por esto. Y mientras que [aún] puede que se cree un montón de obras, incluso así no se distribuirán. Incluso lo que se crea [...] no vas a conseguir que se distribuya en los medios para el gran público a menos que tengas una nota del abogado que diga: “Se han obtenido los derechos”. Ni siquiera vas a conseguir que lo emitan en la PBS sin este tipo de permiso. Hasta este punto lo controlan.

Limitar a los innovadores

La historia de la última sección era la historia de un izquierdista típico –la creatividad aplastada, artistas que no pueden hablar, bla bla bla–. A lo mejor

eso no te motiva. A lo mejor piensas que bastante arte raro hay ya, y bastante expresión que parece criticarlo absolutamente todo. Y si esto es lo que piensas, quizás creas que hay poco para preocuparte en esta historia.

Pero hay un aspecto en esta historia que no es de izquierdas en lo más mínimo. De hecho, es un aspecto que podría escribirlo el ideólogo pro-mercado más extremista. Y si eres uno de esos (y uno bastante especial, si has leído hasta aquí), entonces puedes ver este otro aspecto si sustituyes “cultura libre”, en cada uno de los sitios en donde la menciono, con “mercado libre”.

El alegato que he estado haciendo sobre la regulación de la cultura es el mismo alegato que los defensores del mercado libre formulan sobre la regulación de los mercados. Todo el mundo, por supuesto, concede que alguna regulación de los mercados es necesaria –como mínimo, necesitamos leyes contractuales y de la propiedad, y tribunales que las hagan cumplir–. Igualmente, en este debate cultural todo el mundo concede que al menos algún marco de copyright es también necesario. Pero ambas perspectivas insisten vehementemente en que el que alguna regulación sea buena no implica que más regulación sea mejor. Y ambas perspectivas están continuamente en sintonía con las maneras en las que la regulación simplemente permite que las industrias poderosas de hoy se protejan a sí mismas contra los competidores de mañana.

Éste es el efecto individual más drástico del cambio en la estrategia reguladora que describí en el capítulo 10. La consecuencia de esta masiva amenaza de responsabilidades legales unidas a los límites borrosos de la ley del copyright es que los innovadores que quieren innovar en este ámbito pueden innovar con garantías solo si tienen el permiso de la última generación de industrias dominantes. Esta lección se ha aprendido gracias a una serie de casos que fueron diseñados y ejecutados para darles una lección a los inversores de riesgo. Esa lección –lo que el anterior consejero delegado de Napster, Hank Barry, llama una “pañó fúnebre” que ha caído sobre el ataúd de Silicon Valley– ha sido aprendida.

Considera otro ejemplo para defender este punto, una historia cuyo principio ya conté en *The Future of Ideas* y que ha progresado de una manera que ni siquiera yo (un extraordinario pesimista) habría predicho nunca.

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

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

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

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

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

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

Esta parte de la historia ya la había contado antes. Ahora reflexiona sobre su conclusión.

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

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

Esta estrategia no se limita solo a los abogados. En abril de 2003, Universal y EMI demandaron a Hummer Windblad, la firma de capital de riesgo que había financiado a Napster durante una determinada etapa de su desarrollo, a su cofundador (John Hummer) y al socio general (Hank Barry)¹⁶⁰. Su reclamación también era que la VC debería haber reconocido los derechos de la industria de los contenidos a controlar cómo debía desarrollarse la industria. Se les debería considerar personalmente responsables de financiar una compañía que resultó estar fuera de la ley. Aquí también el objetivo de la demanda es transparente: ahora cualquier inversionista de riesgo sabe que si financia una compañía cuyo negocio no recibe la aprobación de los dinosaurios, se arriesga no solo en el mercado, sino también ante un tribunal. Tu inversión te compra no solo una compañía, sino también una demanda. El ambiente se ha vuelto tan extremo que hasta los fabricantes de automóviles tienen miedo de tecnologías que toquen los contenidos. En un artículo en *Business 2.0*, Rafe Needleman describe una discusión con BMW:

Les pregunté por qué, con toda la capacidad de memoria y el poder del ordenador de a bordo en un coche, no había manera de escuchar archivos MP3. Me dijeron que ingenieros de BMW en Alemania habían manipulado un nuevo vehículo para que reprodujera MP3s a través del sistema de sonido incorporado al vehículo, pero que el departamento legal y el de marketing no se sentían cómodos con la idea de impulsar este lanzamiento a nivel nacional. Incluso hoy día no hay nuevos coches que se vendan en los EE.UU. con reproductores de MP3 propiamente dichos¹⁶¹.

Éste es el mundo de la mafia –lleno de ofertas tipo “el dinero o la vida”, gobernado a fin de cuentas no por los tribunales, sino por las amenazas que la

ley les permite hacer a los dueños de copyright—. Es un sistema que obvia y necesariamente asfixiará la nueva innovación. Ya es difícil iniciar una empresa. Pero es difícil en un grado imposible si esta compañía está constantemente amenazada por los litigios.

La idea no es que las compañías tengan el derecho a empezar empresas ilegales. La idea es la definición de “ilegal”. Las leyes son un lío de incertidumbres. No tenemos una buena forma de saber cómo debería aplicarse a las nuevas tecnologías. Sin embargo, si invertimos nuestra tradición de respeto a los tribunales y abrazamos las penas sorprendentemente altas que impone la ley del copyright, esa incertidumbre crea ahora una realidad que es mucho más conservadora que acertada. Si las leyes impusieran la pena de muerte por multas de aparcamiento no tendríamos solamente menos multas de aparcamiento, tendríamos mucha menos gente conduciendo. El mismo principio se aplica a la innovación. Si la innovación se ve constantemente obstaculizada por estas responsabilidades legales dudosas e ilimitadas, tendremos una innovación mucho menos viva y mucha menos creatividad.

La idea es directamente paralela al punto tópicamente izquierdista sobre el uso justo. Sea cual sea la ley “real”, el realismo sobre el efecto de la ley en ambos contextos es el mismo. Este sistema de regulación salvajemente penalizador ahogará la creatividad y la innovación de un modo sistemático. Protegerá a algunas industrias y a algunos creadores, pero perjudicará a la industria y a la creatividad en general. El mercado libre y la cultura libre dependen de una competencia llena de vida. Sin embargo el efecto de la ley hoy es ahogar este tipo de competencia. El efecto es producir una cultura regulada en exceso, igual que el efecto de demasiado control en el mercado produce un mercado regulado en exceso.

La construcción de una cultura del permiso, en lugar de una cultura libre, es la primera forma importante en la que los cambios que he descrito supondrán una carga para la innovación. Una cultura del permiso significa una cultura de los abogados —una cultura en la que la capacidad de crear exige una llamada a tu abogado—. De nuevo, no estoy en contra de los abogados, al menos si se los mantiene en su sitio. Ciertamente no estoy contra la ley. Pero nuestra profesión ha perdido el sentido de sus límites. Los líderes de nuestra profesión han perdido la capacidad de apreciar los altos costos que nuestra profesión les impone a los demás. La ineficiencia de las leyes es una vergüenza para nuestra profesión. Y mientras que creo que nuestra profesión debería, por tanto, hacer todo lo posible para volver la ley más eficiente, debería al menos hacer todo lo posible para limitar el alcance de la ley allá donde la ley no está haciendo ningún bien. Los costos de las transacciones precisas en una

cultura del permiso son suficientes para enterrar una amplia gama de creatividad. Alguien tendría que justificar muchísimas cosas para justificar ese resultado.

La incertidumbre de la ley es una carga para la innovación. Hay una segunda carga que opera de modo más directo. Se trata de la insistencia de muchos en la industria de los contenidos en usar la ley para regular de modo directo la tecnología de Internet, de manera que proteja mejor sus contenidos.

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

Son muchos los ejemplos de esta forma de legislación. Debido a las ansiosas peticiones de la industria de los contenidos, algunos en el Congreso han amenazado con promulgar legislación que exigiría que las computadoras determinen si los contenidos a los que acceden están protegidos o no, y que desactiven la difusión de los contenidos protegidos¹⁶². El Congreso ha lanzado ya medidas para explorar una “señal de emisión” obligatoria que se exigirá en cada aparato capaz de transmitir video digital (esto es, un ordenador), y que hará imposible la copia de cualquier contenido marcado con una señal de emisión. Otros miembros del Congreso han propuesto dar inmunidad legal a los proveedores de contenidos para que puedan desplegar tecnología que cazaría a los violadores del copyright y desactivaría sus máquinas¹⁶³.

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

En marzo de 2002, una amplia coalición de compañías tecnológicas, lideradas por Intel, intentó hacer que el Congreso viera los daños que causaría semejante legislación¹⁶⁴. Su argumento no era obviamente que el copyright no debiera defenderse. Argumentaban, al contrario, que cualquier protección no podía más que producir más daños que beneficios.

Hay una manera más obvia en la que esta guerra ha perjudicado a la innovación –de nuevo, una historia que resultará muy familiar para la gente del mercado libre.

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

Tal y como describí en el capítulo 10, a pesar de esta naturaleza del copyright como regulación, y sujeta a importantes matizaciones delineadas por Jessica Litman en su libro *Digital Copyright*¹⁶⁵, en conjunto esta historia del copyright no es mala. Como detallaba el capítulo 10, cuando han aparecido nuevas tecnologías, el Congreso ha hallado un equilibrio que asegura que lo nuevo queda protegido de lo viejo. Licencias obligatorias, o estatutarias, han sido parte de esta estrategia. El uso libre (como en el caso de los reproductores de video) ha sido otra.

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

La respuesta de los tribunales ha sido bastante universal¹⁶⁶. Ha sido reflejada por las respuestas con que amenazó y de hecho implementó el Congreso. No haré aquí el catálogo completo de estas respuestas¹⁶⁷. Pero hay un ejemplo que captura el sabor de todas ellas. Ésta es la historia del fallecimiento de la radio por Internet.

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

La razón detrás de este equilibrio determinado por el Congreso tiene algún sentido. La justificación era que la radio era una forma de publicidad. El artista que graba una canción se beneficia así, porque al tocar su música la radio está haciendo que sea más probable que el artista venda discos. De manera que el artista que graba recibe algo, aunque solo sea indirectamente. Probablemente este razonamiento haya tenido menos que ver con los resultados que con el

poder de las estaciones de radio. Su grupo de presión en Washington era muy bueno a la hora de detener cualquier esfuerzo para conseguir que el Congreso exigiera compensaciones para los artistas que grababan.

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

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

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

En la onda corta era posible un número casi ilimitado de emisoras de FM, terminando así con las restricciones artificiales impuestas a la radio en la atestada onda larga. Si la FM era desarrollada libremente, el número de emisoras solo estaría limitada por la economía y la competencia en vez de por restricciones técnicas. [...] Comparó la situación que había surgido en la radio a la que siguió a la invención de la imprenta, cuando los gobiernos y los intereses dominantes intentaron controlar este nuevo instrumento de comunicación masiva imponiéndole licencias restrictivas. Esta tiranía fue rota solo cuando fue posible que la gente adquiriera imprentas libremente y pudiera operarlas libremente. La FM en ese sentido fue un invento tan grande como la imprenta, porque le daba a la radio la libertad de romper sus cadenas¹⁶⁸.

Este potencial para la radio FM nunca se hizo realidad –no porque Armstrong estuviera equivocado acerca de la tecnología, sino porque subestimó el

poder de los “intereses privados, los hábitos, las costumbres y la legislación”¹⁶⁹ para retrasar el crecimiento de esta tecnología competidora.

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

Pero aquí el poder de los lobbies se invierte. La radio digital es una nueva industria. Los artistas que graban, por otra parte, tienen un grupo de presión muy poderoso, la RIAA. Así que cuando el Congreso consideró el fenómeno de la radio digital en 1995, este lobby había apretado al Congreso para que aplicara una regla diferente para la radio digital que la que se aplica a la radio normal. Mientras que la radio normal no tiene que pagarle a nuestra hipotética Marilyn Monroe cuando toca su hipotética grabación de “Cumpleaños feliz”, la radio digital sí tiene que hacerlo. No solo la ley no es neutral con respecto a la radio digital, la ley le impone una carga que es realmente mayor que la que impone a la radio normal.

Esta carga financiera no es pequeña. Como calcula William Fisher, profesor de derecho de Harvard, si una radio digital distribuyera música popular sin publicidad a (una media de) diez mil oyentes, veinticuatro horas al día, las tarifas totales que la radio les debería a los artistas superarían el millón de dólares al año¹⁷⁰. Una radio estándar que emitiera los mismos contenidos no pagaría una tarifa equivalente.

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

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

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

El Bibliotecario del Congreso eventualmente suspendió estos requisitos hasta que se realicen más estudios. Y también cambió las tarifas originales asignadas por el panel arbitral encargado de fijarlas. Pero la diferencia básica entre la radio digital y la normal permanece: la radio digital tiene que pagar un tipo de copyright que la radio normal no tiene que pagar.

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

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

La RIAA, que representaba a las discográficas, presentó algunos testimonios sobre lo que pensaban que un comprador interesado le pagaría a un vendedor interesado, y era mucho más alto. Era diez veces más alto que lo que pagan las estaciones de radio para tocar la misma canción durante el mismo periodo de tiempo. De manera que los abogados representantes de los emisoras digitales le preguntaron a la RIAA [...]: “¿Cómo llegan a esta cifra que es mucho más alta? ¿Por qué vale más que la radio? Porque aquí estamos reunidos cientos de emisoras que queremos pagar, y eso establecería la tarifa de mercado, y si ustedes fijan una tarifa tan alta, van a expulsar del negocio a las emisoras más pequeñas [...]”. Y los expertos de la RIAA dijeron: “Bueno, la verdad es que no queremos que el modelo sea el de una industria con miles de emisoras, *creemos que debería ser una industria con, ya saben, cinco o siete grandes actores que puedan pagar una tarifa alta y que sea un mercado estable, predecible*”.

Traducción: el objetivo es usar las leyes para eliminar competidores, de manera que esta plataforma de competencia potencialmente inmensa, que podría hacer que la diversidad y la gama de contenidos disponibles experimentaran

una explosión no perjudique a los viejos dinosaurios. No hay nadie, ni en la derecha ni en la izquierda, que apoye este uso de la ley. Y sin embargo no hay prácticamente nadie, ni en la derecha ni en la izquierda, que esté haciendo algo efectivo para impedirlo.

Corromper a los ciudadanos

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

La guerra que se está luchando hoy es una guerra de prohibición. Como con cualquier guerra de prohibición, su objetivo es el comportamiento de un número muy grande de ciudadanos. Según *The New York Times*, 43 millones de estadounidenses descargaron música en mayo de 2002¹⁷¹. Según la RIAA, el comportamiento de estos 43 millones de estadounidenses es un delito. Por tanto, debemos tener una serie de reglas que convierta al 20% de los estadounidenses en criminales. Como la RIAA lanza demandas contra no solo los Napsters y Kazaas del mundo, sino contra estudiantes que construyen buscadores, y cada vez más contra usuarios corrientes que bajan contenidos, las tecnologías del intercambio progresarán para proteger y ocultar mejor los usos ilegales. Es una carrera armamentística o una guerra civil, con los extremos de un bando invitando a una respuesta más extrema por parte del otro.

La táctica de la industria de los contenidos explota los defectos del sistema legal estadounidense. Cuando la RIAA presentó una demanda contra Jesse Jordan sabía que en Jordan había encontrado un chivo expiatorio, no un acusado. La amenaza de tener que pagar todo el dinero del mundo en daños y perjuicios (quince millones de dólares) o casi todo el dinero del mundo para defenderse de tener que pagar todo el dinero del mundo por daños y perjuicios (250.000 dólares en abogados) hizo que Jordan escogiera pagar todo el dinero que tenía en el mundo (doce mil dólares) para conseguir que la demanda se esfumara. La misma estrategia anima las demandas de la RIAA contra los usuarios individuales. En septiembre de 2003 la RIAA demandó a 261 individuos –incluyendo a una niña de doce años que vivía en una vivienda de propiedad pública y un hombre de setenta años que no tenía ni idea de lo que era el intercambio de archivos¹⁷². Como estos chivos expiatorios descubrieron, siempre cuesta más defenderse de una demanda que simplemente llegar a un acuerdo. (La chica de doce años, por ejemplo, igual que Jesse Jordan pagó todos sus ahorros, dos mil dólares, para llegar a un acuerdo). Nuestras leyes son un sistema horrible para defender derechos. Es una vergüenza para nuestra

tradición. Y la consecuencia de nuestras leyes tal y como están es que aquellos con poder pueden usarlas para aplastar todos los derechos que se les opongan.

Las guerras de prohibición no son nada nuevo en los Estados Unidos. Esta es solamente más extrema que cualquiera que hayamos visto antes. Experimentamos con la prohibición del alcohol, en un tiempo en el que el consumo por persona al año era de unos seis litros. La guerra contra la bebida inicialmente redujo ese consumo a solamente un 30% de sus niveles originales, pero para finales de la prohibición el consumo había subido a un 70% del nivel original. Los estadounidenses estaban bebiendo casi como siempre, pero ahora un número inmenso de ellos eran criminales¹⁷³. Hemos lanzado una guerra contra las drogas con la intención de reducir el consumo de narcóticos controlados que un 7% (o dieciséis millones) de estadounidenses consumen hoy¹⁷⁴. Eso es una caída de un máximo en 1979 del 14% de la población. Regulamos los automóviles hasta el punto que la inmensa mayoría de los estadounidenses violan las leyes cada día. Tenemos un sistema de impuestos tan complejo que la mayoría de los negocios que manejan dinero en efectivo hacen trampa con regularidad¹⁷⁵. Nos enorgullecemos de nuestra “sociedad libre”, pero una serie interminable de comportamientos cotidianos están regulados en nuestra sociedad. Y de resultas, una enorme proporción de estadounidenses violan con regularidad al menos alguna ley.

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

La respuesta a esta ilegalidad generalizada es o hacer cumplir las leyes con más severidad o cambiar las leyes. Como sociedad, hemos de aprender cómo tomar decisiones más racionalmente. El que una ley tenga sentido depende, en parte al menos, de si los costos de la ley, tanto previstos como colaterales, superan los

beneficios. Si los costos, previstos y colaterales, superan los beneficios, entonces la ley debería cambiarse. En cambio, si los costos del sistema actual son mucho mayores que los costos de una alternativa, entonces tenemos una buena razón para considerar la alternativa.

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

Más bien, mi idea es una que las democracias comprendieron durante generaciones, pero que recientemente hemos aprendido a olvidar. El imperio de la ley depende de que la gente obedezca la ley. Cuanto más a menudo y de forma más repetida los ciudadanos tenemos la experiencia de violar una ley, menos la respetamos. Obviamente, en la mayoría de los casos la cuestión importante son las leyes, no el respeto a las leyes. Me da igual que un violador respete las leyes o no; quiero atraparlo y encarcelarlo. Pero sí me importa que mi estudiantes respeten las leyes. Y sí me importa que las reglas de la ley siembren una falta de respeto creciente debido a la regulación extrema que imponen. Veinte millones de estadounidenses han llegado a la mayoría de edad desde que Internet introdujo esta idea diferente de “compartir”. Tenemos que ser capaces de llamar a estos veinte millones de estadounidenses “ciudadanos”, no “delincuentes”.

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

Esta idea abstracta puede dejarse más clara con un ejemplo en particular.

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

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

Este “uso” de mis discos es ciertamente valioso. En casa he comenzado un largo proceso de copiar todos mis CDs y los de mi esposa, y guardarlos en un archivo. Después, usando iTunes de Apple, o un programa maravilloso llamado Andrómeda, podemos elaborar y escuchar distintas listas de nuestra música –Bach, Barroco, Canciones de amor, Canciones de amor de antiguas parejas– el potencial es interminable. Y al reducir los costos de mezclar estas listas, estas tecnologías ayudan a construir una creatividad con las listas, que tienen su propio valor independiente. Las recopilaciones de canciones son creativas y significativas en sí mismas.

