

LO TUYO ES MÍO O LA PARADOJA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET

Antonio Rodríguez Lobatón*
Oscar Montezuma Panez**

*«Cuatro tipos de personas hay:
el que dice lo mío es mío,
y lo tuyo es tuyo- es un indiferente;
lo mío es tuyo, y lo tuyo es mío-
es un ignorante amable;
lo mío es tuyo, y lo tuyo es tuyo-
es un piadoso;
lo mío es mío, y lo tuyo es mío-
es un malvado.»*
Mishná (Pirké Abot 5:10)

¿Cuál fue la interferencia entre el surgimiento de Internet y el establecido sistema de derechos de autor al momento en que las nuevas tecnologías pudieron burlar todo orden de titularidad establecido? ¿Cómo Napster o Kazaa deben ser regulados? Las tecnologías siempre estarán adelante del derecho y pueden, de ser el caso, distorsionar o beneficiar el mercado. Para tales efectos, el derecho debe estar preparado y regular o desregular son las opciones que se presentan y sobre las que se ha generado un amplio debate.

Antonio Rodríguez Lobatón
Oscar Montezuma Panez

* Profesor del curso Informática para Abogados en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Miembro fundador del Centro de Estudios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (CENTIC), Miembro investigador del Instituto Riva Agüero.

** Asistente de Cátedra del curso de Comercio Electrónico de la maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Ex miembro del Comité Directivo de THEMIS-Revista de Derecho, Miembro del Centro de Estudios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (CENTIC).

INTRODUCCIÓN

En 1964 Charles A. Reich escribió una influyente crítica legal titulada *The New Property*¹. En dicho artículo se destacaba que el Estado moderno había creado nuevas formas de riqueza a través de una compleja red de arreglos institucionales y legales que conferirían un estatus particular a ciertos ciudadanos, similar al otorgado por las normas que establecen derechos de propiedad sobre bienes físicos². Podemos destacar como una conclusión subyacente a la tesis de Reich que si bien la noción de derechos de propiedad sobre bienes físicos es intuitiva, no lo es tanto cuando el bien objeto de la apropiación no tiene tal naturaleza³. Esta "nueva propiedad" para tener del mismo estatus que la propiedad física debe gozar de las mismas protecciones.

El efecto principal de la asignación de derechos de propiedad sobre bienes físicos o inmateriales, es que permite la apropiación de los beneficios que generan, y por lo tanto impiden su explotación por parte de otra persona que no sea el titular de los derechos⁴. En el caso de los derechos de propiedad intelectual se pretende que los creadores puedan obtener unos beneficios extraordinarios a través de la explotación exclusiva de su innovación. La protección de la creatividad se materializa a través de las patentes, las marcas y los derechos de autor⁵.

El sistema de derechos de autor, se ha venido fortaleciendo a lo largo de los años hasta delimitar un marco legal que otorga una protección, en líneas generales, bastante robusta a las creaciones intelectuales. Sin embargo, existen crecientes tensiones entre los nuevos patrones de consumo, alentados por las nuevas tecnologías, y los creadores que claman por una efectiva protección de sus derechos de propiedad intelectual.

No cabe duda que el desarrollo de las telecomunicaciones y la informática, junto con la evolución de otros

medios de difusión, que hoy nos parecen cotidianos, ha traído importantes consecuencias en el campo de la efectiva protección de los derechos propiedad intelectual⁶. El desarrollo tecnológico, ha logrado impedir -al menos bajo determinadas circunstancias-, que el creador tenga un absoluto control sobre su obra. Esto se debe tanto al abaratamiento continuo de los mecanismos de reproducción y comunicación como a la creciente sofisticación y perfeccionamiento de dichos elementos⁷. Esta situación ha originado un debilitamiento del sistema de propiedad intelectual hasta tal extremo, que ha llevado a algunos autores a considerar, parafraseando la tesis de Reich, que nos encontramos ante una "nueva, nueva propiedad"⁸.

El presente trabajo pretende de forma introductoria y no concluyente plantear la problemática generada por el avance tecnológico y evaluar la respuesta que pudiera dar el derecho, ante la amenaza que para la protección de los derechos de propiedad intelectual constituye el creciente desarrollo tecnológico. Como es evidente, el Internet encarna en mayor medida esta amenaza, cuyo uso indiscriminado como mecanismo para vulnerar los derechos de propiedad intelectual ha merecido que se lo califique como una "copiadora digital"⁹, o incluso como la "copiadora más grande del mundo"¹⁰.

¿A QUIÉN PERTENECE EL TERNERO?

James O'Donnell relata una anécdota que nos puede ayudar a clarificar los problemas derivados de una asignación de derechos de propiedad intelectual. En el siglo VI un irlandés llamado Columba copió un manuscrito en latín de los Salmos. El propietario del texto original una vez que tomó conocimiento de la existencia de la copia demandó a la autoridad local este hecho y exigió la entrega de la copia. El juez local, sentenció que "igual que el ternero pertenece a la vaca, así la copia pertenece al libro original"¹¹. De este rela-

¹ REICH, Charles A. "The New Property". En: *Yale New Journal* No. 73 (5), 1964. pp. 785-787.

² Una extensa referencia al trabajo de Reich puede verse en PIPES, Richard. "Propiedad y libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia". México, Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 327-331.

³ Véase CASS, Ronald A. "Property Rights Systems and the Rule of Law". Documento de trabajo. Boston University School of Law, Public Law & Legal Theory No. 03-06. pp. 3-4; y, DeLONG, James V. "Defending Intellectual Property". Documento de Trabajo, Washington, Competitive Enterprise Institute, 2002. pp. 6-8.

⁴ Véase, AYALA ESPINO, José. "Instituciones y Economía, Una introducción al neoinstitucionalismo económico". México, Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 217; COLOMA, Germán. "Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino". Documento de Trabajo. Universidad del CEMA. No. 156. 1999. p. 25; y, JEANNOT, Fernando. "Las patentes como derecho de propiedad". En: *Aportes: Revista de la Facultad de Economía*. Año VIII No. 24.

⁵ VENCE DEZA, Xavier. "Economía de la innovación y del cambio tecnológico". Madrid, Siglo Veintiuno Editores. p. 154.

⁶ Las nuevas tecnologías han generado inquietudes y cuestionamientos no sólo con relación a los derechos de propiedad intelectual. También diferentes áreas del derecho se ven retadas por su influencia. Por ejemplo, el Derecho Penal a través de los delitos informáticos, el Derecho Civil en el área de la contratación por medios electrónicos, el Derecho Laboral a través del desarrollo de nuevas relaciones laborales bajo sistemas conocidos como teletrabajo, el Derecho Tributario ante la necesidad de establecer políticas fiscales que aseguren la recaudación eficiente de impuestos derivadas de transacciones electrónicas, etc.

⁷ SERRANO GÓMEZ, Eduardo. "Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual". Madrid, Dykinson, 2000. pp. 14-15.

⁸ CHANDER, Anupam. "The New, New Property". En: *Texas Law Review* No. 81(3), pp. 715-797.

⁹ FISHER, Jason H. "The 21st Century Internet: A Digital Copy Machine: Copyright Analysis, Issues, and Possibilities". En: *Virginia Journal of Law and Technology* No. 7, University of Virginia, 2002.

¹⁰ "It's the World's Biggest Copy Machine". En: *PC Week*, Edición del 27 de enero de 1997. Citado por: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "Intellectual Property On The Internet: A Survey Of Issues". Ginebra, Documento WIPO/INT/02. p. 30. Disponible en: <http://ecommerce.wipo.int> (página visitada el 25 de enero de 2004).

¹¹ O'DONELL, James. "Avatares de la palabra, del papiro al ciberespacio". Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2000. p. 95.

to podemos generar algunas conclusiones de cómo funcionaría un sistema de derechos de propiedad intelectual a partir de esta regla elemental. En primer lugar, que la propiedad del original (que evidentemente también era una reproducción) impedía que fuera copiado sin autorización. Por otro lado, que las copias no autorizadas no eran de propiedad del copista sino del propietario del manuscrito. Finalmente, que todas las copias de la Biblia no autorizadas debían revertir a su autor. El problema derivado de una solución como la señalada finalmente deviene en impracticable, pues tratándose de un texto del Antiguo Testamento la búsqueda del autor se torna no sólo costosa, sino imposible, dado su condición de anónimo, la antigüedad del texto sagrado y la diáspora que padeció el pueblo al que pertenecía.

La copia realizada por Columba y la solución a la que arribó la autoridad, constituye tal vez el intento más remoto de construir un sistema de protección de los derechos de propiedad. Hoy la justificación económica que sustenta la necesidad de un sistema de propiedad intelectual se deriva del hecho de que la creación se asimila al concepto de información. El problema de la información es que si bien es costoso producirla, no lo es tanto su reproducción y aprovechamiento. Ello nos lleva a considerar a la información como un bien público¹².

El problema que aqueja a los bienes públicos, es que en situaciones de competencia perfecta y en ausencia de regulación, el mercado por sí sólo no es capaz de producir dicho bien en la medida esperada por los consumidores. Si la información puede copiarse a un costo relativamente bajo, lo más probable es que el precio por utilizarla se reduzca hasta el nivel del costo de la copia. En una situación así el creador no sólo no se apropia de los beneficios de su creación sino que incluso no recuperará los costos en los que incurrió para

crear¹³. El costo de creación llamado también por Landes y Posner como el "costo de la expresión" tiene dos componentes, el primero de ellos es el costo de crear el trabajo, el cual constituye un costo fijo que no varía por la cantidad de las reproducciones realizadas y constituye básicamente el tiempo empleado por el creador en su realización. A ello debemos sumar el costo del editor, que se traduce en el esfuerzo realizado al solicitar el trabajo y en la corrección de los originales para su edición final¹⁴.

Por ello, si consideramos a la información como un bien público, en caso el mercado no se encuentre regulado, la producción de la creatividad se realizará de forma deficiente, es decir, que los creadores no realizarán el esfuerzo adecuado con relación a la demanda social de dichos bienes, pues el costo de la expresión será menor al costo de reproducción. Por ello, los mecanismos de regulación del mercado de la información suelen ser similares a aquellos empleados para solventar el problema de los bienes públicos. El primero de ellos, es a través de la provisión estatal de información como la realizada por los boletines oficiales de normas. Otro mecanismo es mediante transferencias bajo la forma de subsidios públicos o privados a los creativos para que continúen produciendo, como las ayudas estatales a universidades y centros de investigación. Finalmente, mediante el otorgamiento de derechos de propiedad sobre la información¹⁵.

En esa línea, los derechos de propiedad intelectual constituyen el incentivo para que los creadores sigan produciendo, el sistema no está libre de generar costos sociales¹⁶. La regulación de la propiedad intelectual establece un monopolio legal en favor del creador de la obra, lo cual le permite ejercer algún tipo de poder de mercado a través de prácticas discriminatorias con la finalidad de maximizar ingresos¹⁷ o de trasladar

¹² Dos son las características que deben concurrir para que un bien sea considerado como público: su consumo debe ser no excluible y no rival. La primera se refiere a que no es posible impedir que utilicen el bien; y, la segunda a que su uso no reduce la capacidad para su utilización por parte de otra persona. Véase, CHUEH-CHIN YEN, Alfred. "A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining". Documento de trabajo. Boston University School of Law, Public Law & Legal Theory, No. 01(01), 2001. pp. 12-13; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". México, Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 147; DAM, Kenneth W. "La propiedad intelectual en la era del software y la biotecnología". En: Law & Economics, El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago, Lecturas en honor de Ronald Coase. (Eric A. Posner Compilador), Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002. p. 179; y, DEPOORTER, Ben y PARISI, Francesco. "Fair Use And Copyright Protection: A Price Theory Explanation". George Mason University, Facultad de Derecho, No. 3, 2001. pp. 4-5; SECHREST, Larry J. "Private Provision of Public Goods: Theoretical Issues and Some Examples from Maritime History". Documento de Trabajo, Marzo de 2003; STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Barcelona, Antoni Bosh Editor, 1988. p. 107. Una crítica de la justificación de los derechos de copyright como una respuesta a una falla de mercado puede verse en, GHOSH, Shubha. "Deprivatizing Copyright Forthcoming". Case Western Reserve Law Review, 2004.

¹³ Véase, POSNER, Richard. "El Derecho Antitrust en la Nueva Economía". En: THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época No. 47, Lima, 2003. pp. 64-65.

¹⁴ LANDES, William M. y POSNER, Richard. "An Economic Analysis of Copyright Law". En: Journal of Legal Studies No. 18. pp. 325-333.

¹⁵ Véase, COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". México, Fondo de Cultura Económica, 1998. pp. 165-168.

¹⁶ Si bien los costos derivados del monopolio legal otorgado a los creadores es quizá el mayor costo social que imponen los derechos de propiedad intelectual, éstos no son los únicos pues adicionalmente debemos mencionar los costos de transacción y los costos de cumplimiento. Los primeros se derivan de las negociaciones necesarias para obtener licencias que permiten la explotación de un trabajo protegido, los segundos están constituidos por los costos de administración y cumplimiento de la protección, que asimismo incluye los gastos judiciales en caso de demandas por infracciones a las normas de derechos de propiedad intelectual. Véase, GREEN, Michael Steven. "Copyrighting Facts". En: Indiana Law Journal No. 78. 2003. pp. 926-932; y, TOR, Avishalom y OLIAR, Dotan. "Incentives to Create under a Lifetime-Plus-Years Copyright Duration: Lessons from a Behavioral Economic Analysis for Eldred v. Ashcroft". Documento de Trabajo No. 2002-02, Berkman Center for Internet & Society de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, p. 12.