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

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

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

una compensación a los artistas al tiempo que preservara la libertad de mover contenidos fácilmente?

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

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

Excepto que los fabricantes de carrozas de esta generación ya han ensillado al Congreso, y van a lomos de la ley camino de protegerse a sí mismos de esta nueva forma de competencia. Para ellos la decisión es entre 43 millones de estadounidenses vueltos criminales y su propia supervivencia.

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

Hay un aspecto más de esta corrupción que es particularmente importante para las libertades civiles, y que es resultado directo de cualquier guerra de prohibición. Como describe el abogado de la Electronic Frontier Foundation, se trata de los “daños colaterales” que “surgen siempre que conviertes en criminales a una porcentaje muy alto de la población”. Son los daños colaterales para las libertades civiles en general.

“Si puedes tratar a alguien como a un presunto delincuente”, explica von Lohmann,

entonces de repente muchas protecciones básicas de las libertades civiles se evaporan en un grado u otro. [...] Si violas el copyright, ¿cómo puedes esperar cualquier derecho a la intimidad? Si violas el copyright, ¿cómo puedes esperar tener la seguridad de que no van a decomisar tu computador? [...] Nuestros

sentimientos cambian en cuanto pensamos: “Ah, bueno, pero esa persona es un delincuente, un criminal”. Bueno, lo que esta campaña contra el intercambio de archivos ha conseguido ha sido es convertir en “delincuentes” a un porcentaje notable de la población de los internautas estadounidenses.

Y la consecuencia de esta transformación del público estadounidense en criminales es que se ha convertido en algo trivial, como una parte más del proceso, el eliminar de un modo efectivo gran parte de la privacidad que la mayoría daría por sentada.

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

Entonces la RIAA expandió esta campaña, anunciando una estrategia general para demandar a usuarios individuales de Internet que se alegaba que habían descargado música de los sistemas de intercambio de archivos. Pero como hemos visto, los daños y perjuicios potenciales resultantes de estas demandas son astronómicos: si el computador familiar se usa para descargar música que cabría en un solo CD, la familia podría tener responsabilidades legales por dos millones de dólares por daños. Eso no detuvo a la RIAA y demandó a unas cuantas familias, igual que habían demandado a Jesse Jordan¹⁷⁶.

Incluso esto minimiza la magnitud del espionaje desarrollado por la RIAA. Un informe de la CNN a finales del verano pasado describía la estrategia que la RIAA había adoptado para rastrear usuarios de Napster¹⁷⁷. Usando un sofisticado algoritmo, la RIAA tomó lo que de hecho era una huella digital de cada canción en el catálogo de Napster. Cualquier copia de uno de esos MP3s tendría la misma “huella”.

Así que imagínate el siguiente y verosímil escenario: imagina que un amigo le da un CD a tu hija –una selección de canciones igual que las cintas que solías hacer cuando eras joven–. Ni tú ni tu hija saben de dónde vienen esas canciones. Pero ella copia esas canciones en su computador. Luego ella se lleva su computador a la universidad y se conecta a la red de la universidad, y si esta red está “cooperando” con el espionaje de la RIAA, y si ella no ha protegido apropiadamente su contenido de la red (¿sabes tú mismo hacer eso?), entonces la RIAA será capaz de identificar a tu hija como un “criminal”. Y bajo las reglas que las universidades están empezando a aplicar¹⁷⁸, tu hija puede perder el derecho a emplear la red informática de su universidad. En algunos casos puede que la expulsen.

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

Dice von Lohman:

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

Cuando entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses son considerados “criminales” bajo las leyes, y cuando las leyes podrían alcanzar el mismo objetivo –obtener derechos para los autores– sin que esos millones sean considerados “criminales”, ¿quién es el malo? ¿Los estadounidenses o la ley? ¿Qué es estadounidense, una guerra constante contra tu propio pueblo o un esfuerzo concertado en toda nuestra democracia para cambiar nuestras leyes?

Equilibrios

De manera que así están las cosas: estás de pie en el arcén de la autopista. Tu coche está en llamas. Estás enojado y disgustado porque ayudaste en parte a iniciar el fuego. Ahora no sabes cómo apagarlo. A tu lado hay un cubo, lleno de gasolina. La gasolina, obviamente, no apagará el fuego.

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

Hay una guerra sobre el copyright que se está luchando por todas partes en torno nuestro, y nos estamos enfocando en el tema equivocado. Sin duda, las tecnologías actuales amenazan a las empresas actuales. Sin duda, puede que amenacen a los artistas. Pero las tecnologías cambian. La industria y los técnicos tienen formas de sobra para usar la tecnología para protegerse de las amenazas actuales de Internet. Éste es el fuego que si se deja en paz se apagará por sí solo.

Sin embargo, los legisladores no están dispuestos a dejar a este fuego en paz. Impulsados por el dinero de sobra de los grupos de presión, están deseosos de intervenir para eliminar el problema que perciben. Pero el problema que perciben no es la verdadera amenaza a la que se enfrenta esta cultura. Porque mientras miramos a este pequeño fuego en el rincón, en todos sitios a nuestro alrededor está teniendo lugar un cambio masivo en la forma en la que se produce la cultura.

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

Todavía no la hemos encontrado. Al contrario, parecemos atrapados en una visión binaria más simple. Por más que mucha gente se esfuerce en definir este debate en términos más amplios, es esta visión simple y binaria lo que permanece. Estiramos el cuello para mirar al fuego cuando deberíamos estar con los ojos fijos en la carretera.

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

Capítulo 13: Eldred

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

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

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

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

Internet creó la posibilidad de publicaciones no comerciales de obras en el dominio público. El ejemplo de Eldred es solo uno entre muchos. Hay literalmente miles de ellos. Cientos de miles de personas en todo el planeta han

descubierto esta plataforma de expresión y ahora la usan para compartir obras que son, según las leyes, libres para que cualquiera las tome. Esto ha producido lo que podríamos llamar la “industria editorial no comercial”, que antes de Internet estaba limitada a gente con egos enormes o con causas políticas o sociales. Pero con Internet incluye a una amplia gama de individuos y grupos dedicados a difundir la cultura en general¹⁷⁹.

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

Esto fue la Ley de Extensión del Plazo del Copyright de Sonny Bono (CTEA en inglés), promulgada en memoria del congresista y previamente músico Sonny Bono, quien, según cuenta su viuda Mary Bono, creía que “los copyrights deberían ser para siempre”¹⁸⁰.

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

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

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

Como ya he explicado, esta cláusula es única dentro de la cláusula de concesión de poderes del artículo I, sección 8 de nuestra Constitución. Todas las otras cláusulas que le conceden poder al Congreso simplemente dicen que el Congreso tiene poder para hacer algo, –por ejemplo, para regular “el comercio entre varios estados” o para “declarar la guerra”–. Pero aquí, el “algo” es algo

muy específico, –“promover [...] el progreso”–, usando medios que también son específicos, –“asegurando” “derechos exclusivos” (es decir, copyrights) “por un tiempo limitado”.

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

Como profesor universitario que soy, mi primera respuesta fue irme a los libros. Recuerdo estar sentado hasta tarde en mi despacho, recorriendo bases de datos en busca de cualquier discusión seria de esta cuestión. Nadie había desafiado nunca la práctica del Congreso de extender los plazos ya existentes. Ese fracaso era en parte la razón por la que el Congreso parecía no tener problemas con este hábito. Eso, y el hecho de que la costumbre se había vuelto muy lucrativa para el Congreso. El Congreso sabía que los dueños del copyright estarían dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero para conseguir que se extendieran los plazos de sus copyright. Y por tanto el Congreso está encantado de dejar que este cuento siga y siga.

Porque este es el núcleo de la corrupción en nuestro sistema actual de gobierno. “Corrupción” no en el sentido de que se soborne a un congresista. Más bien, “corrupción” en el sentido de que el sistema induce que los beneficiarios de las leyes del Congreso recauden y le den dinero al Congreso para inducirle a que actúe. El tiempo tiene un límite, y lo que puede hacer el Congreso también. ¿Por qué no limitar sus actos a las cosas que debe hacer, –y a las cosas que se pagan bien? Extender los plazos del copyright se paga bien.

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

Así que imagina que los herederos de Robert Frost están ganando 100.000 dólares al año con tres poemas de Frost. E imagina que el copyright para estos

tres poemas está a punto de expirar. Eres miembro del consejo de herederos de Robert Frost. Tu consejero financiero llega a la reunión del consejo con un informe muy sombrío:

“El año que viene”, anuncia el consejero, “expirarán nuestros copyrights de las obras A, B y C. Eso significa que después del año que viene no recibiremos el cheque anual de royalties por 100.000 dólares de parte de los editores de esas obras”.

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

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

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

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

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

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

“¿Así que está diciendo que nos valdría la pena pagar más de un millón en donaciones electorales si tuviéramos confianza en que esas contribuciones asegurarían que se aprobaría la ley?”

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

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

De manera que es una máquina de movimiento perpetuo del Congreso: mientras se pueda comprar legislación (aunque sea indirectamente), siempre habrá todo el incentivo del mundo para comprar nuevas extensiones del copyright.

Durante las presiones que llevaron a la aprobación de la CTEA quedó demostrada esta “teoría” sobre los incentivos. Diez de los trece patrocinadores originales de la ley en el Congreso recibieron de Disney la máxima contribución posible; en el Senado, ocho de los doce patrocinadores recibieron donaciones¹⁸¹. Se calcula que la RIAA y la MPAA gastaron millón y medio de dólares en grupos de presión durante el ciclo electoral de 1998. Pagaron más de 200.000 dólares en donaciones electorales¹⁸². Se calcula que Disney contribuyó con más de 800.000 dólares a las campañas de reelección en el ciclo de 1998¹⁸³.

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

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

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

Conforme creció la economía este estándar significó cada vez más que no había límite al poder del Congreso para regular, ya que cualquier actividad, cuando se la consideraba a escala nacional, afectaba al comercio interestatal.

Una Constitución diseñada para limitar el poder del Congreso era interpretada, al contrario, para no imponer ningún límite.

El Tribunal Supremo, bajo la dirección del magistrado jefe Rehnquist, cambió eso en *Estados Unidos contra López* [sic]. El gobierno había argumentado que poseer pistolas cerca de las escuelas afectaba al comercio interestatal. Las pistolas cerca de las escuelas aumentan el crimen, el crimen disminuye el valor de la propiedad, etc. En la vista oral, el juez principal le preguntó al gobierno si había alguna actividad que no afectara al comercio interestatal bajo el razonamiento ofrecido por el gobierno. El gobierno dijo que no; si el Congreso decía que una actividad afectaba al comercio interestatal, entonces esa actividad afectaba al comercio interestatal. El Tribunal Supremo, decía el gobierno, no estaba en posición de predecir qué haría el Congreso.

“Nos detuvimos a considerar las implicaciones de los argumentos del gobierno”, escribió el magistrado jefe del Tribunal Supremo¹⁸⁴. Si cualquier cosa que el Congreso dice que es comercio interestatal debe considerarse por tanto comercio interestatal, entonces no habría límites al poder del Congreso. La decisión en *López* fue reafirmada cinco años más tarde en *Estados Unidos contra Morrison*¹⁸⁵.

Si fuera un principio lo que está operando aquí, entonces debería aplicarse a la Cláusula del Progreso tanto como a la Cláusula de Comercio¹⁸⁶. Y si se aplicara a la Cláusula del Progreso, el principio debería llevar a la conclusión de que el Congreso no puede extender un plazo ya existente. Si el Congreso pudiera extender un plazo ya existente, entonces no habría “punto de llegada” para el poder del Congreso sobre los plazos, aunque la Constitución expresamente declara que sí hay semejante límite. Así, el mismo principio aplicado al poder de conceder copyrights debería suponer que no se le permite al Congreso extender el plazo de los copyrights ya existentes.

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

Ahora detengámonos por un momento para asegurarnos de que entendemos aquello sobre lo que no era el argumento en *Eldred*. Al insistir en el límite

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

Hay gente que mira al dominio público con desprecio. En su escrito presentado al Tribunal Supremo, la Nashville Songwriters Association afirmó que el dominio público no era más que “piratería legal”¹⁸⁷. Pero no es piratería cuando las leyes lo permiten; y en nuestro sistema constitucional, las leyes lo exigen. A algunos no les gustaran los requisitos de nuestra Constitución, pero eso no convierte a nuestra Constitución en una patente de corso que permita la piratería.

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

Son los copyrights valiosos los que son responsables de que se extiendan los plazos. Mickey Mouse and “Rhapsody in Blue”. Estas obras son demasiado valiosas como para que los dueños de los copyrights lo ignoren. Pero el daño real para nuestra sociedad resultante de las extensiones del copyright no es que Mickey Mouse permanezca en las manos de Disney. Olvídate de Mickey Mouse. Olvídate de Robert Frost. Olvídate de todas esas obras de los años veinte y años treinta que siguen teniendo un valor comercial. El daño real de las extensiones del copyright no viene de esas obras famosas. El daño real se les hace a las obras que no son famosas, que no son explotadas comercialmente, y que por tanto ya no están disponibles.

Si miras a las obras creadas en los primeros veinte años (1923 a 1942) afectados por la CTEA, el 2% de esas obras siguen teniendo algún valor comercial. Son los dueños de ese 2% quienes impulsaron la CTEA hasta el final. Pero la ley

y sus efectos no se limitaron a ese 2%. La ley extendió los plazos del copyright en general¹⁸⁸.

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto: vas andando por la calle y ves una casa. Puedes saber quién es el dueño buscándola en el registro municipal. Si ves un coche, suele haber una matrícula que vincula al dueño con el coche. Si ves un montón de juguetes tirados por el césped delante de una casa, es bastante fácil determinar quién es el dueño de los juguetes. Y si resulta que ves una pelota de béisbol junto al bordillo de la calle, mira alrededor un segundo por si hay niños jugando. Si no

ves a ningún joven, entonces de acuerdo: aquí hay una propiedad cuyo dueño no podemos determinar fácilmente. Es la excepción que prueba la regla: que habitualmente sabemos muy bien quién es el dueño de qué propiedad.

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

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

Consideremos la historia de Michael Agee, presidente de Hal Roach Studios, los cuales son dueños de los copyrights de las películas de Laurel y Hardy. Agee es un beneficiario directo de la Ley de Sonny Bono. Las películas de Laurel y Hardy se hicieron entre 1921 y 1951. Solo uno de estos filmes, *The Lucky Dog*, está actualmente fuera del copyright. Pero de no ser por la CTEA, las películas hechas después de 1923 habrían empezado a entrar en el dominio público. Como Agee controla los derechos exclusivos para estas populares películas, gana mucho dinero con ellas. Según sus propios cálculos, "Roach ha vendido unas 60.000 cintas de video y unos 50.000 DVDs de las películas mudas de la pareja"¹⁸⁹.

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

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

No sabemos de los beneficios, pero sí sabemos mucho de los costos. Durante la mayor parte de la historia del cine los costos de restaurar celuloide eran muy altos; la tecnología digital los ha bajado sustancialmente. Mientras que costaba más de 10.000 dólares restaurar una película en blanco y negro de

noventa minutos en 1993, ahora puede costar tan poco como 100 dólares digitalizar una película de una hora de 8mm¹⁹⁰.

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

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

“¿Pero no puedes simplemente restaurar la película, distribuirla y pagarle al dueño del copyright cuando aparezca?” Sí, seguro, si quieres cometer un delito. E incluso si no te preocupara cometer un delito, cuando el dueño aparezca tendrá el derecho de demandarte por el valor de todos tus beneficios. Así que, si tienes éxito, puedes estar muy seguro de que vas a recibir una llamada del abogado de alguien. Y si no tienes éxito, no habrás ganado lo suficiente como para cubrir los costos de tu propio abogado. En cualquier caso, tienes que hablar con un abogado. Y como pasa demasiado a menudo, decir que tienes que hablar con un abogado es lo mismo que decir que no ganarás nada.

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

Pero para cuando expire el copyright, la película habrá epirado. Estas películas fueron hechas con un material con base de nitrato, y el material de nitrato se disuelve con el tiempo. Se desvanecerán, y las latas en las que ahora estarán almacenadas no estarán llenas de nada más que polvo.

De toda la obra creativa producida por los seres humanos, solamente una fracción minúscula ha seguido teniendo valor comercial. Para esa fracción minúscula, el copyright es un instrumento legal de importancia crucial. Para esa fracción minúscula, el copyright crea incentivos para producir y distribuir obras creativas. Para esa fracción minúscula, el copyright actúa como “un motor de libre expresión”.

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

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

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

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

Lo mismo era verdad de hecho con el cine. Como los costos de restaurar una película–, los económicos y, no los gastos en abogados, –eran tan altos, nunca fue factible en absoluto preservar o restaurar películas. Igual que con las sobras de una gran cena, cuando se acabó, se acabó. Una vez que una película terminaba su vida comercial, puede que se archivara por un corto tiempo, pero eso era el fin de su vida mientras el mercado no tuviera más que ofrecer.

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

Pero ahora esta situación ha cambiado.

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

Y ahora la ley del copyright se mete por medio. Cada paso en la elaboración de este archivo digital de nuestra cultura viola el derecho exclusivo del copyright. Digitalizar un libro es copiarlo. Hacer eso exige el permiso del dueño del copyright. Igual con la música, el cine, o cualquier otro aspecto de nuestra cultura protegido por el copyright. El esfuerzo para hacer esas cosas disponibles para la historia, o para los investigadores, o para aquellos que simplemente quieren explorar, está ahora imposibilitado por una serie de reglas que fueron escritas para un contexto radicalmente diferente.

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

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

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

Yo sería el primero en estar de acuerdo con que este mercado debería hacer todo lo que estuviera en su mano: deberíamos confiar en el mercado tanto como sea posible para difundir y hacer posible la cultura. Mi mensaje no es en absoluto antimercado. Pero allá donde vemos que el mercado no está haciendo este trabajo, tenemos que permitir que las fuerzas no comerciales tengan la libertad de llenar los huecos. Tal y como un investigador ha calculado para la cultura de EE.UU., el 94% del cine, los libros y la música producidos entre 1923 y 1946 no se puede hallar comercialmente. Por mucho que ames el mercado comercial, si el acceso es un valor, entonces un 6% es un fracaso a la hora de proporcionar ese valor¹⁹¹.

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

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

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

Le pedimos al Tribunal de Apelación del circuito de D.C. al completo que oyera el caso. Los casos habitualmente se ven en paneles de tres magistrados, salvo para casos importantes o casos que presentan cuestiones específicas para el distrito en general, en los que el tribunal al completo se sienta *en banc* para oír el caso.

El Tribunal de Apelación rechazó nuestra petición para oír el caso de esta forma. Esta vez, al juez Sentelle se le unió el miembro más liberal del circuito de D.C., el juez David Tatel. Tanto el magistrado más conservador

como el más liberal en el circuito de D.C. pensaban que el Congreso había sobrepasado sus límites.

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

Pero en febrero de 2002, el Tribunal Supremo sorprendió al mundo al acceder a nuestra petición de revisar la opinión del circuito de D.C. La vista se fijó para octubre de 2002. El verano sería empleado en preparar escritos y preparativos para la vista.

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

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

El error se cometió temprano, aunque se hizo obvio solo muy al final. Nuestro caso había sido apoyado desde el principio mismo por un extraordinario abogado, Geoffrey Stewart, y por el bufete al que se había trasladado, Jones, Day, Reavis y Pogue. Jones Day recibió una enorme presión de parte de sus clientes proteccionistas del copyright por apoyarnos. Ignoraron esta presión (algo que pocas firmas harían hoy día) y durante la completa duración del caso, lo dieron todo por él.