¹⁷ Por ejemplo es práctica común que los impresores presenten las primeras ediciones de un libro (sobre todo tratándose de novelas) en un formato de calidad superior, como tapas duras o mejor calidad del papel; situación que suele cambiar con las ediciones posteriores, en las cuales la calidad de la presentación se suele degradar considerablemente. Véase, LANDES, William M. y POSNER, Richard. "An Economic Analysis of Copyright Law". En: Journal of Legal Studies No. 18. pp. 325-333; y GREEN, Michael Steven. "Copyrighting Facts". En: Indiana Law Journal No. 78. 2003. p. 928.

los posibles problemas de apropiación que normalmente se producen¹⁸. Sin embargo, estos costos sociales son generalmente menores que las pérdidas originadas por un nivel de producción intelectual por debajo del óptimo social.

Con la finalidad de paliar los costos sociales que generan los derechos de propiedad intelectual se han desarrollado dos limitaciones importantes. En primer lugar, está permitido realizar determinados usos de una obra protegida sin necesidad de autorización del titular de los derechos. Por otro lado, la protección se extiende por un plazo equivalente a la vida del creador más un período adicional.

Respecto de la primera limitación conocida como uso justo (*fair use*), ésta se justifica por los altísimos costos que se producirían en caso se tuviera que solicitar una autorización al titular del derecho cada vez que se utilice una obra protegida¹⁹. Otra razón se encuentra en el hecho de que este uso justo tiende a incrementar la demanda de trabajos protegidos por derechos de autor. Por ejemplo, los comentarios y críticas de una obra, lejos de significar un perjuicio para los autores, son usualmente una fuente de publicidad para sus obras²⁰.

La limitación de los derechos de autor a un plazo determinado se justifica por los costos de búsqueda en los que se incurriría si la protección fuera ilimitada. De otro modo, quienes pretendieran hacer uso de un material creado en épocas anteriores, necesitarían rastrear a un sinnúmero de descendientes del autor original para obtener los permisos correspondientes²¹. De allí que el cálculo para la expiración de estos derechos

se produzca a partir de la muerte del autor, momento a partir del cual los costos de búsqueda empiezan a elevarse sustancialmente²².

En los Estados Unidos la primera Ley de Derechos de Autor de 1790 estableció un plazo de protección de catorce años renovables por un período similar si el autor todavía se encontraba vivo al finalizar el primer plazo. Este término ha venido prolongándose en repetidas ocasiones hasta que la Ley de Extensión del Término del Copyright (*Copyright Term Extension Act*) popularmente conocida como Ley Sony Bono, estableció un término de protección equivalente a la vida del autor más setenta años²³.

El aspecto determinante de cuál deberá ser el período de protección óptimo que debe otorgarse a los derechos de autor, se encuentra en el balance entre los incentivos que produce el plazo respecto de los costos sociales que genera. Intuitivamente un plazo de protección menor pudiera generar un mayor número de trabajos en el dominio público y por lo tanto menores costos sociales²⁴. Sin embargo, estimar el plazo que iguala los beneficios y los costos es un ejercicio sumamente complicado, incluso como se ha señalado, tan difícil como acertar el número de ángeles que pueden bailar en la cabeza de un alfiler²⁵.

El tema de cuál es el tiempo a partir del cual una creación debe pasar al dominio público es ciertamente polémico y no lo ha sido menos con ocasión de la sanción de la mencionada Ley Sony Bono en 1998. Los argumentos de los cuales echó mano el Congreso de los Estados Unidos para alargar en veinte años el tér-

¹⁸ Esto explicaría por qué algunas editoriales de revistas por suscripción establecen un precio distinto -bastante más alto-, a las bibliotecas y a sus clientes institucionales que a sus compradores normales. Es conocido que las bibliotecas suelen ser ambientes propicios para el copiado de las revistas, y, en el caso de los clientes institucionales las copias de las mismas son de fácil acceso por el personal. GORDON, Wendy J. "Intellectual Property". En: *The Oxford Handbook of Legal Studies*. (Peter Cane y Mark Tushnet Editores), Oxford University Press, 2003. p. 643; y, LIEBOWITZ S. J. "The Impact of Reprography on the Copyright System". Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1981. p. 16.

¹⁹ BIRNHACK, Michael D. "The Idea of Progress in Copyright Law". En: *Buffalo Intellectual Property Law Journal* No. 1(3), 2001, pp. 58-59.

²⁰ Algunos autores han señalado que la doctrina del uso justo llegará a ser obsoleta en un mundo donde la tecnología proporciona una comunicación instantánea entre los poseedores del *copyright* y los usuarios. Sin embargo, los costos de búsqueda no son los únicos que justifican la existencia del uso justo. Véase, DEPOORTER, Ben y PARISI, Francesco. Op.Cit. pp. 11-18; LANDES, William y POSNER, Richard. Op. Cit. y GORDON, Wendy J. "Excuse and Justification In The Law Of Fair Use: Commodification And Market Perspectives". Documento de Trabajo. Universidad de Berkeley, Center for Law & Technology, IP And Technology Law Working Papers Series No. 1-02. 2002; y LESSIG, Lawrence. "La ley del caballo: Lo que el ciberderecho podría enseñar". En: *Derecho y Tecnologías de la Información*. (DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo Coordinador), Santiago de Chile, Universidad Diego Portales. p. 37.

²¹ LANDES, William M. y POSNER, Richard. "An Economic Analysis of Copyright Law". En: *Journal of Legal Studies* No. 18. pp. 325-333; e, "Indefinitely Renewable Copyright". John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 154 (Segunda Serie), University of Chicago, The Law School, 2002. pp. 4-10.

²² Véase, COLOMA, Germán. "Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino". Documento de Trabajo, Buenos Aires, Universidad del CEMA. No. 156, 1999, pp. 46-47 y GORDON, Wendy J. "Intellectual Property". En: *The Oxford Handbook of Legal Studies*. (Peter Cane y Mark Tushnet Editores.), Oxford University Press, 2003. p. 621.

²³ Véase, SOLUM, Lawrence B. "Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred vs. Ashcroft". En: *Loyola of Los Angeles Law Review* No. 36 (1), 2002. pp. 4-5.

²⁴ Después de ver lo que los Estudios Disney hicieron con las adaptaciones de las obras de los hermanos Grimm, Hans Christian Andersen y Victor Hugo, la idea de conferir la titularidad de los derechos de propiedad perpetuos sobre la creación intelectual no parece descabellada, no al menos desde un punto estético. Sin embargo, tampoco parece reprochable desde un punto de vista económico. Posner y Landes han señalado que paradójicamente un sistema de renovación ilimitado puede, dependiendo del término inicial y de la estructura de la tasa de renovación, ampliar el número de trabajos en el dominio público. Aunque esto significaría que el valor medio de los trabajos en el dominio público se reduciría, pues que los trabajos más valiosos serían renovados muchas veces. LANDES, William M. y POSNER, Richard. "Indefinitely Renewable Copyright". John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 154 (Segunda Serie), Chicago Law School, 2002. pp. 4-10.

²⁵ MARTIN, Scott M. "The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection". En: *Loyola of Los Angeles Law Review* No. 36(1), 2002. p. 255.

mino de la protección al copyright²⁶ se centraron básicamente en tres aspectos: (i) en la necesidad de armonizar los sistemas del copyright existentes en los Estados Unidos y Europa²⁷; (ii) que el aumento de la esperanza de vida hacía necesario también alargar el término de la protección; y, (iii) que era necesario promover un incentivo adicional a la creación intelectual²⁸. Uno de los afectados con la extensión del plazo fue Eric Eldred quien había construido una página web, con una serie de trabajos que ya formaban parte del dominio público, asimismo había enriquecido los textos con glosarios, biografías y cronologías²⁹. La prolifidad de la página de Eldred mereció que la Asociación Nacional de Humanidades la reconociera como uno de los veinte mejores sitios sobre la materia en Internet.

Las continuas críticas que Eldred exponía en diversos medios de comunicación contra la extensión del plazo, merecieron la atención de Lawrence Lessig quien finalmente presentó una demanda en nombre de Eldred contra el gobierno de los Estados Unidos, a la cual se sumaron varias instituciones como el Berkman Center for Internet & Society de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, e intelectuales y economistas de reconocido prestigio³⁰. Lessig sostuvo que la Constitución de los Estados Unidos no permitía que el Congreso extienda la protección del copyright más allá del tiempo necesario para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles. Sin embargo, el Congreso extendió el plazo de protección de los derechos de autor más allá de la necesidad del incentivo con la única intención de proteger los intereses de los Estudios Disney³¹. Ello trajo como resultado el incremento en el plazo de protección de los derechos de autor, de diecisiete a noventa y cinco años.

La contienda legal terminó finalmente cuando siete de los nueve miembros de la Corte Suprema señalaron que la extensión del término del copyright no sólo era constitucional sino que incluso necesaria. Sin embargo, los dos jurados que se mostraron favorables a las tesis de los demandantes señalaron que el Congreso había cometido un grave error. El Juez Paul Stevens advirtió que el voto de la Corte en mayoría, al permitir que el Congreso extienda el *copyright ad infinitum*, había ignorado el propósito central de la cláusula constitucional. Asimismo, el Juez Breyer advirtió que, la vigilancia judicial de las decisiones del Congreso era necesaria para evitar los monopolios y las restricciones a la libertad de expresión.

PROPIEDAD INTELECTUAL VS. NUEVAS TECNOLOGÍAS

Tradicionalmente la introducción de nuevas tecnologías ha significado un roce con los titulares de los derechos de propiedad, pero ello no se ha traducido en la necesidad de desestructurar el sistema de derechos de autor intelectual existente, sino tan sólo un leve reajuste a la nueva realidad. Sin embargo, las nuevas tecnologías digitales parecen haber roto el delicado balance entre los autores, los usuarios y la industria, existente desde la aparición de la imprenta y mantenido por el derecho de propiedad intelectual hasta la actualidad³². Desde hace algunos años, los gobiernos vienen regulando la protección de los derechos de autor frente a la amenaza que para ellos supone el Internet con la intención de recuperar este balance. Sin perjuicio de ello, entendemos que esta regulación no ha significado una adaptación de la legislación

Antonio Rodríguez Lobatón
Oscar Montezuma Panez

²⁶ Gracias a la Ley Sony Bono hasta el 31 de diciembre de 2018 ningún trabajo creado por algún autor individual sujeto a la protección del *copyright* en los Estados Unidos pasará al dominio público. Sin embargo la norma no sólo prolonga el derecho del *copyright* a setenta años de la muerte del autor, adicionalmente amplía también el plazo a noventa y cinco años desde el estreno o edición de la obra en caso que el propietario sea una persona ideal. Asimismo, los trabajos creados con anterioridad a 1978, tendrán también noventa y cinco años de protección. LIU, Joseph P. "Copyright and Time: A Proposal". En: Michigan Law Review No. 101, pp. 413-414.

²⁷ En el año de 1993 el Consejo de Europa a través de la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, estableció para las obras cuyo país de origen no era comunitario, un plazo de protección igual al concedido en el país de origen de la obra. En los Estados Unidos, se sostuvo que esta regla ponía en una situación de desventaja a los autores y compositores norteamericanos frente a sus pares europeos, los cuales tenían una protección veinte años mayor.

²⁸ FRANCIS, Shalisha. "Eldred v. Ashcroft: How Artists and Creators Finally Got their Due".

²⁹ El interés inicial de Eldred al construir la página web había sido despertar el hábito de la lectura de sus tres hijas, colgando inicialmente sólo el texto de "La Letra Escarlata" de Nathaniel Hawthorne. Posteriormente empezó a enriquecer la página con otros textos. La historia que sigue es conocida, la gente empezó a visitar su página e incluso sociedades literarias como la Nathaniel Hawthorne y la William Dean Howells establecieron vínculos con su página.

³⁰ Un ejemplo de ello es la moción (*amicus brief*) que en mayo de 2002 presentaron diecisiete economistas (incluyendo cinco premios nobel) en apoyo a la causa de los demandantes. Entre los académicos más destacados que suscribieron dicho documento podemos citar a: George A. Akerlof, Kenneth J. Arrow, James M. Buchanan, Ronald H. Coase, Milton Friedman, Roger G. Noll, Hal R. Varian y Richard J. Zeckhauser. Véase, LIEBOWITZ, Stan y MARGOLIS, Stephen. "Seventeen Famous Economists Weigh in on Copyright: The Role of Theory, Empirics, and Network Effects". Documento de Trabajo 2003. p. 2.

³¹ Antes de la denominada Ley Sony Bono, los derechos de la Disney sobre Mickey Mouse habrían expirado en el año 2003 (el Ratón Mickey hizo su aparición en un cortometraje animado denominado "Steamboat Willie" en 1928). Asimismo, los derechos sobre Pluto, Goofy y el Pato Donald expiraban en el 2008. Entre los trabajos que ya habían pasado al dominio público antes de la enmienda merecen destacarse: "The Waste Land" de T.S. Eliot, "The Side of Paradise" de F. Scott Fitzgerald, "Women in Love" de D.H. Lawrence, "La Edad de la Inocencia" de Edith Wharton, "El Ulises" de Joyce y la película "Sangre y Arena" con Rodolfo Valentino. Otros ejemplos pueden verse en la página <http://www.law.asu.edu/HomePages/Karjala/OpposingCopyrightExtension> (página visitada el 7 de marzo de 2003). Véase, SUROWIECKI, James. "Righting Copywrongs". En: The New Yorker, Nueva York, 21 de enero de 2002; y, SPRIGMAN, Chris. "The Mouse That Ate the Public Domain: Disney, The Copyright Term Extension Act, and Eldred v. Ashcroft". Findlaw's Legal Commentary, disponible en: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20020305_sprigman.html (página visitada el 2 de marzo de 2004).

³² Véase ENDESHAW, Assafa. "Reconfiguring Intellectual Property for the Information Age: Towards Information Property?" Documento de Trabajo, Singapur, Nanyang Technological University, pp. 2-4, FUJITA, Anne K. "The Great Internet Panic: How Digitization Is Deforming Copyright Law". En: Journal of Technology Law & Policy, Universidad de Florida No. 2 (1) otoño de 1996; y, LEMLEY, Mark A. "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law". En: Texas Law Review, No. 75, 1997. pp. 183-184.

existente a esta realidad, sino por el contrario, únicamente pretende limitar los nuevos patrones de consumo considerados reprochables por los titulares de los derechos de autor.