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

Odio esta visión de la ley. Desde luego pensé que la Ley de Sonny Bono le estaba causando un daño espectacular a la libertad de expresión y a la cultura libre. Desde luego que pensaba esto. Pero la idea de que el Tribunal Supremo decide las leyes basándose en cuán importante cree que son las asuntos en cuestión es errónea. Debería ser “acertado” en el sentido de “verdad”, pensaba, pero es “erróneo” en el sentido de “simplemente no debería ser de esa manera”. Como creía que una interpretación fiel de lo que hicieron los padres de nuestra Constitución llevaría a la conclusión de que la CTEA era inconstitucional, y como creía que cualquier interpretación fiel de lo que significa la Primera Enmienda llevaría a la conclusión de que el poder de extender los plazos de los copyrights ya existentes es inconstitucional, no me persuadieron de que teníamos que vender nuestro caso como si fuera jabón. Del mismo modo que la ley que prohíbe las esvásticas es inconstitucional no porque al Tribunal le gusten los nazis sino porque esa ley también violaría la Constitución, pensaba yo que el Tribunal decidiría si la ley del Congreso era constitucional basándose en la Constitución, no basándose en si les gustaban o no los valores que sus autores pusieron en la Constitución.

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

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

Este primer paso ocurrió por sí mismo. La organización de Phyllis Schlafly, Eagle Forum, se había opuesto a la CTEA desde el principio mismo. Schlafly veía la CTEA como una traición del Congreso. En noviembre de 1998 escribió un hiriente editorial atacando al Congreso republicano por permitir la aprobación de la ley. Tal y como escribió: “¿Hay veces en que te preguntas cómo es posible que leyes que crean una lluvia de financiación para reducidos intereses particulares se deslicen fácilmente a través del enmarañado proceso legislativo, mientras que leyes que beneficiarían al público en general parecen quedarse atascadas?” La respuesta, como el editorial documentaba, era el poder del dinero. Schlafly enumeró las donaciones de Disney a algunos actores claves en los comités. Era el dinero, no la justicia, lo que le dio a Mickey Mouse veinte años más bajo control de Disney, defendía Schlafly.

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

En el Tribunal Supremo, los escritos de nuestra parte eran tan diversos como es posible. Incluían un extraordinario escrito histórico elaborado por la Fundación del Software Libre (sede del proyecto GNU que hizo posible GNU/Linux). Incluían un convincente escrito sobre los costos de la incertidumbre elaborado por Intel. Había dos escritos elaborados por profesores de derecho, uno por estudiosos del copyright y uno por estudiosos de la Primera Enmienda. Había un escrito exhaustivo y nada polémico elaborado por los expertos mundiales en la historia de la Cláusula de Progreso. Y, por supuesto, había un nuevo escrito por Eagle Forum, repitiendo y fortaleciendo sus argumentos.

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

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

El escrito de los economistas estaba firmado por diecisiete economistas, entre ellos cinco Premios Nobel (Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman,

Kenneth Arrow y George Akerlof). Los economistas, como la lista de Premios Nobel demuestra, abarcaban todo el espectro político. Sus conclusiones eran convincentes: no había forma de afirmar con verosimilitud que extender los plazos de los copyrights ya existentes haría nada para incrementar los incentivos para crear. Semejantes extensiones no eran más que “buscadores de renta”, –el término sofisticado que los economistas usan para describir una legislación desenfrenada a favor de intereses particulares.

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

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

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

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

Los representantes del Dr. Seuss, por ejemplo, argumentaron que era mejor que sus herederos del Dr. Seuss controlaran lo que le ocurriera a la obra del Dr. Seuss, –mejor que cayera en el dominio público–, porque si esta creatividad estuviera en el dominio público entonces la gente la podría usar para “glorificar las drogas o para crear pornografía”¹⁹². Éste era también el motivo de los herederos de Gershwin, que defendían su “protección” de la obra de George Gershwin. Se niegan, por ejemplo, a dar una licencia para *Porgy and Bess* a nadie que se niegue a incluir a afroamericanos en el reparto¹⁹³. Esa es su visión de cómo debería controlarse esta parte de la cultura estadounidense, y querían que esta ley les ayudara a efectuar este control.

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

Esto era lo que argumentábamos en un escrito final. No solo apoyar la CTEA significaría que no habría límites al poder del Congreso para extender copyrights, –extensiones que concentrarían aun más el mercado–; también significaría que no habría límites al poder del Congreso para escoger y premiar favoritos, mediante el copyright, a la hora de decidir quién tiene derecho a hablar y quién no.

Entre febrero y octubre, no hice nada que no fuese prepararme para este caso. Desde el principio, como ya dije, marqué la estrategia a seguir.

El Tribunal Supremo estaba dividido en dos campos importantes. A un campo lo llamamos “los conservadores”. Al otro lo llamamos “los Demás”. Los conservadores incluían al magistrado jefe Rehnquist y a los jueces O’Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. Estos cinco habían sido los más sistemáticos en limitar el poder del Congreso. Eran los cinco que habían apoyado la serie de casos de López/Morrison que decía que un poder enumerado tenía que interpretarse para asegurar que los poderes del Congreso tenían límites.

“Los demás” eran los cuatro magistrados que se habían opuesto fuertemente a los límites al poder del Congreso. Estos cuatro, –los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer–, habían argumentado repetidamente que la Constitución le daba al Congreso una amplia discreción para decidir cuál era la

mejor manera de implementar sus poderes. Caso tras caso, estos jueces habían defendido que el papel del Tribunal debería ser de respeto. Aunque los votos de estos cuatro magistrados eran los votos con los que personalmente había estado de acuerdo de una forma más sistemática, eran también los votos que con menos probabilidad íbamos a conseguir.

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

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

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

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

Esto era por tanto el núcleo de nuestra estrategia, –una estrategia de la que soy responsable–. Conseguiríamos que el Congreso viera que igual que con el caso de López, según el argumento del gobierno ahora, el Congreso siempre tendría un poder ilimitado para extender los plazos ya existentes. Si había algo claro acerca del poder del Congreso bajo la Cláusula de Progreso, era que se suponía que este poder estaba “limitado”. Nuestro objetivo era que el Tribunal

conciliara a Eldred con López: si el poder del Congreso para regular el comercio era limitado, entonces, de la misma forma, también debe estarlo el poder del Congreso para regular el copyright.

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

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

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

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

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

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

“Tengo miedo de que a menos que vean de verdad el daño, no van a estar dispuestos a perturbar esta práctica que el gobierno dice que ha sido una práctica sistemática durante doscientos años. Tienes que hacerles ver el daño, –hacerles ver el daño apasionadamente–. Porque si no ven eso, no tenemos ninguna posibilidad de ganar”.

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

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

No todo el mundo tuvo que esperar en la cola. Aquellos que conocen a los magistrados pueden pedir los asientos que controlan (Le pedí a la oficina del juez Scalia asientos para mis padres, por ejemplo). Miembros del colegio de abogados del Tribunal Supremo pueden conseguir un asiento en una sección especial reservada para ellos. Y los senadores y los congresistas también tienen un lugar especial en el que pueden sentarse. Y, finalmente, por supuesto la prensa tiene una galería, igual que los escribanos que trabajan para los jueces del Tribunal. Cuando entramos esa mañana no había ni un sitio libre. Era una vista sobre la ley de la propiedad intelectual, y sin embargo los vestíbulos estaban llenos. Cuando entré para sentarme enfrente del Tribunal, vi a mis padres sentados a la izquierda. Cuando me senté detrás de la mesa, vi a Jack Valenti sentado en la sección especial habitualmente reservada para la familia de los jueces.

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

La jueza O'Connor me detuvo al minuto de empezar. La parte histórica la estaba molestando.

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

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

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

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

Juez Kennedy: Bueno, supongo que implícito en su argumentación está que la ley del 76 también debería anularse, y que deberíamos dejarla tranquila debido a la desorganización que causaría, es que por todos esos años la ley ha impedido el progreso de las ciencias y las artes útiles. Simplemente no veo ninguna prueba empírica de eso.

Aquí sigue un claro error mío. Como un profesor corrigiendo a un estudiante, respondí:

Mr. Lessig: Señoría, no estamos presentando una demanda empírica en absoluto. Nada en nuestra demanda en torno a la Cláusula del Copyright se basa en la afirmación empírica sobre el que se impida el progreso. Nuestro único argumento es que éste es un límite estructural necesario para asegurar que bajo las leyes del copyright no se permitirá un plazo que de hecho sea a perpetuidad.

Ésta era una respuesta correcta, pero no era la respuesta acertada. La respuesta acertada era, al contrario, que había un daño evidente y profundo. Toda una serie de escritos habían sido elaborados sobre esto. Él quería oírlo. Y éste es el momento en el que el consejo de Don Ayer debería haber importado. Esto era una bola lenta; mi respuesta fue batear con fuerza y fallar.

El segundo punto vino del magistrado jefe, para quien se había preparado todo el caso. Porque el magistrado jefe había preparado toda la decisión del caso López, y esperábamos que vería este caso como un gemelo del anterior.

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

Magistrado jefe: Bueno, pero ustedes quieren más que eso. Ustedes quieren el derecho de copiar literalmente libros de otra gente, ¿no?

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

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

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

Cuando Olson terminó, fue mi turno para dar la refutación final. Los azotes de Olson me habían devuelto la rabia. Pero mi rabia todavía estaba dirigida hacia lo académico, no hacia lo práctico. El gobierno estaba argumentando que si éste era el primer caso en la historia en el que se consideraba imponer límites al poder del Congreso sobre la Cláusula de Copyright y Patentes. Siempre el profesor y no el abogado, terminé señalando la larga historia del Tribunal de imponer límites al poder del Congreso en nombre de la Cláusula de Copyright y Patentes, –de hecho, el primer caso en la historia que atacaba una ley del Congreso por exceder un específico poder enumerado estaba basado en la Cláusula de Copyright y Patentes–. Todo cierto. Pero no iba a hacer que el Tribunal se pusiera de mi parte.

Cuando abandoné el tribunal ese día, sabía que había cien ideas que ojalá hubiera podido volver a expresar. Había cientos de preguntas que ojalá hubiera respondido de una forma diferente. Pero una manera de pensar en este caso me hacía sentirme optimista.

Le habían preguntado al gobierno una y otra vez, ¿cuál es el límite? Una y otra vez había respondido que no había ningún límite. Ésta era precisamente la respuesta que yo quería que oyese el Tribunal. Porque no podía imaginar cómo podría entender el Tribunal que el gobierno creía que el poder del Congreso era ilimitado bajo los términos de la Cláusula de Copyright, y sostener el argumento del gobierno. El fiscal general había expresado mi argumento por mí. Da igual cuántas veces lo intentara, no podía entender cómo el Tribunal podría hallar que el poder del Congreso bajo la Cláusula de Comercio estaba limitado, pero ilimitado bajo la de Copyright. En esos raros momentos

en que me permitía creer que habíamos triunfado, era porque sentía que este Tribunal, –en particular los Conservadores–, se sentiría obligado él mismo por el imperio de la ley que había establecido en otro sitio.

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

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

Mi razonamiento. Aquí había un caso que apilaba todo el dinero del mundo en contra del razonamiento. Y aquí estaba el último profesor ingenuo de derecho, recorriendo los libros en busca de un razonamiento.

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

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

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

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

Sin embargo, ¿según qué derecho llegaban a decidir qué valores de los padres de la Constitución respetarían? ¿Según qué derecho llegaban ellos, –los cinco silenciosos–, a seleccionar la parte de la Constitución que harían cumplir basándose en los valores que consideraban importantes? Estábamos justo de vuelta al argumento que al principio dije que odiaba: había fracasado a la hora de convencerlos

de que el asunto en cuestión era importante, y había fracasado a la hora de reconocer que, por mucho que odie un sistema en el que el Tribunal decide escoger los valores constitucionales que respetará, ése es el sistema que tenemos.

Los jueces Breyer y Stevens formularon dos votos particulares que disentían con fuerza de la decisión del Tribunal. La opinión de Stevens estaba elaborada dentro de la ley: argumentaba que la tradición de la propiedad intelectual no debería apoyar esta injustificada extensión de plazos. Basaba su argumentación en un análisis paralelo que había dominado en el contexto de las patentes (igual que habíamos hecho nosotros). Pero el resto del Tribunal no tuvo en cuenta el paralelismo, –sin explicar cómo las mismas palabras en la Cláusula de Progreso podían venir a significar cosas completamente diferentes dependiendo de si las palabras eran sobre patentes o sobre copyrights–. El Tribunal dejó el alegato de Stevens sin contestar.

La opinión del juez Breyer, quizá la mejor opinión que jamás haya escrito, era externa a la Constitución. Argumentaba que el plazo de los copyrights había llegado a ser tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos. Habíamos dicho que, bajo el plazo actual, un copyright le daba a un autor el 99,8% del valor de un plazo a perpetuidad. Breyer dijo que estábamos equivocados, que la cifra real era el 99.9997% del plazo a perpetuidad. De cualquier forma, la idea era clara: si la Constitución decía que un plazo tenía que ser “limitado”, y el plazo existente era tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos, entonces era inconstitucional.

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

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

La primera ira estaba dirigida contra los cinco “Conservadores”. Una cosa habría sido que hubieran explicado por qué el principio de López no valía para este caso. Eso no habría sido un argumento muy convincente, creo, habiendo leído cómo otros lo formulan y habiendo intentado formularlo yo mismo. Pero al menos habría sido un acto de integridad. Estos jueces en particular habían dicho repetidamente que el modo apropiado de interpretar la Constitución era el “originalismo”, –comprender primero el texto de los autores originales, interpretado en su contexto, a la luz de la estructura de la

Constitución—. Ese método había producido López y muchas otras decisiones “originalistas”. ¿Dónde estaba ahora su originalismo?

Aquí se habían unido a una opinión que nunca, ni una vez, había intentado explicar lo que los padres de la Constitución habían querido decir al diseñar la Cláusula de Progreso como lo hicieron; se unieron a una opinión que nunca, ni una vez, intentó explicar cómo la estructura de esa cláusula afectaría la interpretación del poder del Congreso. Y se unieron a una opinión que ni siquiera intentó explicar por qué esta concesión de poder podría ser ilimitada, mientras que la Cláusula de Comercio sí sería limitada. En suma, se unieron a una opinión que no se aplicaba y que era incoherente con respecto a su propio método de interpretar la Constitución. Esta opinión bien puede que diera un resultado que les gustara. No producía una razón que fuera coherente con sus propios principios.

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

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

Cuando leí de arriba a abajo la transcripción de esa vista en octubre, pude ver un centenar de sitios en las que las respuestas podrían haber llevado la conversación en direcciones diferentes, en las que la verdad sobre el daño que causaría este poder sin freno se le podría haber dejado clara a este Tribunal. El juez Kennedy quería de buena fe que se lo mostrara. Yo, como un idiota, corregí su pregunta. El juez Souter de buena fe quería que le mostrara los daños a la Primera Enmienda. Yo, como un profesor de matemáticas, reformulé la pregunta para dejar clara la conclusión lógica. Les había mostrado cómo podían anular esta ley del Congreso si querían. Había un centenar de sitios en los que les podría haber ayudado a querer hacerlo, y sin embargo mi testarudez, mi rechazo a dar mi brazo a torcer, me detuvo. Me había presentado ante cientos de públicos intentando persuadir; había usado la pasión en ese esfuerzo por persuadir; pero me negué a presentarme ante este público e intentar persuadirlos con la pasión

que había usado en otros lugares. Ésa no era la base sobre la que un tribunal debería decidir sobre el asunto.

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

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

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

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

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

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

De hecho, el fallo del Tribunal Supremo hace probable que estemos viendo el principio del fin del dominio público y el nacimiento del copyright a perpetuidad. El dominio público ha sido un magnífico experimento, uno que no deberíamos dejar morir. La capacidad de inspirarse libremente en la entera



©2003 R. BOLLING 633 www.tomthedancingbug.com

producción de la humanidad es una de las razones de que vivamos en un tiempo de un fermento tan fructíferamente creativo.

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

La imagen que siempre tendré fija en mi cabeza es una evocada por la cita de *The New York Times*. ¿Se ha acabado el “magnífico experimento” que llamamos el “dominio público”? Cuando bromeo sobre ello, pienso, “cariño, he encogido la Constitución”. Pero raramente puedo bromear sobre ello. Teníamos en nuestra Constitución un compromiso con la cultura libre. En el caso que engendré, el Tribunal Supremo renunció de hecho a ese compromiso. Un abogado mejor les habría hecho ver la cuestión de una forma diferente.

Capítulo 14: Eldred II

El día que se falló Eldred el destino quiso que tuviera que viajar a Washington D.C. (El día que la petición de una nueva vista para Eldred fue rechazada, –lo que significaba que el caso estaba definitivamente cerrado–, el destino quiso que tuviera que dar un discurso a tecnólogos en Disney World). Éste era un vuelo particularmente largo a la ciudad que menos me gusta. El trayecto en auto desde el aeropuerto duró una eternidad debido al tráfico, así que abrí mi computador y escribí un artículo de opinión.

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

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

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

U otros dos nombres. Porque dependiendo de tu perspectiva, esto es bien “La Ley del Aumento del Dominio Público” o “La Ley de la Desregulación del Plazo del Copyright”. En cualquiera de los dos casos, la esencia de la idea era clara y evidente: eliminar el copyright de allí donde no está haciendo nada salvo bloquear el acceso y la difusión del conocimiento. Déjalo tanto tiempo como el Congreso permita para esas obras que valga la pena pagar al menos un dólar. Pero para todo lo demás deja a los contenidos en libertad.

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

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

Como describí en el capítulo 10, en 1976 se eliminaron las formalidades en la ley de copyright, cuando el Congreso siguió a los europeos abandonando cualquier requisito legal antes de que se conceda un copyright¹⁹⁴. Se dice que los europeos ven el copyright como un “derecho natural”. Los derechos naturales no necesitan formalidades para existir. Los europeos pensaban que las tradiciones, como la tradición anglo-americana que exigía que los dueños de copyright siguieran las formalidades si querían que se protegieran sus derechos, no respetaban la dignidad del autor de una forma apropiada. Mi derecho como creador gira en torno a mi creatividad, no al favor especial del gobierno.

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

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

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

Incluso habría que haber resistido esto, no obstante, debido a que el registro en los siglos XIX y XX era todavía caro. Era también un incordio. La abolición de las formalidades prometía no solo la salvación de viudas famélicas, sino también aligerar una carga innecesariamente regulatoria impuesta sobre los creadores.

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

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

Nadie piensa, por ejemplo, que la tierra es propiedad de segunda clase porque tú tengas que registrar las escrituras en el juzgado si quieres que la

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

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

Ésta era la comprensión del problema con la Ley de Sonny Bono que intentamos demostrarle al Tribunal. Ésta fue la parte que no “entendió”. Como vivimos en un sistema sin formalidades, no hay una manera fácil de usar o basarse en la cultura de nuestro pasado. Si los plazos del copyright fueran, como el juez Story dijo que deberían ser, “cortos”, entonces esto no importaría mucho. Durante catorce años, bajo el sistema original, una obra estaría presuntamente controlada. Después de catorce años, estaría presuntamente sin control.

Pero ahora que los copyrights pueden durar cien años, la incapacidad de saber qué está protegido y qué no lo está se convierte en una carga enorme y evidente para el proceso creativo. Si la única forma en la que una biblioteca puede ofrecer una exhibición en Internet sobre el *New Deal* es contratar un abogado para obtener los derechos de cada imagen y sonido, entonces el sistema de copyright está imponiendo cargas a la creatividad de una manera que nunca había visto antes porque no hay formalidades.