El hecho de que determinados casos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual a través del uso intensivo del Internet, hayan tenido una gran resonancia en los medios de comunicación, nos ha llevado a pensar que la tensión entre las nuevas tecnologías y la propiedad intelectual constituye un fenómeno reciente. Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia comparada nos permite concluir que ello no es cierto. El continuo enfrentamiento entre los titulares de los derechos de autor y los nuevos desarrollos tecnológicos no es un tema nuevo³³. En la medida que la tecnología abre paso a nuevos mecanismos para instrumentalizar los derechos de autor, como la pianola, los tocadiscos, la radio o la televisión, se suelen incrementar los alcances de las normas para incluir también estas variantes de explotación.

A comienzos del siglo XX los editores de música intentaron evitar la distribución de las partituras musicales bajo un nuevo formato. Esta amenaza a sus derechos de copyright la constituían los rollos de papel perforados necesarios para la interpretación de piezas musicales a través del invento de moda: la pianola³⁴. Hasta 1909, los fabricantes de partituras para pianola no pagaban regalías por las composiciones musicales que reproducían, pues según había interpretado la Corte Suprema de los Estados Unidos³⁵ las leyes del copyright tenían una definición restringida que no incluía las reproducciones mecánicas. En esa línea, los rollos para pianola no constituían reproducciones de composiciones musicales y por ello no infringían los derechos del copyright de los compositores, dado que no eran directamente perceptibles por un ser humano a través de las perforaciones³⁶. La Ley de Derechos de Autor de 1909 (*Copyright Act*) garantizó a los titulares del copyright el control de las reproducciones mecánicas de sus trabajos, sin embargo, no contempló su reproducción indirecta a través de un dispositivo legible sólo por un instrumento como la pianola. Sin embargo,

posteriormente el Congreso de los Estados Unidos, instituyó una licencia compulsoria (*compulsory license*) que permitió a los fabricantes de rollos de pianola reproducir cualquier composición musical sin permiso del autor, pagando por ello una regalía tope de dos centavos por cada copia³⁷.

Casi cincuenta años después, se produjo otro caso de interés que enfrentó nuevamente al avance tecnológico con los titulares del *copyright*. En 1960 Xerox lanzó al mercado su modelo de fotocopidora 914. Esta máquina de alta velocidad era muy superior a los demás dispositivos de copiado existentes en aquella época. Como ha señalado certeramente Goldstein, "por primera vez, había una tecnología que permitía que la gente hiciera copias en cientos o miles de oficinas y bibliotecas por todo el país, fuera de todo control y sin ser vista"³⁸. Sin embargo, no todos los titulares del *copyright* se quedaron impasibles ante esta amenaza. William Passano, propietario de la editorial de publicaciones médicas de la ciudad de Baltimore Williams & Willkins, se sintió sumamente afectado por la proliferación de estas máquinas reprográficas. Como un mecanismo de compensación por los daños producidos, exigió a la Biblioteca Nacional de Medicina que le pagara una regalía de dos centavos de dólar por cada página de sus revistas fotocopiadas en la biblioteca³⁹.

La Biblioteca rechazó la propuesta de Passano alegando que la práctica de hacer fotocopias con fines académicos representaba un uso justo de los materiales sujetos a las leyes del *copyright*⁴⁰. La editorial respondió demandando tanto a la Biblioteca Nacional de Medicina (*National Library of Medicine - NLM*) como a las Instituciones Nacionales de la Salud (*National Institutes of Health - NIH*) bajo los cargos de haber violado sus derechos de *copyright* con la práctica del duplicado de artículos de sus revistas.

El Juez de Distrito se mostró favorable a la tesis de Passano, es decir, consideró que la Biblioteca Nacional de Medicina y las Instituciones Nacionales de la Salud violaron el *copyright* de Williams & Willkins y que por

³³ GINSBURG, Jane C. "The Exclusive Right to their Writings: Compensation v. Control in the Digital Age". pp. 3-5; FESSENDEN, Giovanna. "Peer-to-Peer Technology: Analysis of Contributory Infringement and Fair Use". En: IDEA - The Journal of Law and Technology No. 42(3). p. 391; JORDAN, James M. "Copyrights in an Electronic Age". En: Journal of Technology Law & Policy No. 2(1), 1996; y LOREN P., Lydia. "Untangling the Web of Music Copyrights. Case Western Reserve Law Review" No. 53, 2003. pp. 680-681.

³⁴ La pianola funcionaba a través de la succión generada por el pedaleo del pianolista, que reproducía el sonido de acuerdo a las perforaciones de un rollo musical. Véase, "The History of the Pianola", disponible en: <http://pianola.org/pages/history/main.html> (página visitada el 5 de marzo de 2004).

³⁵ *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908).

³⁶ GINSBURG, Jane C. "The Exclusive Right to their Writings: Compensation v. Control in the Digital Age". p. 8.

³⁷ FESSENDEN, Giovanna. Op. Cit. p. 391; y, MARCUS, Adam David. "The Celestial Jukebox Revisited: Best Practices and Copyright Law Revisions for Subscription-Based Online Music Services". Documento de Trabajo. p. 8.

³⁸ GOLDSTEIN, Paul. Op. cit. p. 101.

³⁹ Sólo como ejemplo para situar el problema en España en el año 1999 se fotocopiaron 4,812 millones de páginas protegidas, un equivalente a 24 millones de libros. "Internet gana terreno a las fotocopias en el fraude a los derechos de autor". En: ABC, Madrid, Sección Cultura y Espectáculos, edición del 9 de mayo de 2003. p. 50.

⁴⁰ El director de la Biblioteca Nacional de Medicina, Martin Cummings, rechazó la propuesta de Passano aún cuando calculó que las regalías exigidas sólo reportarían a la Biblioteca erogaciones en favor de Williams & Willkins por 300 dólares anuales. El costo de todas las copias realizadas por la Biblioteca ascendería a la suma de 20,000 dólares. Cifras consideradas insignificantes por Cummings.

ello debía ser indemnizado de forma completa y razonable. Sin embargo, la sentencia fue favorable al gobierno en segunda instancia⁴¹. Finalmente, en un lacónico fallo la Corte Suprema anunció en su sentencia que se había producido un empate, lo que significaba en la práctica la ratificación de la decisión de la Corte de Apelaciones⁴².

Uno de los más importantes casos dentro de la jurisprudencia norteamericana en términos de copyright, lo constituye indudablemente el denominado caso Sony Betamax que enfrentó a la Sony Corporation con los Universal Studios⁴³. Como es conocido, la trasnacional japonesa introdujo en 1976 un equipo que permitía la grabación de cintas de vídeo (*Video Cassette Recorder -VCR*), conocido comercialmente como Betamax. Los equipos de Sony tenían un dispositivo denominado "time shifting" (intercambiador de tiempo) que permitía al usuario grabar un determinado programa de televisión aún cuando se estuviera visualizando otro canal o incluso si el televisor estuviera apagado al momento de la grabación. Aún cuando dichos equipos gozaron de una gran popularidad desde su aparición, esta tecnología no fue del agrado de Universal City Studios y de Walt Disney Studios, quienes consideraron que dicho dispositivo permitía la violación sistemática de sus derechos de autor.

La comercialización de Betamax condujo finalmente a que Universal Studios presentara una demanda contra Sony ante la Corte del Distrito de Los Ángeles, bajo el cargo de contribuir a la infracción de derechos de autor (*contributory copyright infringement*)⁴⁴. El proceso se inició en enero de 1979, aunque la demanda se había presentado originalmente en 1976⁴⁵. En primera instancia la Corte del Distrito resolvió el caso de for-

ma favorable a los intereses de Sony, señalando que la grabación de un programa de televisión realizada por un usuario de Betamax y empleada con fines particulares se encontraba dentro del uso legítimo regulado por las leyes del *copyright*. Dicha decisión fue apelada, y en 1981 la Corte de Apelaciones dictó una sentencia contraria a los intereses de Sony.

En 1984 la Corte Suprema, en una apretada sentencia (cinco de los magistrados votaron a favor del demandado y cuatro en contra) resolvió la apelación planteada por Sony y definió con claridad el contenido de la doctrina del *fair use* o uso justo⁴⁶. La Corte concluyó que los demandantes erraron al señalar que había suficiente evidencia de un efecto adverso en el mercado⁴⁷. Asimismo consideró que los aparatos VCR, pese a que podían derivar en usos que vulneraran las normas del *copyright*, podían también generar usos sustancialmente legítimos (*substantial non infringing use*). La Corte también consideró que la copia personal no lucrativa de un programa de televisión, a través de un VCR no contravenía la protección que las leyes de *copyright* otorgan al programa grabado. En ese sentido, la práctica realizada comúnmente por los usuarios de aparatos VCR bajo el sistema de *time shifting* constituía una actividad que, en virtud de la doctrina del uso justo, no era opuesta al derecho del *copyright*⁴⁸.

La distribución ilícita de archivos musicales a través del Internet ha comprometido a la industria discográfica en la medida en que permite la transferencia masiva de archivos de audio musicales a una calidad aceptable. Como es conocido, en los inicios del Internet, la distribución de música era extremadamente limitada, básicamente debido a que los archivos musicales eran muy "pesados". Así, la transmisión de un archivo musi-

⁴¹ *Williams & Wilkins Co. v. U.S.*, 203 Ct. Cl. 74, 89-90 (1973). La Corte de Apelaciones sustentó su fallo en tres consideraciones. En primer lugar, que Williams & Wilkins no había demostrado que estaba siendo afectado de manera significativa por las instituciones demandadas. También, que la investigación médica se perjudicaría si se consideraba a la práctica del fotocopiado libre como una violación del *copyright*. Finalmente, que para adecuar los intereses de la ciencia con las expectativas de los editores, se requería de una solución legislativa que todavía no se había producido.

⁴² *Williams & Wilkins Co. v. U.S.* 420 U.S. 376 (1975). Véase "Finding Aid to the Williams & Wilkins Co. v. The United States Records, 1938-1982 (bulk 1958-1982)". National Library of Medicine, History of Medicine Division, disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/hmd/manuscripts> (página visitada el 24 de febrero de 2004). Para extenso un análisis del caso mencionado puede verse GOLDSTEIN, Paul. "El *copyright* en la Sociedad de la Información". Alicante, Universidad de Alicante, 1999. pp. 99-128.

⁴³ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁴⁴ La legislación de los Estados Unidos distingue entre la infracción directa de los derechos de propiedad intelectual, realizada a través de la reproducción, transformación o copia material de la obra sin autorización del titular de los derechos de autor, del concepto de contribución a la infracción de derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso es un tercero quien ha obtenido una ventaja económica por facilitar o promover la infracción de derechos directa. Véase, FRIEDMAN, Jonathan A. y BUONO, Francis M. "Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online". En: *Richmond Journal of Law & Technology* No. 6(4).

⁴⁵ Merece destacarse que en el año del inicio del proceso judicial hacía tan sólo unos años que se había aprobado la nueva Ley de Derechos de Autor (*Copyright Act*), la cual introdujo la doctrina del "fair use" o uso justo. Dicha doctrina se basa en que el uso justo o razonable de "una obra protegida no requiere permiso de su autor. Este uso incluye las críticas, comentarios, noticias, reportajes, enseñanzas, investigación y ciertos usos personales. Ver "Copyright and Digital Media in a Post-Napster World". Informe preparado por GartnerG2 y el Berkman Center for Internet & Society de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁴⁶ Uno de los aspectos importantes para evaluar la decisión que finalmente tomó la Corte Suprema es que la venta de VCRs había aumentado enormemente desde el inicio del caso. Para el año de 1981, Sony había logrado introducir en el mercado casi un millón y medio de equipos. En 1986 casi la mitad de los hogares estadounidenses contaban con una grabadora de vídeo en su hogar. Véase, "Betamax Case", disponible en: <http://www.museum.tv/archives> (documento visitado el 26 de febrero de 2004).

⁴⁷ MENELL, Peter S. "Envisioning Copyright Law's Digital Future". Berkeley, University of California at Berkeley School of Law, Legal Theory Research Series No. 95, 2000. pp. 105-106.

⁴⁸ YU, Peter K. "The Copyright Divide". Documento de Trabajo, Michigan State University, DCL College of Law, Public Law & Legal Theory, Documento No. 01-21. p. 37.

cal demandaba un tiempo exagerado⁴⁹. Sin embargo, las nuevas tecnologías de compresión digital elevaron exponencialmente las tasas de transferencia de archivos, al reducir considerablemente el tamaño de los archivos digitales sin afectar la calidad de la reproducción. Sin embargo, el hecho de que sólo se pudiera disfrutar del audio contenido en estos archivos a través del computador, constituía un problema adicional. Pero pronto la tecnología plantearía una solución a este inconveniente.

Una de las primeras escaramuzas de un largo y aparentemente interminable enfrentamiento entre los creadores de nuevas tecnologías y la industria musical se realizó con la comercialización del reproductor digital de audio MP3⁵⁰. "Rio PMP 300"⁵¹ desarrollado por la Diamond Multimedia Systems. Con este dispositivo portátil los usuarios podían reproducir los archivos musicales MP3 que almacenaban en sus discos duros en cualquier lugar. En este contexto, la Asociación de la Industria Discográfica de América (*Recording Industry Association of America* - RIAA)⁵² demandó a Diamond Multimedia bajo el cargo de haber violado la *Audio Home Recording Act* de 1992 (AHRA)⁵³ por la fabricación y distribución de un producto que no cumplía con los requisitos establecidos para los reproductores de audio digital. Asimismo, la industria musical señaló que la distribución ilegal de material musical podría desincentivar la compra de grabaciones originales, con lo cual las pérdidas de la industria por la piratería musical podían ser incluso superiores a las originadas por las tradicionales formas de piratería analógicas.