La Ley Eldred fue diseñada para responder a exactamente este problema. Si vale un dólar para ti, entonces registra tu obra y puedes conseguir el plazo más largo. Otros sabrán cómo contactarte y, por tanto, cómo conseguir tu

permiso si quieren usar tu obra. Y tú obtendrás el beneficio de un plazo extendido de copyright.

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

Algunos se preocupan de la carga para los autores. ¿No significará la carga de registrar la obra que un dólar es de verdad algo erróneo? ¿No vale el incordio más de un dólar? ¿No es ése el verdadero problema con el registro?

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

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

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

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

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

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

Al principio de este libro conté dos historias sobre la forma en la que la ley reacciona a los cambios tecnológicos. En una prevalecía el sentido común. En la otra el sentido común quedaba a un lado. La diferencia entre las dos historias era el poder de la oposición, –el poder de la parte que luchaba por defender el statu quo–. En ambos casos, la nueva tecnología amenazaba intereses viejos. Pero solo en un caso tenían esos intereses el poder para protegerse contra esta nueva amenaza de competencia.

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

Cuando la cuestión es la piratería, es correcto que la ley respalde a los dueños de copyright. La piratería comercial que describí está mal y es dañina, y las leyes deberían esforzarse para eliminarla. Cuando la cuestión es el intercambio

P2P, es fácil entender por qué la ley todavía respalda a los propietarios: gran parte de ese intercambio está mal, aunque mucho sea inofensivo. Cuando la cuestión es los plazos del copyright para los Mickey Mouse del mundo, todavía es posible comprender por qué las leyes favorecen a Hollywood: la mayoría de la gente no se da cuenta de las razones para limitar los plazos del copyright; por tanto es posible ver buena fe en su resistencia.

Pero cuando los dueños del copyright se oponen a una propuesta como la Ley Eldred, entonces, finalmente, hay un ejemplo que desenmascara el puro egoísmo que impulsa esta guerra. Esta ley liberaría una extraordinaria gama de contenidos que de otra forma están sin usar. No interferiría con los deseos de ningún dueño de copyright de continuar ejerciendo control sobre sus contenidos. Simplemente liberaría lo que Kevin Kelly llama la “Materia Oscura de Contenidos” que llena archivos en todo el mundo. Así que cuando los guerreros se oponen a un cambio como éste, deberíamos hacer una simple pregunta: ¿Qué es lo que realmente quiere esta industria?

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

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

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

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

Todo esto parece resultar fácilmente de esta tranquila aceptación de la “propiedad” en la propiedad intelectual. El sentido común la apoya, y mientras lo

haga lloverán los asaltos contra las tecnologías de Internet. La consecuencia será cada vez más una “sociedad del permiso”. El pasado puede cultivarse sólo si puedes identificar el dueño y ganar su permiso para basarte en su obra. El futuro estará controlado por esta mano muerta (y a menudo inencontrable) del pasado.

Conclusión

Hay más de 35 millones de personas en todo el mundo con el virus del SIDA. De ellas, 25 millones viven en el África subsahariana. Diecisiete millones ya han muerto. Diecisiete millones de africanos es equivalente porcentualmente a siete millones de estadounidenses. Aunque más importante es el hecho de que son diecisiete millones de africanos.

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

Estos medicamentos son caros. Cuando se introdujeron por primera vez en los EE.UU. costaban entre 10.000 y 15.000 dólares por persona al año. Hoy algunos cuestan 25.000 dólares al año. A estos precios, ningún país africano puede permitirse los medicamentos necesarios para la inmensa mayoría de su población: 15.000 dólares es treinta veces la renta per cápita de Zimbabwe. A estos precios, estos fármacos son totalmente imposibles de conseguir¹⁹⁵.

Estos precios no son altos porque los componentes de los medicamentos sean caros. Estos precios son altos porque los medicamentos están protegidos por patentes. Las compañías farmacéuticas que produjeron estas mezclas que salvan vidas gozan de al menos veinte años de monopolio sobre sus invenciones. Emplean el poder del monopolio para extraer del mercado lo máximo que pueden. Ese poder es usado a su vez para mantener altos los precios.

Hay muchos que son escépticos con respecto a las patentes, especialmente las patentes de fármacos. No soy uno de ellos. De hecho, de todas las áreas de investigación que deberían ser apoyadas por las patentes, la investigación de medicamentos es, en mi opinión, el caso más claro en el que las patentes son precisas. La patente le da a la farmacéutica alguna seguridad de que si tiene éxito inventando un nuevo fármaco para tratar una enfermedad, podrá recuperar su inversión y tener ganancias. Esto es, socialmente, un incentivo de un

valor extraordinario. Yo soy la última persona que defendería que las leyes habrían de abolirlo, al menos sin otros cargos en contra.

Pero una cosa es apoyar las patentes, incluso las patentes de fármacos. Otra es determinar el mejor método de enfrentarse a una crisis. Y a medida que los líderes africanos comenzaron a reconocer la devastación que el SIDA traía consigo, empezaron a buscar formas de importar tratamientos del HIV a costos significativamente por debajo del precio de mercado.

En 1997 Sudáfrica lo intentó por una ruta específica. Aprobó una ley que permitía la importación de medicamentos patentados que hubieran sido producidos o vendidos en los mercados de otro país con el consentimiento del dueño de la patente. Por ejemplo, si el fármaco era vendido en la India, podía ser importado desde allí a África. Esto se llama “importación paralela”, y está generalmente permitida bajo las leyes del comercio internacional y específicamente permitida dentro de la Unión Europea¹⁹⁶.

Sin embargo, el gobierno de EE.UU. se opuso a esta ley. En realidad, hizo más que oponerse. Tal y como lo caracterizó la Asociación Internacional de la Propiedad Intelectual, “el gobierno de EE.UU. presionó a Sudáfrica [...] para que no permitiera las licencias obligatorias o las importaciones paralelas”¹⁹⁷. A través de la Oficina del Representante de Comercio de EE.UU., el gobierno estadounidense le pidió a Sudáfrica que cambiara la ley, –y para añadir presión a esa petición, en 1998 la USTR incluyó a Sudáfrica en la lista de posibles sanciones comerciales–. Ese mismo año más de cuarenta compañías farmacéuticas comenzaron procesos en los tribunales sudafricanos para cuestionar las acciones de su gobierno. En ese momento se le unieron a los EE.UU. otros gobiernos de la UE. Afirmaban, como hacían las farmacéuticas, que Sudáfrica estaba violando sus obligaciones bajo las leyes internacionales, al discriminar un tipo particular de patente, –las patentes farmacéuticas–. La exigencia de estos gobiernos, con los EE.UU. a la cabeza, era que Sudáfrica respetara estas patentes como respeta cualquier otra patente, sin prestar mayor atención a cualquier efecto que pudiera tener en el tratamiento del SIDA en Sudáfrica¹⁹⁸.

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

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

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

En lugar de todo esto, el argumento a favor de restringir el flujo de información, necesario para salvar millones de vidas, era un argumento acerca de la santidad de la propiedad¹⁹⁹. Fue debido a que podría violarse la “propiedad intelectual” que se defendió que estos fármacos no habían de fluir hacia África. Fue un principio sobre la importancia de la “propiedad intelectual” lo que impulsó a estos gobiernos a intervenir en contra de la respuesta sudafricana contra el SIDA.

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

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

La corrupción es el fracaso de la integridad de nuestros propios políticos. Pues a las farmacéuticas les encantaría, –dicen, y yo las creo–, vender sus productos a los precios más bajos posibles en África y otros lugares. Hay cuestiones que

tendrían que resolver para asegurarse de que los fármacos no volvieran a EE.UU., pero esos son meros problemas tecnológicos. Pueden superarse.

Un problema diferente, sin embargo, no puede superarse. Es el miedo al político amante de los focos que llamaría a los presidentes de las compañías farmacéuticas a una vista en el Senado o el Congreso y les preguntaría: “¿Cómo es que venden este fármaco contra el HIV en África por sólo un dólar la pastilla, pero el mismo medicamento le cuesta 1.500 dólares a un estadounidense?” Como no hay una respuesta que suene bien a esa pregunta, el resultado sería inducir la regulación de precios en EE.UU. La industria farmacéutica por tanto evita esta espiral evitando el primer paso. Refuerzan la idea de que la propiedad debería ser sagrada. Adoptan una estrategia racional en un contexto irracional, con la consecuencia involuntaria de que quizá mueran millones. Y así esa estrategia racional se presenta en términos de este ideal: la santidad de una idea llamada “propiedad intelectual”.

De manera que, cuando el sentido común de tu hijo te mire a la cara, ¿qué le dirás? Cuando el sentido común de una generación se rebele contra lo que hemos hecho, ¿cómo justificaremos lo que hemos hecho? ¿Qué argumento hay?

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

Pero nosotros, como cultura en general, hemos perdido este sentido del equilibrio. Hemos perdido el ojo crítico que nos ayude a ver la diferencia entre la verdad y el extremismo. Un determinado fundamentalismo de la propiedad, que no tiene ningún vínculo con nuestra tradición, reina ahora en nuestra cultura, –de un modo extraño y sorprendente, y con consecuencias más graves con respecto a la difusión de ideas y de cultura que prácticamente cualquier otra decisión política que como una democracia podamos tomar.

Una simple idea nos ciega y, al amparo de la oscuridad, muchas cosas ocurren que la mayoría rechazaríamos si cualquiera de nosotros abriese los ojos. De un modo tan falto de crítica aceptamos la idea de la propiedad de ideas que ni

siquiera nos damos cuenta de cuán monstruoso es negarle ideas a gente que se está muriendo sin ellas. De un modo tan falto de crítica aceptamos la idea de propiedad de la cultura que ni siquiera cuestionamos cuándo el control de esa propiedad elimina nuestra capacidad, como pueblo, de desarrollar nuestra cultura democráticamente. La ceguera se convierte en nuestro sentido común. Y el reto para cualquiera que quiera reclamar el derecho a cultivar nuestra cultura es hallar un modo de hacer que este sentido común abra los ojos.

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

En agosto de 2003 comenzó una lucha en los EE.UU. en torno a la decisión de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de suspender un encuentro²⁰⁰. A petición de un amplio espectro de grupos de intereses, la OMPI había decidido celebrar un encuentro para discutir “proyectos abiertos y de colaboración para crear bienes públicos”. Éstos son proyectos que han tenido éxito a la hora de producir bienes públicos sin basarse exclusivamente en un uso propietario, cerrado, de la propiedad intelectual. Algunos ejemplos son Internet y la World Wide Web, ambos desarrollados a partir de protocolos en el dominio público. Incluía una emergente tendencia para apoyar las revistas académicas abiertas, incluyendo el proyecto de la Biblioteca Pública de Ciencias que describo en el Epílogo. Incluía un proyecto para desarrollar polimorfinos de un único nucleótido (SNPs en inglés), los cuales se piensa que tienen gran importancia para la investigación biomédica (El proyecto, sin ánimo de lucro, comprendía un consorcio del Wellcome Trust y compañías farmacéuticas y tecnológicas, entre ellas Amersham Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffman-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer y Searle). Incluía el Sistema de Posicionamiento

Global (GPS), que Ronald Reagan liberó a principio de los ochenta. E incluía “el código abierto y el software libre”.

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

Desde la perspectiva de este libro, por tanto, el congreso era ideal²⁰¹. Los proyectos dentro de su radio de acción incluían trabajos comerciales y no comerciales. Primordialmente tenían que ver con las ciencias, pero desde muchas perspectivas. Y la OMPI era el espacio perfecto para esta discusión, dado que la OMPI es la institución internacional más prominente a la hora de tratar cuestiones de propiedad intelectual.

En realidad, una vez me llamaron al orden en público por no reconocer este hecho con respecto a la OMPI. En febrero de 2003 di un discurso en el congreso preparatorio de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (WSIS en inglés). En una conferencia de prensa anterior al discurso me preguntaron qué iba a decir. Respondí que hablaría un poco de la importancia que tenía, en el desarrollo de una sociedad de la información, el equilibrio en el ámbito de la propiedad intelectual. Entonces la moderadora para el evento me interrumpió puntualmente para informarnos a mí y a los periodistas reunidos que la WSIS no discutiría ninguna cuestión de propiedad intelectual, ya que esas cuestiones eran dominio exclusivo de la OMPI. En realidad, en la charla que había preparado había hecho de la propiedad intelectual un punto menor. Pero después de esta asombrosa afirmación, convertí la propiedad intelectual en el único tema de mi charla. No hay forma de hablar de “La Sociedad de la Información” a menos que uno hable también del abanico de información y cultura que serían libres. Mi charla no dejó muy contenta a mi inmoderada moderadora. Y sin duda ella tenía razón en que la gama de protecciones de la propiedad intelectual era habitualmente la materia de la que se nutre la OMPI. Pero no se puede hablar demasiado de cuánta propiedad intelectual se necesita ya que, en mi opinión, la idea misma de equilibrio en la propiedad intelectual se había perdido.

Así que, pudiera o no discutir la WSIS el asunto del equilibrio en la propiedad intelectual, pensé que se daba por sentado que la OMPI podía y debía hacerlo. Y por tanto el encuentro sobre “proyectos abiertos y de colaboración para crear “bienes públicos” parecía perfectamente apropiado dentro de la agenda de la OMPI.

Pero hay un proyecto dentro de esa lista que es muy controvertido, al menos para los grupos de presión. Ese proyecto es “el código abierto y el software libre”. Microsoft en particular recela de discusiones sobre este tema. Desde su punto de vista, un congreso para discutir código abierto y software libre sería un congreso para discutir el sistema operativo de Apple. Tanto el código abierto como el software libre compiten con el software de Microsoft. E internacionalmente, muchos gobiernos han empezado a explorar el requisito de que se use código abierto o software libre, en vez de “software propietario”, para sus propios usos internos.

No pretendo entrar en este debate ahora. Solo es importante dejar claro que la distinción no es entre software comercial y no comercial. Hay muchas compañías importantes que dependen fundamentalmente del código abierto y el software libre: IBM es la más prominente de todas ellas. IBM está cambiando de modo creciente su enfoque hacia el sistema operativo GNU/Linux, el famoso pedacito de “software libre”, –e IBM es enfáticamente una entidad comercial–. Por tanto, apoyar “código abierto y software libre” no es oponerse a entidades comerciales. Es, al contrario, apoyar un modelo de desarrollo de software que es distinto al de Microsoft²⁰².

De un modo más relevante para nuestros propósitos, apoyar “el código abierto y el software libre” no es oponerse al copyright. “El código abierto y el software libre” no es software en el dominio público. Por el contrario, como el software de Microsoft, los dueños del copyright del software libre y de código abierto insisten con fuerza en que se respeten los términos de sus licencias por parte de aquellos que adoptan el software libre y de código abierto. Los términos de esa licencia son distintos, sin duda, de los términos de una licencia de software propietario. El software libre licenciado bajo la Licencia Pública General (GPL en inglés), por ejemplo, exige que el código fuente del software lo haga disponible cualquiera que modifique y redistribuya el software. Si el copyright no gobernara el software, entonces el software libre no podría imponer el mismo tipo de requisitos a aquellos que lo adoptan. Depende, por tanto, de las leyes del copyright en la misma medida que Microsoft.

Es por ello comprensible que, como desarrollador de software propietario, Microsoft se opusiera a este encuentro de la OMPI, y es comprensible que usara a sus lobbies para conseguir que el gobierno de EE.UU. también se opusiera. Y de hecho esto es exactamente lo que se dijo que había ocurrido. Según Jonathan Krim, del *Washington Post*, los miembros del lobby de Microsoft lograron que el gobierno de EE.UU. vetara el encuentro²⁰³. Y sin apoyo de los EE.UU., el encuentro se suspendió.

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

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

Estas afirmaciones son asombrosas a varios niveles.

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

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

Tercero, incluso si uno creyera que el fin de la OMPI es maximizar los derechos de propiedad intelectual, en nuestra tradición los derechos de propiedad intelectual pertenecen a individuos y a corporaciones. Ellos deciden qué hacer con esos derechos porque, de nuevo, son sus derechos. Si quieren “prescindir” o “renunciar” a sus derechos, es algo, dentro de nuestra tradición, totalmente

apropiado. Cuando Bill Gates da más de 20.000 millones de dólares para hacer el bien en el mundo, eso no es incoherente con el sistema de la propiedad. Es algo, al contrario, que es justo aquello en lo que se supone consiste el sistema de propiedad: darle al individuo el derecho a decidir qué hace con su propiedad.

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

Hay una historia de exactamente un derecho de propiedad semejante que es bien conocido en la tradición anglo-americana. Se llama “feudalismo”. Bajo el feudalismo, no solo estaba la propiedad en las manos de un número relativamente pequeño de individuos y entidades. Y no solo eran vastos y poderosos los derechos que acompañaban a esta propiedad. Sino que el sistema feudal tenía un gran interés en asegurarse que los propietarios dentro de ese sistema no debilitaran el feudalismo liberando gente o propiedad al pasarla al control del libre mercado. El feudalismo dependía del máximo control y concentración. Combatió cualquier libertad que pudiera interferir con ese control.

Como Peter Drahos y John Braithwaite cuentan, ésta es precisamente la opción que estamos escogiendo con respecto a la propiedad intelectual²⁰⁴. Tendremos una sociedad de la información. Eso es seguro. Nuestra única decisión ahora es si esa sociedad de la información será libre o feudal. La tendencia es hacia la feudal.

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

George, tu malinterpretas a Lessig: está únicamente hablando del mundo tal y como debería ser (“la meta de la OMPI, y la meta de todo gobierno, debería ser promover el equilibrio correcto con respecto a los derechos de propiedad intelectual, no simplemente promover los derechos de propiedad intelectual”), no como es. Si estuviéramos hablando del mundo tal y como es, por supuesto que Boland no dijo nada equivocado. Pero en el mundo que querría Lessig, por supuesto que lo hizo. Presta siempre atención a la diferencia entre el mundo de Lessig y el nuestro.

Se me escapó la ironía la primera vez que lo leí. Lo leí rápidamente y pensé que estaba apoyando la idea de que buscar un equilibrio es lo que nuestro

gobierno debería hacer (Por supuesto, mi crítica a Boland no era sobre si ella buscaba un equilibrio o no; mi crítica era que sus afirmaciones revelaban un error propio de un estudiante de primero de derecho. No me hago ilusiones sobre el extremismo de nuestro gobierno, ya sea republicano o demócrata. Mi única ilusión es sobre si nuestro gobierno debería decir la verdad o no).

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

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

Pero cuando se ha llegado a que se considere tonto suponer que el papel de nuestro gobierno habría de ser "buscar el equilibrio", entonces denme por tonto, porque eso significa que esto ha llegado a ser serio de verdad. Si debería ser obvio para todos que el gobierno no busca un equilibrio, que el gobierno es simplemente un instrumento de los grupos de presión más poderosos, que la idea de medir al gobierno de acuerdo a otro estándar es absurda, que la idea de exigir del gobierno que diga la verdad y no mentiras es ingenua, entonces ¿en qué, nosotros, la democracia más poderosa del mundo, nos hemos convertido?

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

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

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

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

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

El peligro en la concentración de los medios no viene de la concentración, sino del feudalismo que esta concentración, ligada al cambio en el copyright, produce. No es solo que haya unas pocas compañías poderosas que controlan una tajada cada vez mayor de los medios. Es el hecho de que esta concentración pueda conjurar una gama igualmente inflada de derechos, –derechos de la propiedad de una forma históricamente extrema–, lo que hace que su enorme tamaño sea malo.