En su defensa, Diamond Multimedia, arguyó que su reproductor se encontraba fuera del alcance de la AHRA ya que debía ser considerado como un computador. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito señaló en su sentencia que el reproductor digital Rio realizaba copias con la finalidad de permitir el traslado portátil de los archivos de sonido (*space-shift*) almacenados en el disco duro, con lo cual no podía considerarse dentro de los alcances de la AHRA⁵⁴. La diferencia fundamental - como veremos más adelante-, entre el caso Diamond y los casos de transferencia de archivos musicales posteriores, es que las cortes entendieron que el reproductor digital Rio no debía ser considerado como un instrumento "facilitador" de infracciones a las leyes del *copyright* ya que podía generar usos legales⁵⁵.

LA APARICIÓN DEL INTERNET Y SU REGULACIÓN

El Internet tal como lo conocemos ahora, tiene como primer antecedente un proyecto militar desarrollado por el gobierno de los Estados Unidos. Con la intención de superar el desarrollo tecnológico alcanzado por la URSS se crea en septiembre de 1969 la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (*Defense Advanced Research Project Agency* -DARPA-), una casi clandestina división del Departamento de Defensa. Ese mismo año como una iniciativa de DARPA surge el proyecto ARPANet (*Advance Research Project Agency Network*). ARPANet era una red de telecomunicaciones capaz de mantenerse activa en la eventualidad de la destrucción de los demás sistemas de telecomunicaciones durante un ataque nuclear⁵⁶. De

⁴⁹ Habría también que destacar que tradicionalmente el modo de acceso a Internet más común se realizaba a través de la red de telefonía (vía conmutada o *dial-up*), el principal problema de este acceso es que adolece de un ancho de banda limitado. En tales circunstancias transmitir archivos de sonido o de video no sólo es tremendamente enojoso para los usuarios -dadas la extensión de los archivos mencionados y la velocidad de transmisión empleada-, sino incluso extremadamente oneroso en aquellos lugares donde el consumo telefónico se retribuye en relación con la duración de las llamadas. Con el posterior desarrollo de tecnologías de banda ancha como el ADSL o el Módem de Cable la transmisión se agiliza en gran medida y los costos de transmisión de archivos de audio y video también se reducen considerablemente. Véase, KU, Raymond. "The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology". 2001. pp. 8-10.

⁵⁰ El formato MP3 se ha convertido en la tecnología de compresión digital predominante. Constituye un algoritmo estándar no propietario, que permite comprimir archivos musicales en una relación con el original de catorce a uno sin degradar la calidad del sonido. El MP3 fue desarrollado inicialmente por el Instituto de Fraunhofer con el apoyo del profesor Dieter Seitzer. Su proyecto se llamó Proyecto EUREKA EU147, *Digital Audio Broadcasting* (DAB). El estándar fue adoptado por el Moving Picture Experts Group, un grupo dependiente del ISO (International Standards Organization) con la finalidad de crear estándares de video digital y de compresión de sonidos bajo el nombre de MPEG (*Moving Picture Experts Group*) Audio Layer 3.

⁵¹ El Rio PMP 300 de Diamond Multimedia era un reproductor portátil que tenía una gran similitud con el equipo Walkman de Sony, con la ventaja de que era más pequeño pues su tamaño se aproximaba al de un casete de música, pesaba unos 86 gramos y podía almacenar hasta 120 minutos de música. Permitía trasladar los archivos MP3 desde el disco duro de un computador hasta este dispositivo, sin necesidad de permanecer conectado. Véase, OSSA, Claudio. "El fenómeno del MP3 y el caso Napster". En: Revista Electrónica de Derecho Informático [on line], No. 32, 2001, disponible en: http://vlex.com/redi/No._32_-_Marzo_del_2001/4 (página visitada el 15 de enero de 2004); y, WEBB, Stephen W. "RIAA v. Diamond Multimedia Systems: The Recording Industry Attempts to Slow the MP3 Revolution, Taking Aim at the Jogger Friendly Diamond Rio". En: Richmond Journal of Law & Technology No. 7(1), 2000.

⁵² La RIAA fundada en 1952, representa a cerca del noventa por ciento de la industria musical de los Estados Unidos, se encuentra formada tanto por las compañías y estudios de grabación como por los titulares del *copyright* musicales hechos y distribuidos en los Estados Unidos.

⁵³ Esta norma pretendía encontrar un equilibrio entre los intereses de la industria discográfica, la industria electrónica y el de los consumidores que se encontraban representados por la *Home Recording Rights' Coalition* (HRRCC). La AHRA prohíbe que la industria discográfica pueda iniciar acciones legales por supuestas violaciones a las leyes del *copyright* basados en la manufactura, importación o distribución de equipos de audio digital que permitieran realizar grabaciones no comerciales. Esta prohibición no sólo protege a la industria electrónica de los costosos procesos por violación de las normas del *copyright*, también regula el derecho de los consumidores a usar equipos de grabación digital para uso no comercial. Sin embargo, como una compensación a la industria discográfica, la AHRA requiere que los equipos de grabación digital posean un sistema de control de grabaciones (*Serial Copy Management System* -SCMS-), que proporciona información que evita que los dispositivos produzcan una cadena de copias digitales en serie. La AHRA también prevé que la industria electrónica y los importadores de equipos digitales paguen unas regalías a los creadores musicales y titulares del *copyright*, que podrían verse afectados por esta nueva tecnología. Véase, YU, Peter K. Op. Cit. p. 37.

⁵⁴ Ver <http://laws.lp.findlaw.com/9th/9856727.html>

⁵⁵ PEMBERTON, Jayne A. "RIAA v. Diamond Multimedia Systems - Napster and MP3.com". En: Richmond Journal of Law & Technology No. 7(1), 2000.

⁵⁶ Véase, SALAVERRY, Peter. "Telephone Companies Go to Battle Over the Internet". En: Computer Law Review and Technology Journal, 1998.

esta manera ARPANet constituye el primer antecedente de lo que hoy conocemos como Internet, es decir, una red de telecomunicaciones que permitía interconectar a una serie de computadoras tanto de diversas agencias del gobierno como de algunas instituciones académicas⁵⁷.

El aspecto central que tuvieron en cuenta los científicos involucrados en la creación de ARPANet fue la de construir una arquitectura de red abierta descentralizada, es decir, una estructura no controlada por ninguna autoridad. Esta red se encontraba diseñada bajo una arquitectura "end to end" (también denominado "de punta a cabo"). La arquitectura end to end plantea en términos sencillos colocar la inteligencia en los extremos de la red, es decir en las computadoras desde las cuales se accede al sistema, mientras que los dispositivos dentro de la red se encargan de tareas sencillas como el transporte de la información⁵⁸. Esta estructura ha fomentado la innovación y por ende el desarrollo de nuevas aplicaciones, que progresivamente han ido proliferando y perfeccionándose de manera libre y sin mayores restricciones. Sin embargo, el Internet concebido inicialmente como un sistema militar de telecomunicaciones y posteriormente como una infraestructura para el intercambio de información académica, se ha convertido hoy en una plataforma para el intercambio comercial. Este uso económico del Internet, ha ocasionado una serie de conflictos con el ordenamiento jurídico⁵⁹.