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

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

Mientras escribo estas palabras finales, las noticias andan llenas de historias sobre las demandas de la RIAA contra casi trescientos individuos²⁰⁵. Eminem ha sido demandado por “samplear” música de otro²⁰⁶. La historia de Bob Dylan “robándole” a un autor japonés ya se ha acabado²⁰⁷. Un insider de Hollywood, –que insiste en permanecer en el anonimato–, refiere “una asombrosa conversación con esta gente de un estudio. Tienen extraordinarios contenidos [antiguos] que les encantaría usar, pero no pueden porque no pueden ni empezar a obtener los derechos. Tienen docenas de jóvenes que podrían hacer cosas sorprendentes con los contenidos, pero serían precisos docenas de abogados para aclarar la

situación antes de hacer nada". Hay congresistas que están hablando de liberar virus informáticos que destruyan ordenadores que se piense que violan las leyes. Hay universidades que están amenazando de expulsión a jóvenes que usan un ordenador para compartir contenidos.

Mas en la otra orilla del Atlántico, la BBC acaba de anunciar que construirá un "Archivo Creativo", del cual los ciudadanos británicos pueden descargar contenidos, convertirlo, mezclarlo y grabarlo²⁰⁸. Y en Brasil, el Ministro de Cultura, Gilberto Gil, él mismo un héroe popular de la música brasileña, se ha unido a Creative Commons para distribuir contenidos y licencias libres en ese país latinoamericano²⁰⁹.

He contado una historia sombría. La verdad está más mezclada. Una tecnología nos ha dado una nueva libertad. Lentamente, algunos comienzan a entender que esta libertad no significa anarquía. Podemos llevar una cultura libre con nosotros al siglo XXI sin que los artistas pierdan y sin que el potencial de la cultura digital sea destruido. Será preciso pensar, y de un modo aun más importante, será preciso que algunos transformen a las RCAs de nuestro tiempo en los Causby.

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

Epílogo

Al menos algunos que hayan leído hasta aquí estarán de acuerdo conmigo en que algo debe hacerse para cambiar el rumbo en el que vamos. El equilibrio de este libro describe el mapa de qué puede hacerse.

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

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

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

Nosotros, ahora

El sentido común está con los guerreros del copyright porque hasta este momento el debate ha quedado definido por los extremos, –como un enorme “o esto o lo otro”: o propiedad o anarquía, o control total o no se paga a los artistas–. Si ésta es verdaderamente la decisión a tomar, entonces los guerreros deberían ganar.

El error aquí es excluir el punto medio. Hay extremos en este debate, pero los extremos no representan todo lo que hay. Hay aquellos que creen en el

máximo copyright, –“Todos los Derechos Reservados”–, y aquellos que rechazan el copyright, –“Ningún Derecho Reservado”–. Los de “Todos los Derechos Reservados” creen que deberías pedir permiso antes de “usar” de cualquier modo una obra con copyright. Los de “Ningún Derecho Reservado” creen que deberías poder hacer lo que tú quieras con los contenidos, sin que importe que tengas permiso o no.

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

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

Lo que se necesita es una manera de decir algo que esté en el medio, –ni “todos los derechos reservados” ni “ningún derecho reservado”, sino un “algunos derechos reservados”–, y por tanto una manera de respetar el copyright pero que posibilite que los creadores liberen contenidos de la manera que les parezca más apropiada. En otras palabras, necesitamos una forma de restaurar una serie de libertades que antes simplemente podíamos dar por sentadas.

Reconstruyendo libertades previamente dadas por supuestas: ejemplos

Si das un paso atrás y te alejas de la batalla que he estado aquí describiendo, reconocerás este problema a partir de otros contextos. Piensa en el derecho a la intimidad. Antes de Internet, la mayoría de nosotros no tenía que preocuparse mucho en relación a la información sobre nuestras vidas que le

transmitimos al mundo. Si entrabas en una librería y hojeabas algunas de las obras de Carlos Marx, no tenías que preocuparte de que tendrías que explicarles a tus vecinos o a tu jefe tus hábitos a la hora de hojear libros.

¿Qué aseguraba esto?

Bueno, si lo pensamos en términos de las modalidades descritas en el capítulo 10, tu intimidad estaba asegurada gracias a una arquitectura ineficiente a la hora de recoger datos y, por tanto, a las limitaciones del mercado (costos) para cualquiera que quisiera recopilar esos datos. Si se sospechaba que eras un espía para Corea del Norte mientras trabajabas para la CIA, entonces sin duda tu privacidad no estaba asegurada. Pero eso es debido a que la CIA (esperemos) consideraría de suficiente interés el gastarse los miles de dólares necesarios para seguirte la pista. Sin embargo, en la mayoría de los casos (de nuevo, esperamos), espiarnos no “se paga bien”. La arquitectura altamente ineficiente del espacio real implica que todos podemos disfrutar de una robusta dosis de intimidad. Esa intimidad nos está garantizada por la *fricción* [multiplicidad de contactos, roces, que se tienen en el mundo real con el entorno]. No por ley (no hay leyes que protejan la “intimidad” en lugares públicos), y en muchos lugares, no por la norma (curiosear y chismear es divertido), sino, al contrario, por los costos que la *fricción* le impone a cualquiera que quiera espiar.

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

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

Es esta realidad la que explica la presión por parte de muchos para definir qué es la “intimidad” en Internet. El reconocimiento de que la tecnología puede eliminar todo aquello que la *fricción* nos dio antes es lo que conduce a muchos a promover leyes que hagan lo que la *fricción* hacía antes²¹⁰. Y ya estés a favor

de estas leyes o no, aquí lo que importa es el patrón. Hemos de tomar medidas activas que nos aseguren el tipo de libertad que antes se nos proporcionaba pasivamente. Un cambio en la tecnología nos fuerza ahora a los que creemos en la intimidad a actuar de una forma afirmativa donde, antes, la privacidad se nos daba por defecto.

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

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

En un entorno académico, al menos, ésta no es una idea tremendamente radical. En un departamento de matemáticas, cualquiera tiene la libertad de jugar con la demostración que otro ha ofrecido previamente. Si tú creías que tenías una forma mejor de demostrar un teorema, podías tomar lo que otro había hecho y cambiarlo. En un departamento de Lenguas Clásicas, si pensabas que la traducción hecha por un colega de un texto recientemente descubierto tenía errores, gozabas de la libertad de mejorarla. Así, para Stallman, parecía obvio que deberías ser libre para jugar y mejorar el código que se ejecutaba en una máquina. Esto también era conocimiento. ¿Por qué no habría de estar abierto a críticas como cualquier otra cosa?

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

Por tanto, la práctica del código propietario empezó a expandirse, y para el principio de los ochenta Stallman se encontró rodeado de código propietario. El mundo del software libre había sido borrado por un cambio en la economía de la informática. Y según creía él, si no hacía nada, entonces la libertad de cambiar y compartir software sería debilitada de un modo fundamental.

Así que, en 1984, Stallman comenzó un proyecto para construir un sistema operativo libre, de manera que al menos una rama del software libre sobreviviera. Eso fue el nacimiento del proyecto GNU, al cual se añadió el “kernel” Linux de Linus Torvalds para así producir el sistema operativo GNU/Linux.

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

Stallman, por tanto, estaba haciendo por el código lo que los defensores del derecho a la intimidad hacen ahora por la privacidad. Estaba buscando una forma de reconstruir un tipo de libertad que antes se había dado por sentada. A través del uso activo de licencias que marcan obligaciones al código con copyright, Stallman estaba reclamando de hecho un espacio en el que el software libre pudiera sobrevivir. Estaba protegiendo activamente lo que antes se había garantizado pasivamente.

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

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

En general no hay nada malo con todo esto, y de hecho la capacidad de cobrar por el acceso, incluso, a materiales en el dominio público es un buen incentivo para que la gente desarrolle formas nuevas e innovadoras de difundir el conocimiento. Las leyes están de acuerdo, y es por esto que se ha permitido

que florezcan Lexis y Westlaw. Y si no hay nada malo con vender el dominio público, entonces no puede haber nada malo, en principio, con vender el acceso a materiales que no están en el dominio público.

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

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

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

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

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

Reconstruyendo la cultura libre: una idea

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

He aquí Creative Commons. Creative Commons es una corporación sin ánimo de lucro establecida en Massachusetts, pero que tiene su sede en la Universidad de Stanford. Su meta es construir una capa de copyright razonable por encima de los extremos que reinan hoy día. Y esto lo lleva a cabo facilitándole a la gente el construir a partir de las obras de otra gente, al simplificar la forma en la que los creadores determinan los grados de libertad que otros tienen a la hora de tomar y construir sobre sus obras. Etiquetas sencillas hacen esto posible, al ser etiquetas ligadas a descripciones que las personas pueden leer, licencias descritas en esquemas claros.

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

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

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

Éste es solamente un proyecto entre muchos dentro de Creative Commons. Y por supuesto, Creative Commons no es la única organización en busca de estas libertades. Pero el punto que distingue a Creative Commons de muchas otras es que no estamos interesados sólo en hablar sobre un dominio público o en conseguir que los legisladores ayuden a construir un dominio público. Nuestra meta es construir un movimiento de consumidores y productores de contenidos (“conductores de contenidos”, como los llama la abogada Mía Garlick) que ayuden a construir un dominio público y, por medio de su obra, demuestren la importancia del dominio público para otras formas de creatividad.

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

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

¿Por qué un editor habría de estar de acuerdo con esto? Sospecho que éste fue el razonamiento del editor: Hay dos tipos de gente: (1) los que comprarán el libro de Cory Doctorow sin que importe o no que esté en Internet, y (2) los que nunca comprarán un libro de Cory, si no está disponible gratis en Internet. Una parte de (1) se bajará el libro de Cory en vez de comprárselo. Llamémosle los malos (1). Una parte de (2) se bajará el libro de Cory, les gustará, y entonces

decidirán comprárselo. Llamémosles los buenos (2). Si hay más buenos (2) que malos (1), la estrategia de publicar el libro de Cory gratis en Internet probablemente incrementará las ventas del libro de Cory.

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

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

Éstos son ejemplos de cómo usar creative commons para difundir mejor contenido propietario. Creo que éste es un uso maravilloso y común de los Commons. Hay otros que usan licencias de Creative Commons por otras razones. Muchos de los que usan la “licencia de sampleados” lo hacen porque cualquier otra cosa sería una hipocresía. La licencia de sampleado dice que otros tienen la libertad, para propósitos comerciales y no comerciales, de samplear contenidos de la obra licenciada; solamente que no tienen la libertad de hacer copias de la obra licenciada y ponerlas a disposición de otros. Esto es coherente con su propio arte, –también ellos samplean a otros–. Dado que los costos legales de samplear son tan altos (Walter Leaphart, manager del grupo de rap Public Enemy, que nació sampleando la música de otros, ha afirmado que ya no “permite” que Public Enemy samplee nada más, debido a lo altos que son los costos legales²¹¹), Estos artistas difunden en el entorno creativo contenidos que otros pueden usar como base para construir los suyos propios, de manera que esta forma de creatividad pueda crecer.

Finalmente, hay muchos que marcan su contenido con una licencia de Creative Commons simplemente porque quieren dejarles claro a los demás la importancia del equilibrio en este debate. Si te dejas llevar por el sistema tal y como está, estás efectivamente diciendo que crees en el modelo de “Todos los Derechos Reservados”. Lo cual está muy bien por lo que a ti respecta, pero muchos no piensan así. Muchos creen que por muy apropiadas que sean las reglas para Hollywood y los anormales, no es una descripción de la forma en la que muchos creadores ven los derechos asociados con sus contenidos. La licencia de Creative Commons expresa esta noción de “Algunos Derechos Reservados”, y da a muchos la oportunidad de decírselo a otros.

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

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

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

Ellos, pronto

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

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

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

1. Más formalidades

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

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

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

¿Por qué?

Tal y como sugerí en el capítulo 10, el motivo para abolir las formalidades es bueno. En un mundo anterior a las tecnologías digitales, las formalidades imponían a los dueños de copyright una carga sin muchos beneficios. Así, se progresó cuando las leyes relajaron los requisitos formales por los que tenía que pasar un dueño de copyright para proteger y asegurar su obra. Esas formalidades se perdieron en el proceso.

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

Las leyes deben cambiar por tanto este requisito²¹², pero no deben cambiar para volver al viejo y roto sistema. Debemos exigir formalidades, pero debemos establecer un sistema que cree los incentivos para minimizar la carga de estas formalidades.

Las formalidades importantes son tres: marcar obras con copyright, registrar copyrights, y renovar las exigencias de copyright. Tradicionalmente, la primera de las tres era algo que el dueño del copyright hacía él mismo; las dos últimas eran algo que hacía el gobierno. Pero un sistema revisado de formalidades eliminaría

al gobierno del proceso, excepto para el único propósito de aprobar estándares desarrollados por otros.

Registro y renovación

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

Mas siempre me resulta sorprendente el que nosotros, que venimos de una tradición de extraordinaria innovación en lo tocante al diseño del gobierno, ya no podamos pensar innovadoramente acerca de cómo las funciones del gobierno podrían ser diseñadas. Solo porque haya un propósito público para un rol del gobierno, eso no implica que el gobierno tenga que administrar ese rol. En lugar de esto, deberíamos estar creando incentivos para que grupos privados sirvan al público, sujetos a los estándares que marque el gobierno.

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

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

tiempo que produciría una base de datos de registros que facilitaría el liberar contenidos bajo licencia.

Marcar

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

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

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

Empecemos con este último punto. Si el dueño de un copyright permite que su obra se publique sin un aviso de copyright, la consecuencia de ese olvido no ha de ser la pérdida de copyright. La consecuencia podría ser, al contrario, que cualquiera tenga el derecho a usar esta obra, hasta que el dueño del copyright se queje y demuestre que esa obra es suya y que no da permiso²¹³. El significado de una obra no marcada sería por tanto “úsala a menos que alguien se queje”. Si alguien se queja, entonces la obligación sería dejar de usar la obra en cualquier creación nueva a partir de entonces, pero no se impondría ninguna pena a los usos llevados a cabo hasta ese momento. Esto crearía un fuerte incentivo para que los dueños de copyright marquen sus obras, lo cual a su vez implica la cuestión de cuál es la mejor manera de marcar una obra. Aquí, de nuevo, el sistema necesita ajustarse conforme evolucionen las tecnologías. La mejor

forma de asegurarse que el sistema evoluciona es limitar el papel de la Oficina de Copyright a la aprobación de estándares para marcar contenidos que hayan sido elaborados en otro sitio.

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

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

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

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

2. Plazos más cortos

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

En *The Future of Ideas*, propuse un plazo de setenta y cinco años, concedido en incrementos de cinco años con el requisito de renovarlos cada cinco años. Eso pareció radical en su momento. Pero después de que perdimos Eldred contra Ashcroft, las propuestas se hicieron aun más radicales. *The Economist* apoyó una propuesta para un plazo de catorce años²¹⁴. Otros han propuesto ligar el plazo al plazo de las patentes.

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

(1) *Que sea corto*: El plazo debería ser tan largo como sea preciso para proporcionar incentivos a la hora de crear, pero no más. Si quedara ligado a fuertes protecciones para los autores (de manera que los autores pudieran reclamar derechos de los editores), los derechos a la misma obra (no obras derivadas) podrían extenderse más. La clave es no atar la obra con regulaciones legales cuando ya no beneficia a su autor.

(2) *Que sea sencillo*: La línea entre el dominio público y el contenido protegido debe quedar clara. A los abogados les gusta la indefinición de “uso justo” y las distinciones entre “ideas” y “expresión”. Esa clase de leyes les proporciona mucho trabajo. Pero nuestros legisladores tenían una idea más sencilla: protegido frente a no protegido. El valor de plazos más cortos es que hay poca necesidad de insertar excepciones en el copyright cuando el plazo mismo es corto. Una “zona libre de abogados” que sea clara y activa hace que sea menos necesario navegar en torno a las complejidades de “uso justo” e “idea/expresión”.

(3) *Que esté vivo*: Se debería tener que renovar el copyright. Especialmente si el plazo máximo es largo, se debería obligar al dueño a que señale periódicamente que quiere que la protección continúe. Esta necesidad no tendría por qué ser una carga onerosa, pero no hay razón para que esta protección del monopolio sea gratuita. En promedio, a un veterano le lleva noventa minutos solicitar una pensión²¹⁵. Si hacemos que los veteranos sufran esa carga, no veo por qué no habríamos de exigirles a los autores que dediquen diez minutos cada cincuenta años a rellenar un único formulario.

(4) *Que anticipe el futuro*: Sea cuál sea el plazo del copyright, la lección más clara que enseñan los economistas es que el plazo no debe extenderse una vez dado. Puede que haya sido un error en 1923 por parte de las leyes el darle solamente un plazo de cincuenta y seis años. Yo no lo creo, pero es posible. Si fue un error, entonces la consecuencia es que tenemos menos autores que crearan en 1923 de los que tendríamos de otra manera. Pero no podemos corregir ese error hoy extendiendo el plazo. Hagamos lo que hagamos hoy, no incrementaremos el número de autores que escribían en 1923. Por supuesto, podemos incrementar las retribuciones para aquellos que escriben hoy (o, alternativamente, incrementar la carga del copyright que asfixia muchas obras que son hoy invisibles). Pero incrementar su recompensa no incrementará su creatividad en 1923. Lo que no se ha hecho no se ha hecho, y ya no hay nada que podamos hacer hoy.

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

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

3. Uso libre frente a uso justo

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

Nuestra Constitución le da al Congreso el poder de conceder a los autores “derechos exclusivos” sobre “sus escritos”. El Congreso les ha dado a los autores un derecho exclusivo sobre “sus escritos” más cualquier escrito derivado (hecho por otros) que esté lo suficientemente cerca de la obra original del autor. De manera que, si yo escribo un libro y tú basas una película en ese libro, tengo el poder de negarte el derecho a difundir esa película, incluso si esa película no es “mis escritos”.

El Congreso concedió lo que son los principios de este derecho en 1870, cuando expandió los derechos exclusivos del copyright para incluir el derecho de controlar traducciones y dramatizaciones de una obra²¹⁶. Lentamente los tribunales lo han expandido desde entonces mediante interpretaciones judiciales. Esta expansión ha recibido el comentario de uno de los grandes jueces de esta ley, Benjamin Kaplan.

Hemos llegado a estar tan habituados a la extensión del monopolio a una amplia gama de las así llamadas obras derivadas, que ya no percibimos lo extraño que es aceptar semejante crecimiento del copyright mientras que todavía entonamos el abracadabra de idea y expresión²¹⁷.

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

Plazo: Si el Congreso quiere conceder un derecho derivado, entonces ese derecho debería ser por un plazo mucho más corto. Tiene sentido proteger el derecho de John Grisham a vender los derechos cinematográficos de su última

novela (o al menos estoy dispuesto a admitir que tiene sentido); pero no lo tiene el que ese derecho rija por el mismo plazo que el copyright subyacente. El derecho derivado podría ser importante para inducir la creatividad; una vez que la obra esta hecha, no tiene importancia por demasiado tiempo.

Radio de acción: De la misma manera, debería estrecharse el radio de acción de derechos sobre obras derivadas. De nuevo, hay algunos casos en los que los derechos derivados son importantes. Éstos deberían ser especificados. Pero la ley debería dibujar líneas claras en torno a usos regulados y no regulados de materiales con copyright. Cuando todo el “reuso” de material creativo estaba dentro del control de las distintas compañías, quizá tenía sentido el pedir que los abogados negociaran las distintas líneas. Mas ya no tiene sentido que los abogados negocien estas líneas. Pensemos en todas las posibilidades creativas que nos permiten las tecnologías creativas; ahora imaginemos echarles melaza a las máquinas. Esto es lo que le hacen los requisitos generales de permisos al proceso creativo. Lo asfixian.

Ésta es la idea que Alben dejó clara cuando describió la creación del CD de Clint Eastwood. Mientras que sí tiene sentido exigir negociaciones para derechos derivados por anticipado, –convertir un libro en una película–, o un poema en una partitura, no tiene sentido exigir negociaciones para lo imposible de prever. Aquí, un derecho estatutario habría tenido mucho más sentido.

En cada uno de estos casos las leyes deberían marcar los usos que están protegidos, y la suposición general debería ser que los demás usos no lo están. Esto es justo lo contrario a lo que mi colega Paul Goldstein recomienda²¹⁸. Su opinión es que las leyes deberían escribirse de manera que la expansión de las protecciones siga a la expansión de los usos.

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

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

4. *Liberen la música –de nuevo*

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

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

El propósito del copyright, con respecto a los contenidos en general y la música en particular, es crear incentivos para que se componga, interprete y, de un modo más importante, se difunda música. Las leyes logran esto dándole al compositor un derecho exclusivo para que controle las interpretaciones de sus obras y a los intérpretes para que controlen las copias de estas mismas interpretaciones.

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

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

Cualquier reforma de las leyes necesita enfocarse en estos cuatro usos. Debe evitar poner cargas sobre los hombros del tipo D incluso si busca eliminar el tipo A. El entusiasmo con el que las leyes persiguen eliminar al tipo A, además, debe depender de la magnitud del tipo B. Igual que ocurrió con los reproductores de video, si el efecto neto de compartir no hace verdaderamente

mucho daño, la necesidad de regular queda disminuida de un modo significativo.

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

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

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

En ese mundo será extremadamente fácil conectarse a servicios que te den, sin más, acceso, –tales como la radio digital, a contenidos que se le proporcionan al usuario cuando éste los pide–. He aquí, entonces, la cuestión fundamental: cuando es extremadamente fácil conectarse a servicios que den acceso a contenidos, será más fácil descargar y almacenar contenidos en los muchos dispositivos que tendrás a tu disposición para reproducir contenidos. Será más fácil, en otras palabras, suscribirse que convertirse en el administrador de una base de datos, que es precisamente lo que es cualquiera que opere en el mundo del intercambio de archivos por medio de tecnologías inspiradas en Napster. Los servicios de contenidos competirán con el intercambio de contenidos, incluso si estos servicios cobran por el contenido al que dan acceso. Ya hay servicios de telefonía móvil en Japón que ofrecen música (por una tarifa) a través de los celulares (mejorados con auriculares para móviles). Los japoneses están pagando

por estos contenidos incluso si hay contenido “gratis” en la Red en forma de MP3s²¹⁹.

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

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

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

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

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

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

Este sistema también crearía un incentivo para que las discográficas mantuvieran sus obras disponibles comercialmente. Las obras que estuvieran disponibles comercialmente no estarían sujetas a esta licencia. Por tanto, las discográficas podrían proteger el derecho a cobrar lo que quieran por contenidos si los mantienen disponibles de un modo comercial. Pero si no hacen esto, mientras que al contrario los discos duros de fans por todo el mundo lo mantienen vivo, entonces el importe de los derechos que hubiera que pagar por una copia debería ser mucho menor que el debido a una discográfica.

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

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

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

provocó graves enfermedades a miles de mineros, la tecnología de las redes digitales ha dañado los intereses de la industria de los contenidos.

Amo Internet, y por tanto no me gusta que la comparen al tabaco o al amianto. Pero la analogía es justa desde el punto de vista de la ley. Y sugiere una respuesta justa: antes que buscar destruir Internet, o las tecnologías P2P que están dañando a los proveedores de contenidos, deberíamos buscar una forma relativamente sencilla de compensar a aquellos que reciben este daño. La idea sería una modificación de una propuesta que hizo circular William Fisher, profesor de derecho en Harvard²²⁰. Fisher sugiere una forma muy ingeniosa para esquivar el callejón sin salida en el que halla Internet. De acuerdo con su plan, todos los contenidos susceptibles de transmitirse digitalmente serían (1) marcados con una huella digital (no importa lo fácil que es evitar estas marcas; ya veremos que no hay incentivos para hacerlo). Una vez que los contenidos han sido marcados, los empresarios desarrollarán (2) sistemas que controlen cuántos ejemplares de cada contenido se distribuyeron. A partir de estos números, (3) después se compensará a los artistas. La compensación sería pagada por un (4) impuesto al efecto.

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

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

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

Esta competencia ya ha tenido lugar en el marco de la música “gratuita” obtenible en los sistemas P2P. Como han sabido los vendedores de la televisión por cable durante treinta años, y los vendedores de agua embotellada por mucho más tiempo, no hay absolutamente nada imposible en la “competencia con lo gratuito”. De hecho, si es que hay algo a mencionar, la competencia incita a los competidores a ofrecer productos más nuevos y baratos. De esto se trata, precisamente el libre mercado. Por tanto en Singapur, aunque la piratería es galopante, los cines son frecuentemente de lujo, –con asientos “de primera clase”, y comidas servidas mientras ves la película–, al tiempo que se esfuerzan y triunfan a la hora de encontrar formas de competir con “lo gratuito”.

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

En resumen, por tanto, ésta es mi propuesta:

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

Podemos minimizar este daño al tiempo que maximizamos el beneficio para la innovación

1. al garantizar el derecho a tomar parte en el intercambio de tipo D;

2. al permitir que el intercambio no comercial del tipo C sin obligaciones legales, y que el intercambio comercial de este tipo se produzca con una tasa baja y fija determinada por un estatuto;

3. mientras estamos en esta transición, al recaudar impuestos y ofrecer compensaciones para el intercambio de tipo A, en la medida en que se demuestre un daño real.

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

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

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

5. Despide a un montón de abogados

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

Mas gran parte de este libro es una crítica de los abogados, o del papel que los abogados han tenido en este debate. La ley habla de ideales, pero en mi opinión nuestra profesión ha llegado a sintonizar demasiado con los clientes. Y en un mundo en el que los clientes ricos tienen una opinión muy firme, la

falta de voluntad a la hora de cuestionar esta firme opinión o contrarrestarla con otras desvirtúa las leyes.

La prueba de esta desviación es convincente. Muchos en mi profesión me atacan tachándome de “radical”, y sin embargo las posturas que defiendo son precisamente las posturas de algunas de las figuras más moderadas y significativas en la historia de esta rama del derecho. Muchos, por ejemplo, piensan que es una locura que desafiáramos la Ley de Extensión del Plazo del Copyright. Y sin embargo hace treinta años, al estudioso y practicante más prominente en el campo del copyright, Melville Nimmer, le pareció algo obvio²²¹.

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

Se supone que los economistas han de ser buenos en calcular costos y beneficios. Pero en la mayoría de los casos, los economistas, sin tener ni idea de cómo el sistema legal funciona de verdad, asumen que los costos del sistema legal son pequeños²²². Ven un sistema que ha estado funcionando durante cientos de años, y asumen que funciona de la misma forma en la que se lo enseñaron en su clase de Educación Cívica en la escuela primaria.

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

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

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

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

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

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

Deberíamos preguntar: “¿Por qué?” Demuéstrame que hace falta tu regulación de la cultura. Demuéstrame que produce un bien. Y mientras no puedas demostrarme estas dos cosas, que tus abogados no se acerquen.

A lo largo de este texto hay referencias a enlaces en Internet. Como ya sabe cualquiera que haya intentado usar la Red, estos enlaces pueden ser muy inestables. He intentado remediar esta inestabilidad redirigiendo a los lectores a la fuente original a través del sitio asociado a este libro. Para cada uno de los enlaces que siguen, es posible ir a <http://free-culture.cc/notes> y localizar la fuente original haciendo click en el número que sigue a la #. Si el enlace original sigue vivo, se te redireccionará ese enlace. Si el enlace original ha desaparecido, se te redireccionará a una referencia apropiada para el material.

Prefacio

1. David Pogue, “Don’t Just Chat, Do Something”, *The New York Times*, 30 de enero de 2000.
2. Richard M. Stallman, *Free Software, Free Societies* 57 (Joshua Gay, ed. 2002).
3. William Safire, “The Great Media Gulp”, *The New York Times*, 22 de mayo de 2003.

Introducción

4. St. George Tucker, *Blackstone’s Commentaries* 3 (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1969), 18.
5. Los Estados Unidos contra Causby, U.S. 328 (1946): 256, 261. El tribunal halló que podía haber una “expropiación” si el uso de sus tierras por parte del gobierno efectivamente destruía el valor de la tierra de los Causby. Este ejemplo me fue sugerido por el maravilloso artículo de Keith Aoki “(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship”, *Stanford Law Review* 48 (1996): 1293, 1333. Véase también Paul Goldstein, *Real Property* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1984), 1112-13.
6. Lawrence Lessig, *Man of High Fidelity: Edwin Howard Armstrong* (Philadelphia: J. B. Lipincott Company, 1956), 209.
7. Véase “Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era”, First Electronic Church of America, en www.webstationone.com/fecha, disponible en el enlace #1.
8. Lessig, 226.
9. Lessig, 256.
10. Amanda Lenhart, “The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide”, Pew Internet and American Life Project, 15 de abril de 2003: 6, disponible en el enlace #2.
11. Éste no es el único propósito del copyright, aunque es el propósito abrumadoramente primordial del copyright establecido en la constitución federal. La ley estatal del copyright históricamente protegía

no sólo los intereses comerciales en lo que respecta a la publicación, sino también un interés por permanecer anónimo. Al concederles a los autores el derecho exclusivo a la primera publicación, la ley estatal del copyright les daba el poder de controlar la difusión de datos sobre ellos. Véase Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, 198-200.

12. Véase Jessica Litman, *Digital Copyright* (New York: Prometheus Books, 2001), capítulo 13.
13. Amy Harmon, “Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club”, *The New York Times*, 17 de enero de 2002.
14. Neil W. Netanel, “Copyright and a Democratic Civil Society”, *Yale Law Journal* 106 (1996): 283.

“Piratería”

15. Bach contra Longman, 98 Eng. Rep. 1274 (1777) (Mansfield).
16. Véase Rochelle Dreyfuss, “Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation”, *Notre Dame Law Review* 65 (1990): 397.
17. Lisa Bannon, “The Birds May Sing, but Campers Can’t Unless They Pay Up”, *Wall Street Journal*, 21 de agosto de 1996, disponible en el enlace #3; Jonathan Zittrain, “Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins”, *Boston Globe*, 24 de noviembre de 2002.
18. En *The Rise of the Creative Class* (New York: Basic Books, 2002), Richard Florida documenta un cambio en la naturaleza del trabajo, en dirección a un trabajo creativo. Su obra, no obstante, no trata directamente de las condiciones legales bajo las cuales la creatividad se hace posible o queda asfixiada. Estoy ciertamente de acuerdo con él en lo que respecta a la importancia y la significación de estos cambios, pero también creo que las condiciones bajo las que serán posibles son mucho más tenues.

Capítulo 1: Creadores

19. Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons* (New York: Penguin Books, 1987), 34-35.
20. Les estoy agradecido a David Gerstein y a su cuidadosa historia, descrita en el enlace #4. Según Dave Smith de los Archivos Disney, Disney pagó royalties para usar la música de cinco canciones en *Steamboat Willie*: “Steamboat Bill”, “The Simpleton” (Delille), “Mischievous Makers” (Carbonara), “Joyful Hurry No. 1” (Baron), and “Gawky Rube” (Lakay). Una sexta canción, “The Turkey in the Straw”, ya estaba en el dominio público. Carta de David Smith a Harry Surden, 10 de julio de 2003, copia en mano del autor.
21. Él también era un fan del dominio público. Véase Chris Sprigman, “The Mouse that Ate the Public Domain”, Findlaw, 5 de marzo de 2002, en enlace #5.
22. Hasta 1976, la ley del copyright concedía al autor la posibilidad de tener dos plazos: un plazo inicial y un plazo renovado. He calculado el plazo “medio” determinando la media ponderada del total de registros para un año determinado y la proporción de renovaciones. De manera que, si se registran 100 copyrights en el año 1, y solamente 15 se renuevan, y el plazo de renovación es 28 años, entonces el plazo medio es 32.2. Para los datos de renovación y otros datos relevantes, véase el sitio web asociado con este libro, disponible en el enlace #6.
23. Para una excelente historia, véase Scott McCloud, *Reinventing Comics* (New York: Perennial, 2000).
24. Véase Salil K. Mehra, “Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?” *Rutgers Law Review* 55 (2002): 155, 182. “Debe haber una racionalidad económica colectiva que lleve a que los artistas de manga y anime renuncien a

tomar acciones legales contra esta violación de copyright. Una hipótesis es que puede que todos los artistas de manga se beneficien colectivamente si ponen a un lado sus intereses individuales y deciden no hacer cumplir sus derechos legales. Éste esencialmente es un dilema del prisionero resuelto”.

25. El término *propiedad intelectual* es de un origen relativamente reciente. Véase Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 11 (New York: New York University Press, 2001). Véase también Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (New York: Random House, 2001), 293 n. 26. El término describe acertadamente una serie de derechos de «propiedad»-copyright, patentes, marcas registradas y secretos industriales pero la naturaleza de esos derechos es muy diferente.

Capítulo 2: Meros copistas

26. Reese V. Jenkins, *Images and Enterprise* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975), 112.
27. Brian Coe, *The Birth of Photography* (New York: Taplinger Publishing, 1977), 53.
28. Jenkins, 177.
29. Basado en una tabla en Jenkins, p. 178.
30. Coe, 58.
31. Para casos ilustrativos, véase, por ejemplo, *Pavesich* contra *N.E. Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905); *Foster-Milburn Co.* contra *Chinn*, 123090 S.W. 364, 366 (Ky. 1909); *Corliss* contra *Walker*, 64 F. 280 (Mass. Dist. Ct. 1894).
32. Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4 (1890): 193.
33. Véase Melville B. Nimmer, “The Right of Publicity”, *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 203; William L. Prosser, “Privacy”, *California Law Review* 48 (1960) 398-407; *White* contra *Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993).
34. H. Edward Goldberg, “Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations”, *cadalyst*, 1 febrero de 2002, disponible en el enlace #7.
35. Judith Van Evra, *Television and Child Development* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); “Findings on Family and TV Study”, *Denver Post*, 25 mayo de 1997, B6.
36. Entrevista con Elizabeth Daley y Stephanie Barish, 13 de diciembre de 2002.
37. Véase Scott Steinberg, “Crichton Gets Medieval on PCs”, *E!online*, 4 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #8; “Timeline”, 22 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #9.
38. Entrevista con Daley y Barish.
39. *Ibid.*
40. Véase, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, lib. 1, trad. Henry Reeve (New York: Bantam Books, 2000), capítulo 16.
41. Bruce Ackerman y James Fishkin, “Deliberation Day”, *Journal of Political Philosophy* 10 (2) (2002): 129.
42. Cass Sunstein, *Republic.com* (Princeton: Princeton University Press, 2001), 65-80, 175, 182, 183, 192.
43. Noah Shachtman, “With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot”, *The New York Times*, 16 de enero de 2003, G5.
44. Entrevista telefónica con David Winer, 16 de abril de 2003.
45. John Schwartz, “Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online”, *The New York Times*, 2 de febrero de 2003, A28; Staci D. Kramer, “Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall”, *Online Journalism Review*, 2 de febrero de 2003, disponible en el enlace #10.

46. Véase Michael Falcone, “Does an Editor’s Pencil Ruin a Web Log?” *The New York Times*, 29 de septiembre de 2003, C4. (“No todas las organizaciones de noticias han sido tan comprensivas con los empleados que tienen su blog. Kevin Sites, un corresponsal de la CNN en Irak que comenzó un blog sobre sus informaciones sobre la guerra el 9 de marzo, dejó de publicar doce días más tarde a petición de sus jefes. El año pasado, Steve Olafson, un reportero del Houston Chronicle, fue despedido por mantener un weblog personal, publicado bajo seudónimo, que trataba de algunos de los asuntos y las personas que estaba cubriendo”).
47. Véase, por ejemplo, Edward Felten y Andrew Appel, “Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship”, *Communications of the Association for Computer Machinery* 43 (2000): 9.

Capítulo 3: Catálogos

48. Tim Goral, “Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges \$97.8 Billion in Damages”, *Professional Media Group LCC* 6 (2003): 5, disponible en 2003 WL 55179443.
49. Encuesta del empleo ocupacional, U.S. Dept. of Labor (2001) (27-2042—Musicians and Singers). Véase también National Endowment for the Arts, *More Than One in a Blue Moon* (2000).
50. Douglas Lichtman expresa una idea relacionada en “KaZaA and Punishment”, *Wall Street Journal*, 10 de septiembre de 2003, A24.

Capítulo 4: “Piratas”

51. Quiero darle las gracias a Peter DiMauro por dirigirme a esta historia extraordinaria. Véase también Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 87-93, que detalla las «aventuras» de Edison con el copyright y las patentes.
52. J. A. Aberdeen, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers* (Cobblestone Entertainment, 2000) y textos expandidos publicados en “The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws», disponible en el enlace #11. Para una discusión de los motivos económicos detrás de tanto estos límites como los límites impuestos por Victor a los fonógrafos, véase Randal C. Picker, “From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright” (septiembre de 2002), University of Chicago Law School, James M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 159.
53. Marc Wanamaker, “The First Studios”, *The Silents Majority*, archivado en el enlace #12.
54. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright: Hearings on S. 6330 and H.R. 19853 Before the (Joint) Committees on Patents, 59th Cong. 59, 1st sess. (1906) (declaración del senador Alfred B. Kittredge, de Dakota del Sur, presidente), reimpresso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hack- ensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).
55. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 223 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).
56. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 226 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).
57. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 23 (declaración de John Philip Sousa, compositor).
58. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 283-84 (declaración de Albert Walker, representante de la Auto-Music Perforating Company of New York).
59. To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 376 (memorandum preparado por Philip Mauro, consejo general de patentes de la *American Graphophone Company Association*).

60. Copyright Law Revision: Hearings on S. 2499, S. 2900, H.R. 243, y H.R. 11794 Before the (Joint) Committee on Patents, 60th Cong., 1st sess., 217 (1908) (declaración del senador Reed Smoot, presidente), reimpresso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).
61. Copyright Law Revision: Report to Accompany H.R. 2512, House Committee on the Judiciary, 90th Cong., 1st sess., House Document no. 83, 66 (8 March 1967). Le agradezco a Glenn Brown el haberme llamado la atención sobre este informe.
62. Véase 17 *United States Code*, secciones 106 and 110. Al principio, las discográficas imprimían «No licenciado para emisión radiofónica» y otros mensajes con el propósito de restringir la capacidad de tocar un disco en una emisora de radio. El juez Learned Hard rechazó el argumento de que un aviso pegado a un disco podía restringir los derechos de la emisora. Véase *RCA Manufacturing Co. contra Whiteman*, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). Véase también Randal C. Picker, “From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 281.
63. Copyright Law Revision—CATV: Hearing on S. 1006 Before the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 89th Cong., 2nd sess., 78 (1966) (declaración de Rosel H. Hyde, presidente de la Federal Communications Commission).
64. Copyright Law Revision—CATV, 116 (declaración de Douglas A. Anello, consejo general de la National Association of Broadcasters).
65. Copyright Law Revision—CATV, 126 (declaración de Ernest W. Jenness, consejo general de la Association of Maximum Service Telecasters, Inc.).
66. Copyright Law Revision—CATV, 169 (declaración conjunta de Arthur B. Krim, presidente de United Artists Corp., y John Sinn, presidente de United Artists Television, Inc.).
67. Copyright Law Revision—CATV, 209 (declaración de Charlton Heston, presidente del Screen Actors Guild).
68. Copyright Law Revision—CATV, 216 (declaración de Edwin M. Zimmerman, actuando como ayudante del fiscal general).
69. Véase, por ejemplo, National Music Publisher’s Association, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet—The Myth of Free Information*, disponible en el enlace #13. “La amenaza de la piratería –el uso de la obra creativa de otro sin permiso o compensación– ha crecido con Internet”.

Capítulo 5: “Piratería”

70. Véase IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), *The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003*, julio de 2003, disponible en el enlace #14. Véase también Ben Hunt, “Companies Warned on Music Piracy Risk”, *Financial Times*, 14 de febrero de 2003, 11.
71. Véase Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (New York: The New Press, 2003), 10-13, 209. El acuerdo sobre los Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual (TRIPS en inglés) obliga a las naciones miembro a crear mecanismos administrativos y punitivos para los derechos de propiedad intelectual, una propuesta costosa para los países en vías de desarrollo. Además, los derechos de patentes pueden llevar a precios más altos para industrias básicas como la agricultura. Los críticos de los TRIPS cuestionan la disparidad entre las cargas impuestas a los países en vías de desarrollo y los beneficios conferidos a los países industrializados. Los TRIPS permiten que los gobiernos empleen patentes para usos públicos y no comerciales sin obtener antes el permiso de los dueños de la patente. Las naciones en vías de desarrollo pueden usar esto para recibir los beneficios de las patentes extranjeras a precios más bajos. Ésta es una estrategia prometedora para los países dentro del marco de los TRIPS.

72. Para un análisis del impacto económico de la tecnología de copia, véase Stan Liebowitz, *Rethinking the Network Economy* (New York: Amacom, 2002), 144-90. «En algunas instancias [...] el impacto de la piratería en la capacidad del dueño del copyright para obtener el valor de la obra será insignificante. Un ejemplo obvio es el caso en el que el individuo que se involucra en la piratería no habría comprado un original incluso si la piratería no hubiera sido una opción». *Ibid.*, 149.
73. *Bach* contra Longman, 98 Eng. Rep. 1274 (1777).
74. Véase Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business* (New York: HarperBusiness, 2000). El profesor Christensen examina por qué las compañías que crean y después dominan un área de productos son frecuentemente incapaces de hallar los usos más creativos y transformadores de paradigmas de sus propios productos. Éste trabajo habitualmente recae sobre innovadores externos, quienes reensamblan las tecnologías ya existentes de formas innovadoras. Para una discusión de las ideas de Christensen, véase Lawrence Lessig, *Future*, 89-92, 139.
75. Véase Carolyn Lochhead, «Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare», *San Francisco Chronicle*, 24 de septiembre de 2002, A1; «Rock 'n' Roll Suicide», *New Scientist*, 6 de julio de 2002, 42; Benny Evangelista, «Napster Names CEO, Secures New Financing», *San Francisco Chronicle*, 23 de mayo de 2003, C1; «Napster's Wake-Up Call», *Economist*, 24 de junio de 2000, 23; John Naughton, «Hollywood at War with the Internet» (*London Times*, 26 de julio 2002, 18.
76. Véase Ipsos-Insight, *TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution* (septiembre 2002), informando de que el 28% de los estadounidenses de más de once años de edad han descargado música de Internet y un 30% han escuchado archivos musicales almacenados en sus computadoras.
77. Amy Harmon, «Industry Offers a Carrot in Online Music Fight», *New York Times*, 6 de junio de 2003, A1.
78. Véase Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, 148-49.
79. Véase Cap Gemini Ernst & Young, *Technology Evolution and the Music Industry's Business Model Crisis* (2003), 3. Este informe describe el esfuerzo de la industria musical para estigmatizar la práctica naciente de grabar cassettes en los setenta, incluyendo una campaña de publicidad que incluía una cassette con forma de calavera y el mensaje «Las grabaciones caseras están matando la música». Cuando la cinta digital de audio se convirtió en una amenaza, la Oficina de Valoración Técnica realizó un estudio del comportamiento de los consumidores. En 1988, el 40% de los consumidores mayores de diez años de edad habían grabado música en un formato de cassette. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422 (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, octubre de 1989), 145-56.
80. U.S. Congress, *Copyright and Home Copying*, 4.
81. Véase Recording Industry Association of America, *2002 Yearend Statistics*, disponible en el enlace #15. Un informe posterior indica pérdidas aun mayores. Véase Recording Industry Association of America, *Some Facts About Music Piracy*, 25 de junio de 2003, disponible en el enlace #16: «En los últimos cuatro años, las remesas de música grabada han caído en un 26%, de 1.160 millones de unidades en 1999 a 860 millones de unidades en 2002 en los EE.UU. (basado en unidades enviadas). En términos de ventas, los ingresos han caído en un 14%, de 14.600 millones de dólares en 1999 a 12.600 millones de dólares el año pasado (basado en el valor en dólares estadounidenses de las remesas). La industria musical a nivel mundial caído de ser una industria de 39.000 millones de dólares en 2000 a ser una industria de 32.000 millones de dólares (basado en el valor en dólares estadounidenses de las remesas)».
82. Jane Black, «Big Music's Broken Record», *BusinessWeek* online, 13 de febrero de 2003, disponible en el enlace #17.
83. *Ibid.*

84. Según un cálculo, el 75% de la música publicada por las grandes discográficas ya está descatalogada. Véase Online Entertainment and Copyright Law—Coming Soon to a Digital Device Near You: Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary, 107th Cong., 1st sess. (3 de abril de 2001) (declaración preparada por la Future of Music Coalition), disponible en el enlace #18.
85. Mientras que no hay buenas estimaciones del número de tiendas de discos usados existentes, en 2002 había 7.198 librerías de segunda mano en los EE.UU., un incremento del 20% desde 1993. Véase Book Hunter Press, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market* (2002), disponible en el enlace #19. Los discos de segunda mano supusieron 260 millones de dólares en ventas en 2002. Véase National Association of Recording Merchandisers, “2002 Annual Survey Results”, disponible en el enlace #20.
86. Véase Transcript of Proceedings, In Re: Napster Copyright Litigation at 34- 35 (N.D. Cal., 11 July 2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP, disponible en el enlace #21. Para un relato del litigio y su efecto negativo en Napster, véase Joseph Menn, *All the Rage: The Rise and Fall of Shawn Fanning’s Napster* (New York: Crown Business, 2003), 269-82.
87. Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): Hearing on S. 1758 Before the Senate Committee on the Judiciary, 97th Cong., 1st and 2nd sess., 459 (1982) (testimonio de Jack Valenti, presidente, Motion Picture Association of America, Inc.).
88. Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 475.
89. *Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, 438 (C.D. Cal., 1979).
90. Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 485 (testimonio de Jack Valenti).
91. *Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America*, 659 F. 2d 963 (9th Cir. 1981).
92. *Sony Corp. of America contra Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431 (1984).
93. Éstas son las instancias más importantes en nuestra historia, pero también hay otros casos. La tecnología de la cinta de audio digital (DAT en inglés), por ejemplo, fue regulada por el Congreso para minimizar el riesgo de piratería. El remedio impuesto por el Congreso supuso una carga para los productores de DATs, al gravar las ventas de cintas y controlar la tecnología de la DAT. Véase Audio Home Recording Act of 1992 (Title 17 of the *United States Code*), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237, codified at 17 U.S.C. §1001. Una vez más, sin embargo, esta regulación no eliminó la oportunidad para un viaje gratis en el sentido en el que lo he descrito. Véase Lessig, *Future*, 71. Véase también Picker, “From Edison to the Broadcast Flag”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 293-96.
94. *Sony Corp. of America contra Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 432 (1984).
95. John Schwartz, “New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts”, *New York Times*, 22 de septiembre de 2003, C3.

Propiedad

96. 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), 330, 333-34.
97. Como los realistas legales le enseñaron al derecho estadounidense, todos los derechos de propiedad son intangibles. Un derecho de propiedad es simplemente un derecho que un individuo tiene contra el 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. 241.

Capítulo 6: Fundadores

98. A Jacob Tonson típicamente se le recuerda 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): 424-31.
99. Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville: Vanderbilt University Press, 1968), 151-52.
 100. Como elegantemente argumenta Siva Vaidhyathan, es erróneo llamar a esto una “ley de copyright”. Véase Vaidhyathan, *Copyrights and Copywrongs*, 40.
 101. Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property* (New York: J. Messner, Inc., 1937), 31.
 102. En una carta a un miembro del parlamento en referencia al programa, ahora dependiente de la Cámara de los Comunes, para hacer más relevante la conmemoración del octavo año de reinado de la reina Ana, al evento se le denomina “Un acto para estimular el aprendizaje” y en él se les concede los derechos de las copias de los libros impresos a los autores o compradores de tales copias durante el tiempo antes mencionado (Londres, 1735). En “Brief Amici Curiae” of Tyler T. Ochoa et al., 8, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (Nº., 01-618).
 103. Lyman Ray Patterson, “Free Speech, Copyright, and Fair Use”, *Vanderbilt Law Review* 40 (1987): 28. Para un relato maravilloso, véase Vaidhyathan, 37-48.
 104. Para un relato convincente, véase David Saunders, *Authorship and Copyright* (London: Routledge, 1992), 62-69.
 105. Mark Rose, *Authors and Owners* (Cambridge: Harvard University Press, 1993), 92.
 106. *Ibid.*, 93.
 107. Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 167 (citando a Borwell).
 108. Howard B. Abrams, “The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright”, *Wayne Law Review* 29 (1983): 1152.
 109. *Ibid.*, 1156.
 110. Rose, 97.
 111. *Ibid.*

Capítulo 7: Grabadoras

112. Para una excelente argumentación de que un uso semejante es «uso justo», pero que los abogados no permiten que se reconozca que es un «uso justo», 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.

Capítulo 8: Transformadores

113. 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, quemar», como demuestra este capítulo.
114. U.S. Department of Commerce Office of Acquisition Management, *Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition*, disponible en el enlace #22.

Capítulo 9: Coleccionistas

115. La tentación continúa, sin embargo. 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». Lo cual se cambió sin aviso

- a «Las operaciones de combate de importancia en Irak han terminado». E-mail de Brewster Kahle, 1 de diciembre de 2003.
116. Doug Herrick, "Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress", *Film Library Quarterly* 13 nos. 2-3 (1980): 5; Anthony Slide, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States* (Jefferson, N.C.: McFarland & Co., 1992), 36.
117. Dave Barns, "Fledgling Career in Antique Books: Woodstock Landlord, Bar Owner Starts a New Chapter by Adopting Business", *Chicago Tribune*, 5 September 1997, at Metro Lake 1L. De los libros publicados entre 1927 y 1946, sólo un 2.2 estaban en catálogo en 2002. R. Anthony Reese, "The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks", *Boston College Law Review* 44 (2003): 593 n. 51.

Capítulo 10: "Propiedad"

118. 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): 65 (testimonio de Jack Valenti).
119. Los abogados hablan de la propiedad no como de 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 el mejor esfuerzo destinado a 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), 26-27.
120. Al describir la manera en que la ley afecta a las otras tres modalidades, no pretendo sugerir que las otras tres 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* (New York: Basic Books, 1999): 90-95; Lawrence Lessig, "The New Chicago School", *Journal of Legal Studies*, June 1998.
121. Alguna gente se opone a esta forma de hablar sobre la "libertad". Se oponen porque su centro de atención cuando consideran las restricciones que existen en un momento en particular son restricciones impuestas exclusivamente 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 que esta visión más estrecha es la única visión correcta de la libertad. Como ya argumenté en Código, venimos de una larga tradición de pensamiento político con un centro de atención más amplio que la estrecha cuestión de qué hizo el gobierno cuándo. 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. John R. Commons defendió de una forma famosa la libertad económica de la fuerza laboral de 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* (London: Routledge: 1997), 62. La Ley de Estadounidenses con Discapacidades incrementa la libertad de la gente con discapacidades físicas cambiando la arquitectura de determinados espacios públicos, facilitando así el acceso a ellos; 42 *United States Code*, section 12101 (2000). Cada una de estas intervenciones para cambiar las condiciones existentes cambia la libertad de un determinado grupo. El efecto de esas intervenciones debería tenerse en cuenta para comprender la libertad de hecho con la que puede contar cada uno de estos grupos.

122. 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.
123. Fred Warshofsky, *The Patent Wars* (New York: Wiley, 1994), 170-71.
124. Véase, por ejemplo, James Boyle, "A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?" *Duke Law Journal* 47 (1997): 87.
125. William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* (London: Cambridge University Press, 1953), vol. 1, 485-86: "extinguendo, por simple implicación de la 'ley suprema del país', *los derechos a perpetuidad que los autores tenían o algunos suponían que tenían bajo la jurisprudencia existente*" (las cursivas son mías).
126. Aunque se publicaron 13.000 títulos en los 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* (New York: Bowker, 1972), 141. De las 21.000 impresiones de las que hay noticia antes de 1790, sólo doce fueron registradas bajo copyright bajo 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. Así, la abrumadora mayoría de las obras caían inmediatamente en el dominio público. Incluso aquellas 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 la opción de renovarlo por otros catorce años más. Copyright Act of May 31, 1790, §1, 1 stat. 124.
127. 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 (New York: Practising Law Institute, 1963), 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): 471, 498-501, y las cifras que lo acompañan.
128. Véase Ringer, ch. 9, n. 2.
129. 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.
130. 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).
131. Jonathan Zittrain, "The Copyright Cage", *Legal Affairs*, July/August 2003, disponible en el enlace #26.
132. 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): 1-60 (véase especialmente pp. 53-59).
133. Ésta es una simplificación de la ley, pero no demasiado grande. La ley ciertamente regula 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 ha 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*, section 102) es que si hay una copia, hay un derecho.

134. Así, mi argumento no es que en cada espacio al que se extiende la ley del copyright debamos revocarla. Es, al contrario, que deberíamos tener un buen argumento para extenderla a donde lo hace, y que no deberíamos determinar su alcance en función de cambios arbitrarios y automáticos causados por la tecnología.
135. No quiero decir «naturaliza» en el sentido de que no podría ser diferente, sino 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 copiara de manera que permaneciera el mismo número de copias.
136. Véase David Lange, “Recognizing the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems* 44 (1981): 172-73.
137. *Ibid.* Véase también Vaidhyathan, *Copyrights and Copywrongs*, 1-3.
138. En principio, un contrato debería imponerme un requisito. Podría, por ejemplo, comprarte un libro que incluya un contrato que dice que lo leeré sólo tres veces, o que prometo 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 pasarían necesariamente a cualquiera que comprara más tarde el libro.
139. Véase Pamela Samuelson, “Anticircumvention Rules: Threat to Science”, *Science* 293 (2001): 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.
140. *Sony Corporation of America* contra *Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Rogers nunca cambió de opinión con respecto a los reproductores de video. Véase James Lardner, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR* (New York: W. W. Norton, 1987), 270-71.
141. Para un análisis temprano que adivinaba múltiples aspectos de lo que vendría, véase Rebecca Tushnet, “Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997): 651.
142. 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).
143. Lynette Holloway, “Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide”, *New York Times*, 23 de diciembre de 2002.
144. Molly Ivins, “Media Consolidation Must Be Stopped”, *Charleston Gazette*, 31 de mayo de 2003.
145. James Fallows, “The Age of Murdoch”, *Atlantic Monthly* (September 2003): 89.
146. 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 preparados disponibles en el enlace #28; para la historia de Lear, no incluida en los comentarios preparados, véase el enlace #29).
147. NewsCorp./DirecTV Merger and Media Consolidation: Hearings on Media Ownership Before the Senate Commerce Committee, 108th Cong., 1st sess. (2003) (testimonio de Gene Kimmelman 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.
148. *Ibid.*

149. “Barry Diller Takes on Media Deregulation”, Now with Bill Moyers, Bill Moyers, 25 de abril de 2003, transcripción editada disponible en el enlace #31.
150. 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): 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* (New York: Currency/Doubleday, 2001).
151. 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 NBC, WRC, rechazó los anuncios sin ni siquiera revisarlos. La emisora local afiliada a la ABC, WJOA, originalmente accedió a emitir los anuncios y aceptó pagos por hacerlo, pero más tarde decidió no emitir los anuncios y devolver los pagos recibidos. Entrevista con Neal Levine, 15 de octubre de 2003.
- Estas restricciones, por supuesto, no están limitadas a la política de las drogas. Por ejemplo, Nat Ives, “On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks”, *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 quieran 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): 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. En un ejemplo reciente de San Francisco, la empresa de transportes municipales de San Francisco 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. La base era que las críticas eran «demasiado polémicas».
152. Siva Vaidhyanathan captura una idea similar en sus «cuatro capitulaciones» de la ley del copyright en la era digital. Véase Vaidhyanathan, 159-60.
153. 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. (New York: New York University Press, 1980).

Capítulo 11: Quimera

154. 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. (New York: Oxford University Press, 1996).
155. Para un resumen excelente, véase el informe preparado por GartnerG2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, “Copyright 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 computador familiar, 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 de quienes intercambian archivos. Acuerdos que van de 12.000 a 17.000 dólares para cuatro estudiantes acusados de intercambio masivo de archivos 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 como la RIAA toma como objetivo el intercambio de archivos entre estudiantes, y las citaciones dirigidas a las universidades para que revelaran las identidades de los estudiantes que intercambiaban archivos, 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.

156. OMPI 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.

Capítulo 12: Daños

157. Véase Lynne W. Jeter, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom* (Hoboken, N.J.: John Wiley & Sons, 2003), 176, 204; para detalles del acuerdo, véase el comunicado de prensa de MCI, “MCI Wins U.S. District Court Approval for SEC Settlement” (7 de julio de 2003), disponible en el enlace #37.
158. El proyecto de ley, modelado a partir del modelo de reforma del sistema de agravios californiano, fue aprobado en el Congreso, pero derrotado en una votación del Senado en julio de 2003. Para un panorama general, véase Tanya Albert, “Measure Stalls in Senate: ‘We’ll Be Back,’ Say Tort Reformers”, *amednews.com*, 28 de julio de 2003, disponible en el enlace #38, y “Senate Turns Back Malpractice Caps”, *CBSNews.com*, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #39. El presidente Bush ha seguido presionando a favor de una reforma del sistema de agravios en los últimos meses.
159. Véase Danit Lidor, “Artists Just Wanna Be Free”, *Wired*, 7 de julio de 2003, disponible en el enlace #40. Para una panorámica de la exhibición, véase el enlace #41.
160. Véase Joseph Menn, “Universal, EMI Sue Napster Investor”, *Los Angeles Times*, 23 de abril de 2003. Para un argumento paralelo acerca de los efectos en la innovación en la distribución musical, véase Janelle Brown, “The Music Revolution Will Not Be Digitized”, *Salon.com*, 1 de junio de 2001, disponible en el enlace #42. Véase también Jon Healey, “Online Music Services Besieged”, *Los Angeles Times*, 28 de mayo de 2001.
161. Rafe Needleman, “Driving in Cars with MP3s”, *Business 2.0*, 16 de junio de 2003, disponible en el enlace #43. Gracias al Dr. Mohammad Al-Ubaydli por este ejemplo.
162. “Copyright and Digital Media in a Post-Napster World”, GartnerG2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School (2003), 33-35, disponible en el enlace #44.
163. GartnerG2, 26-27.
164. Véase David McGuire, “Tech Execs Square Off Over Piracy”, *Newsbytes*, 28 de february de 2002 (Entertainment).
165. Jessica Litman, *Digital Copyright* (Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001).
166. La única excepción entre los circuitos judiciales se halla en *Recording Industry Association of America* (RIAA) contra *Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999). Allí el tribunal de apelación para el noveno distrito razonó que los fabricantes de un reproductor

- portátil de MP3s no eran responsables de colaboración en violación de copyright por un aparato que es incapaz de grabar o redistribuir música (un aparato cuya única función de copia es hacer portátil un archivo musical ya almacenado en el disco duro del usuario). Al nivel de los tribunales de distrito, la única excepción se halla en *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. contra Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal., 2003), donde el tribunal halló que el vínculo entre el distribuidor y la conducta de un usuario dada estaba demasiado atenuado como para hacer al distribuidor responsable de responsabilidades de colaboración o sustitución por violación de copyright.
167. Por ejemplo, en julio de 2002, el congresista Howard Berman presentó la Peer-to-Peer Piracy Prevention Act (H.R. 5211), que daría inmunidad a los dueños de copyright frente a daños hechos a computadoras cuando los dueños de copyright usaran tecnología para detener la violación del copyright. En agosto de 2002, el congresista Billy Tauzin presentó un proyecto de ley que ordenaba que las tecnologías capaces de re-emitar copias digitales de películas emitidas en televisión (es decir, computadores) respetaran una «señal de emisión» que imposibilitaría la copia de esos contenidos. Y en marzo del mismo año, el Senador Fritz Hollings presentó la Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act, que hacía obligatoria tecnología de protección del copyright en todos los aparatos de medios audiovisuales. Véase GartnerG2, “Copyright and Digital Media in a Post-Napster World”, 27 de junio de 2003, 33-34, disponible en el enlace #44.
 168. Lessing, 239.
 169. *Ibid.*, 229.
 170. Este ejemplo se derivó de las tarifas fijadas por el procedimiento original del Copyright Arbitration Royalty Panel (CARP), y está sacado de un ejemplo ofrecido por el profesor William Fisher. Conference Proceedings, iLaw (Stanford), 3 de julio de 2003, en mano del autor. Los profesores Fisher and Zittrain dieron testimonio en el procedimiento de la CARP que fue finalmente rechazado. Véase Jonathan Zittrain, Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings, Docket No. 2000-9, CARP DTRA 1 y 2, disponible en el enlace #45. Para un excelente análisis que expresa una idea similar, véase Randal C. Picker, “Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution”, *Antitrust Bulletin* (Verano/Otoño 2002): 461: “Esto no es una confusión, éstos son anticuadas barreras de entrada. Las emisoras de radio analógica son protegidas de los nuevos participantes digitales, reduciendo la entrada en la radio y la diversidad. Sí, esto se hace en nombre de conseguir royalties para los dueños de copyrights, pero de haber estado ausente la acción de poderosos intereses privados, esto se podría haber hecho de una forma neutral”.
 171. Mike Graziano y Lee Rainie, “The Music Downloading Deluge”, Pew Internet and American Life Project (24 de abril de 2001), disponible en el enlace #46. El Pew Internet and American Life Project informó de que 37 millones de estadounidenses habían descargado archivos musicales de Internet para principios de 2001.
 172. Alex Pham, “The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case”, *Los Angeles Times*, 10 de septiembre de 2003, Business.
 173. Jeffrey A. Miron and Jeffrey Zwiebel, “Alcohol Consumption During Prohibition”, *American Economic Review* 81, no. 2 (1991): 242.
 174. National Drug Control Policy: Hearing Before the House Government Reform Committee, 108th Cong., 1st sess. (5 de marzo 2003) (declaración de John P. Walters, director de National Drug Control Policy).
 175. Véase James Andreoni, Brian Erard, y Jonathon Feinstein, “Tax Compliance”, *Journal of Economic Literature* 36 (1998): 818 (visión panorámica de la literatura sobre la conformidad económica).

176. Véase Frank Ahrens, “RIAA’s Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants”, *Washington Post*, 10 de septiembre de 2003, E1; Chris Cobbs, “Worried Parents Pull Plug on File ‘Stealing’; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued”, *Orlando Sentinel Tribune*, 30 de agosto de 2003, C1; Jefferson Graham, “Recording Industry Sues Parents”, *USA Today*, 15 de septiembre de 2003, 4D; John Schwartz, “She Says She’s No Music Pirate. No Snoop Fan, Either”, *New York Times*, 25 de septiembre de 2003, C1; Margo Varadi, “Is Brianna a Criminal?” *Toronto Star*, 18 de septiembre de 2003, P7.
177. Véase “Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used”, CNN.com, disponible en el enlace #47.
178. Véase Jeff Adler, “Cambridge: On Campus, Pirates Are Not Penitent”, *Boston Globe*, 18 de mayo de 2003, City Weekly, 1; Frank Ahrens, “Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at Colleges”, *Washington Post*, 4 de abril de 2003, E1; Elizabeth Armstrong, “Students ‘Rip, Mix, Burn’ at Their Own Risk”, *Christian Science Monitor*, 2 de septiembre de 2003, 20; Robert Becker and Angela Rozas, “Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible”, *Chicago Tribune*, 16 de julio de 2003, 1C; Beth Cox, “RIAA Trains Antipiracy Guns on Universities”, *Internet News*, 30 de enero de 2003, disponible en el enlace #48; Benny Evangelista, “Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing”, *San Francisco Chronicle*, 11 de agosto de 2003, E11; “Raid, Letters Are Weapons at Universities”, *USA Today*, 26 de septiembre de 2000, 3D.

Capítulo 13: Eldred

179. Hay un paralelismo aquí con la pornografía que es un poco difícil de describir, pero que es convincente. Un fenómeno que Internet creó fue un mundo de pornógrafos no comerciales-gente que estaba distribuyendo porno pero que no estaba ganando directa o indirectamente de esa distribución. Esa clase no existía antes de que naciera Internet porque los costos de distribuir porno eran muy altos. Sin embargo, esta clase de distribuidores recibieron atención especial en el Tribunal Supremo, cuando el Tribunal anuló la Communications Decency Act de 1996. Fue en parte debido a la carga de los hablantes no comerciales que halló que el estatuto excedía el poder del Congreso. La misma idea se podría haber expresado acerca de los editores no comerciales después de la llegada de Internet. Los Eric Eldred del mundo eran extremadamente pocos antes de Internet. Sin embargo, uno pensaría que es al menos igual de importante proteger a los Eldreds del mundo que proteger a los pornógrafos no comerciales.
180. El texto completo es: “Sonny [Bono] quería que el plazo de la protección del copyright durara para siempre. Mi equipo me informa que semejante cambio violaría la Constitución. Les invito a todos ustedes a trabajar conmigo para fortalecer nuestras leyes de copyright de todas las maneras que tengamos disponibles. Como ustedes saben, también hay una propuesta de Jack Valenti a favor de un plazo que dure para siempre menos un día. Quizás la Comisión pueda mirarla en la próxima reunión del Congreso” 144 Cong. Rec. H9946, 9951-2 (7 de octubre de 1998).
181. Associated Press, “Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years”, *Chicago Tribune*, 17 de octubre de 1998, 22.
182. Véase Nick Brown, “Fair Use No More?: Copyright in the Information Age”, disponible en el enlace #49.
183. Alan K. Ota, “Disney in Washington: The Mouse That Roars”, *Congressional Quarterly This Week*, 8 de agosto de 1990, disponible en el enlace #50.

184. *Estados Unidos contra Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995).
185. *Estados Unidos contra Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).
186. Si es un principio sobre poderes enumerados, entonces el principio se sigue de un poder enumerado a otro. El punto que animó la cuestión en el contexto de la Cláusula de Comercio fue que la interpretación ofrecida por el gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular el comercio –a pesar de la limitación al comercio interestatal. La misma idea es cierta en el contexto de la Cláusula de Copyright. Aquí también la interpretación del gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular copyrights– a pesar de la limitación a «un tiempo limitado».
187. Escrito de la Nashville Songwriters Association, *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n.10, disponible en el enlace #51.
188. La cifra del 2% es una extrapolación del estudio del Servicio de Investigación del Congreso, a la luz de la gama estimada de renovación. Véase Escrito de los demandantes, *Eldred contra Ashcroft*, 7, disponible en el enlace #52.
189. Véase David G. Savage, “High Court Scene of Showdown on Copyright Law», *Los Angeles Times*, 6 de octubre de 2002; David Streitfeld, “Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension”, *Orlando Sentinel Tribune*, 9 de octubre de 2002.
190. Brief of Hal Roach Studios and Michael Agee as Amicus Curiae Supporting the Petitioners, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01- 618), 12. Véase también Brief of Amicus Curiae filed on behalf of Petitioners by the Internet Archive, *Eldred v. Ashcroft*, disponible en el enlace #53.
191. Jason Schultz, “The Myth of the 1976 Copyright ‘Chaos’ Theory”, 20 de diciembre de 2002, disponible en el enlace #54.
192. Escrito de Amici Dr. Seuss Enterprise et al., *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), 19.
193. Dinitia Smith, “Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray”, *New York Times*, 28 de marzo de 1998, B7.

Eldred II

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

Capítulo 14: Conclusión

195. Commission on Intellectual Property Rights, “Final Report: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy” (London, 2002), disponible en el enlace #55. Según la

- Organización Mundial de la Salud en un comunicado de prensa difundido el 9 de julio de 2002, solamente 230.000 de las 6 millones de personas que necesitan medicamentos en los países en vías de desarrollo los reciben-y la mitad de ellos están en Brasil.
196. Véase Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (New York: The New Press, 2003), 37.
 197. International Intellectual Property Institute (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization* (Washington, D.C., 2000), 14, disponible en el enlace #56. Para un relato de primera mano de la lucha en torno a Sudáfrica, véase Hearing Before the Subcommittee on Criminal Justice, Drug Policy, and Human Resources, House Committee on Government Reform, H. Rep., 1st sess., Ser. No. 106-126 (22 de julio de 1999), 150-57 (declaración de James Love).
 198. International Intellectual Property Institute (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization* (Washington, D.C., 2000), 15.
 199. Véase Sabin Russell, "New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa's Needs at Odds with Firms' Profit Motive", *San Francisco Chronicle*, 24 de mayo de 1999, A1, disponible en el enlace #57 ("las licencias obligatorias y los mercados grises suponen una amenaza a todo el sistema de protección de la propiedad intelectual"); Robert Weissman, "AIDS and Developing Countries: Democratizing Access to Essential Medicines", *Foreign Policy in Focus* 4:23 (agosto 1999), disponible en el enlace #58 (describiendo la política de los EE.UU.); John A. Harrelson, "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsis", *Widener Law Symposium Journal* (Spring 2001): 175.
 200. Jonathan Krim, "The Quiet War over Open-Source", *Washington Post*, 21 de agosto de 2003, E1, disponible en el enlace #59; William New, "Global Group's Shift on 'Open Source' Meeting Spurs Stir", *National Journal's Technology Daily*, 19 de agosto de 2003, disponible en el enlace #60; William New, "U.S. Official Opposes 'Open Source' Talks at OMPI", *National Journal's Technology Daily*, 19 de agosto 2003, disponible en el enlace #61.
 201. He de revelar que yo fui una de las personas que le pidió a la OMPI la reunión.
 202. La posición de Microsoft sobre el software libre y de código abierto es más sofisticada. Como ha afirmado repetidas veces, no tiene ningún problema con el software de «código abierto» o software en el dominio público. La principal oposición de Microsoft es al «software libre» licenciado bajo una licencia «copyleft», es decir, una licencia que requiere que el que la recibe adopte los mismos términos en cualquier obra derivada. Véase Bradford L. Smith, "The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide", *Government Policy Toward Open Source Software* (Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2002), 69, disponible en el enlace #62. Véase también Craig Mundie, vicepresidente senior de Microsoft, *The Commercial Software Model*, discusión en la New York University Stern School of Business (3 de mayo de 2001), disponible en el enlace #63.
 203. Krim, "The Quiet War over Open-Source", disponible en el enlace #64.
 204. Véase Drahos con Braithwaite, *Information Feudalism*, 210-20.
 205. John Borland, "RIAA Sues 261 File Swappers", CNET News.com, 8 de septiembre 2003, disponible en el enlace #65; Paul R. La Monica, "Music Industry Sues Swappers", CNN/Money, 8 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #66; Soni Sangha y Phyllis Furman con Robert Gearty, "Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr-Old Among 261 Cited as Sharers", *New York Daily News*, 9 de septiembre de 2003, 3; Frank Ahrens, "RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants", *Washington Post*, 10 de septiembre

- de 2003, E1; Katie Dean, “Schoolgirl Settles with RIAA», *Wired News*, 10 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #67.
206. Jon Wiederhorn, “Eminem Gets Sued . . . by a Little Old Lady”, *mtv.com*, 17 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #68.
207. Kenji Hall, Associated Press, “Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs”, *Kansascity.com*, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #69.
208. “BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public”, comunicado de prensa de la BBC, 24 de agosto de 2003, disponible en el enlace #70.
209. “Creative Commons and Brazil», *Creative Commons Weblog*, 6 de agosto de 2003, disponible en el enlace #71.

Nosotros, ahora

210. Véase, por ejemplo, Marc Rotenberg, “Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn’t Get)», *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 6-18, disponible en el enlace #72 (describiendo ejemplos en los que la tecnología define la política de privacidad). Véase también Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age* (New York: Random House, 2004) (delineando las concesiones mutuas entre la tecnología y la privacidad).
211. *Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars* (2003), producido por Jed Horowitz, dirigido por Greg Hittelman, una producción Fiat Lucre, disponible en el enlace #72.

Ellos, pronto

212. La propuesta que estoy presentando aquí se aplicaría únicamente a las obras estadounidenses. Obviamente, creo que sería beneficioso que otros países también adoptaran la misma idea.
213. Habría una complicación con las obras derivadas que no he resuelto aquí. En mi opinión, la ley de obras derivadas crea un sistema más complicado que lo que justifican los incentivos marginales que crea.
214. “A Radical Rethink», *Economist*, 366:8308 (25 de enero de 2003): 15, disponible en el enlace #74.
215. Department of Veterans Affairs, *Veteran’s Application for Compensation and/or Pension*, VA Form 21-526 (OMB Approved No. 2900-0001), disponible en el enlace #75.
216. Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (New York: Columbia University Press, 1967), 32.
217. *Ibid.*, 56.
218. Paul Goldstein, *Copyright’s Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Stanford: Stanford University Press, 2003), 187-216.
219. Véase, por ejemplo, “Music Media Watch”, *The J@pan Inc. Newsletter*, 3 de abril de 2002, disponible en el enlace #76.
220. William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (revisado por última vez el 10 de octubre de 2000), disponible en el enlace #77; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (de próxima aparición) (Stanford: Stanford University Press, 2004), capítulo 6, disponible en el enlace #78. El profesor Netanel ha propuesto una idea relacionada que dejaría el intercambio no comercial fuera del alcance del copyright y que establecería una compensación a los artistas para equilibrar cualquier pérdida. Véase Neil Weinstock Netanel, “Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing”, disponible en el enlace #79. Para otras propuestas, véase Lawrence Lessig, “Who’s Holding Back Broadband?” *Washington Post*, 8 de enero de 2002, A17; Philip S. Corwin en nombre de Sharman Networks,

A Letter to Senator Joseph R. Biden, Jr., Chairman of the Senate Foreign Relations Committee, 26 de febrero de 2002, disponible en el enlace #80; Serguei Osokine, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee (IPUF)*, 3 de marzo de 2002, disponible en el enlace #81; Jefferson Graham, “Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly», USA Today, 13 de mayo de 2002, disponible en el enlace #82; Steven M. Cherry, “Getting Copyright Right», IEEE Spectrum Online, 1 de julio de 2002, disponible en el enlace #83; Declan Mc-Cullagh, “Verizon’s Copyright Campaign», CNET News.com, 27 de agosto de 2002, disponible en el enlace #84. La propuesta de Fisher es muy similar a la propuesta de Richard Stallman para DAT. A diferencia de la de Fisher, la propuesta de Stallman es pagar a los artistas de un modo directamente proporcional, aunque los artistas más populares recibirían más que los menos populares. Como es típico en Stallman, su propuesta se adelanta al debate actual en algo así como una década. Véase el enlace #85.

221. Lawrence Lessig, “Copyright’s First Amendment” (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review* 48 (2001): 1057, 1069-70.

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

El cuidadoso análisis de Liebowitz es extremadamente valioso a la hora de calcular el efecto de la tecnología de intercambio de archivos. En mi opinión, sin embargo, minimiza los costos del sistema legal. Véase, por ejemplo, *Rethinking*, 174-76.

Agradecimientos

Este libro es el producto de una larga y de momento infructuosa lucha que comenzó cuando leí sobre la guerra de Eric Eldred para mantener libres los libros. El trabajo de Eldred ayudó a lanzar un movimiento, el movimiento por la cultura libre, y es a él a quien está dedicado este libro.

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

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

Estos son los tradicionales tipos de ayuda en los que se basa un profesor universitario. Pero además de ellos, Internet ha hecho posible recibir consejo y correcciones de muchos a los que nunca he conocido personalmente. Entre aquellos que han respondido con consejos extremadamente útiles a las peticiones en mi blog para este libro se hallan el Dr. Mohammad Al-Ubaydli, David Gerstein y Peter DiMauro, así como una larga lista de aquellos que tenían ideas específicas sobre maneras de desarrollar mi argumento. Estos incluyen a Richard Bondi, Steven Cherry, David Coe, Nik Cubrilovic, Bob Devine, Charles Eicher, Thomas Guida, Elihu M. Gerson, Jeremy Hunsinger, Vaughn Iverson, John Karabaic, Jeff Keltner, James Lindenschmidt, K. L. Mann, Mark Manning, Nora McCauley, Jeffrey

McHugh, Evan McMullen, Fred Norton, John Pormann, Pedro A. D. Rezende, Shabbir Safdar, Saul Schleimer, Clay Shirky, Adam Shostack, Kragen Sitaker, Chris Smith, Bruce Steinberg, Andrzej Jan Taramina, Sean Walsh, Matt Wasserman, Miljenko Williams, "Wink", Roger Wood, "Ximbo da Jazz", y Richard Yanco (Mis disculpas si dejo a alguien fuera; con las computadoras vienen los errores, y el colapso de mi sistema de e-mail significó que perdí un montón de buenos comentarios).

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

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

ESTE LIBRO HA SIDO POSIBLE

POR EL TRABAJO DE

Comité Editorial Silvia Aguilera, Juan Aguilera, Mauricio Ahumada, Mario Garcés, Luis Alberto Mansilla, Tomás Moulian, Héctor Muñoz, Naín Nómez, Julio Pinto, Paulo Slachevsky, Verónica Zondek **Relaciones Públicas** Claudia Apablaza. **Proyectos** Ignacio Aguilera, Carlos Cocifña **Diseño y Diagramación Editorial** Angela Aguilera, Hugo Ortiz de Pinedo, Claudia Quintero, Marcos Ribeiro **Corrección de Pruebas** Raúl Cáceres **Exportación** Ximena Galleguillos **Página web** Leonardo Flores **Producción** Eugenio Cerda **Impresión Digital** Carlos Aguilera, Efraín Maturana, Juan Carlos Peña, William Tobar. **Preprensa Digital** Ingrid Rivas, Daniel Véjar **Impresión Offset** Eduardo Cartagena, Héctor García, Luis Palominos, Rodrigo Véliz, Francisco Villaseca **Corte** Eugenio Espindola, Miguel Orellana, Sandro Robles. **Encuadernación** Rodrigo Carrasco, Sergio Fuentes, Aníbal Garay, Pedro González, Carlos Muñoz, Gabriel Muñoz, Luis Muñoz, Marcelo Toledo, **Diseño y Diagramación Computacional** Guillermo Bustamante, César Escárate, Juan Pablo Godoy, Claudio Mateos, Magdalena Montt **Servicio al Cliente** Elizardo Aguilera, Carlos Bruit, José Lizana, Guillermo Muñoz, Edgardo Prieto **Difusión y Distribución** Elba Blamey, Luis Fre, Carlos Jara, Rodrigo Jofré, Marcelo Melo, Nelson Montoya, Pedro Morales, Leonidas Osorio, Jorge Peyrellade **Librerías** Nora Carreño, Ernesto Córdova **Área de Administración** Jaime Arel, Mirtha Ávila, Alejandra Bustos, Alejandra Céspedes, Diego Chonchol, César Delgado, Aracelly González, Sylvia Morales, Marcos Sepúlveda. *Se han quedado en nosotros Adriana Vargas, Anne Duattis, Jorge Gutiérrez y Marcos Bruit.*

LOM EDICIONES