Cuando los teóricos y activistas del Internet evaluaron la aplicación de la regulación de la propiedad intelectual

en entornos digitales proyectaron un escenario mucho más complicado que el generado con la aparición de las fotocopiadoras y las grabadoras personales. Los exponentes de la Ideología Californiana⁶⁰ arremetieron con fuerza y señalaron el excepcionalismo del Internet frente a los sistemas jurídicos tradicionales. En 1996, John Perry Barlow lanzó desde Davos su famosa "Declaración de independencia del Ciberespacio", en la cual enfatizaba que "[l]os conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto. Se basan en la materia. Aquí no hay materia"⁶¹, por lo tanto no se aplican al Internet. Para Barlow los derechos de invención y autoría son inherentes a las actividades del mundo físico. En ese sentido, las personas no deberían pagar por las ideas. Sin embargo en el mundo real, sólo por un propósito práctico el mayor valor se encuentra -en términos de Barlow- en el "recipiente" utilizado para transmitir la idea, y no en la idea misma. Es decir, que se protege a las botellas no al vino⁶². En este contexto, los derechos de propiedad intelectual no pueden ser enmendados, rehechos o expandidos para contener a las expresiones digitales. Es necesario, por tanto, desarrollar un nuevo sistema que regule enteramente los derechos de propiedad intelectual en un entorno digital⁶³. Este argumento también ha sido desarrollado por Esther Dyson quien señaló que en el Internet las ideas y los contenidos son libres para prácticamente todos los propósitos⁶⁴. Finalmente, Nicholas Negroponte advirtió en su famoso trabajo Being Digital que las leyes de propiedad intelectual son completamente obsoletas, pues se trata un producto de la era Gutemberg, y profes-

⁵⁷ Evidentemente la historia de la evolución del Internet desde el proyecto militar inicial hasta en los que se ha convertido hoy, es bastante más extensa que las breves líneas dedicadas. Una historia de Internet puede revisarse en: CASTELLS, Manuel. "La Galaxia Internet, reflexiones sobre Internet empresa y sociedad". Madrid, Aréte, 2001. pp. 23-49.

⁵⁸ Lawrence Lessig, señala tres implicancias importantes de la arquitectura con la que se construyó Internet: (i) puesto que las aplicaciones son utilizadas en las computadoras de la periferia, cualquiera que desarrolle nuevas aplicaciones necesitará solamente conectar su computadora a la red para poder hacer uso de ellas; (ii) teniendo en cuenta que el diseño no ha sido hecho para uso de ninguna aplicación en particular, la red se encuentra abierta a la innovación; y, (iii) el diseño reposa sobre una plataforma neutral, en el sentido que no es posible discriminar algunos paquetes de datos en favor de otros, la red no se encuentra diseñada para discriminar en perjuicio del diseño de algún innovador. Véase, LESSIG, Lawrence. "The Future of Ideas: the fate of commons in a connected world". Random House. New York, 2001.

⁵⁹ MASSAGUER, José. "Conflicto de marcas en Internet". En: THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, Lima, No. 39, 1999. p. 409.

⁶⁰ La Ideología Californiana es el término empleado por R. Barbrook y A. Cameron para describir a la cultura que subyace a los creadores del Internet, la cual según Castells se caracteriza por la siguiente estructura superpuesta: una cultura tecnomeritocrática, la cultura del hacker, la cultura comunitaria virtual y la cultura emprendedora. Estos elementos contribuyen a formar una ideología de la libertad muy generalizada en el mundo de Internet. Véase, CASTELLS, Manuel. Op. Cit. pp. 23-49; y, BARBROOK, R. y CAMERON, A. "La Ideología Californiana". Disponible en: <http://cci.wmin.ac.uk/HRC/ci/calif5.html> (página visitada el 10 de junio de 2002).

⁶¹ BARLOW, John Perry. "Declaración de Independencia del Ciberespacio". Disponible en: <http://www.c2mi.com/led/barlow/> (página visitada el 26 de febrero de 2004).

⁶² BARLOW, John Perry. "Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind in the Global Net". disponible en: http://www.eff.org/Publications/John_Perry_Barlow/ (página visitada el 6 de febrero de 2004). También puede verse AA.VV. "Developments - The Law of Cyberspace". En: Harvard Law Review No. 112 (5), 1999, p. 1650. La idea de BARLOW podría resumirse utilizando para ello el ejemplo de la industria musical. Los artistas reciben en promedio sólo entre el 8% y el 15% del precio de un disco compacto. El restante 92% se utiliza para cubrir los costos de producción, almacenamiento, distribución y promoción. Si el soporte ya no es necesario por la acción del Internet, estos costos desaparecen y no debieran ser trasladados a la sociedad. Regresando al ejemplo del vino y las botellas, sólo por la necesidad de distribuir el vino son útiles las botellas, pues aunque el vino es abundante las botellas no lo son. La información digital puede ser transportada sin necesidad de una botella, reducida a unos y ceros. Es transmitida por las ondas de radio, por impulsos eléctricos a través de los hilos telefónicos o por las redes de fibra óptica sin necesidad de un recipiente. Véase, DIAZ NOCI, Javier. "Derechos de autor y sociedad digital de la información en España: Los nuevos retos jurídicos". Ponencia presentada en el Expert Meeting of COST A20-Working Group Music & Radio, The Future of Music, Internet & Copyright, Amsterdam, 29 de noviembre de 2003. pp. 18-20; KU Raymond. Op.cit. pp. 7-8; y, SCHULMAN, M. Brendan. "The Song Heard 'Round The World: The Copyright Implications of MP3s and the Future of Digital Music". En: Harvard Journal of Law & Technology No. 12 (3), 1999, pp.593-596.

⁶³ BARLOW, John Perry. "The Economy of Ideas, A framework for patents and copyright in de Digital Age". En: WIRED No. 2.03, 1994, disponible en: <http://www.wired.com/wired/archive/2.03/> (página visitada el 16 de febrero de 2004).

⁶⁴ DYSON, Esther. "Intellectual Value". En: WIRED No. 3.07, 1995, disponible en: <http://www.wired.com/wired/archive/2.07/> (página visitada el 17 de febrero de 2004); y, Release 2.0. Barcelona, Ediciones B, 1998. pp. 167-169.

tizó que probablemente desaparecerá antes de que pueda modificarse⁶⁵.

La idea que se desprende de las críticas señaladas se centra en el concepto de la movilidad de la información como núcleo dinámico del crecimiento intelectual y de la productividad. Eliminados los costos de producción por el Internet la información debiera circular libremente por el ciberespacio, o en todo caso al valor necesario para cubrir los costos de expresión. Dicha concepción no es nueva, era inherente al mundo intelectual medieval, posteriormente Isaac Newton señaló que la producción intelectual se realizaba gracias a que "somos enanos sentados sobre los hombros de unos gigantes"⁶⁶. Es decir, que las creaciones anteriores en su conjunto, constituirían un fondo de capitalización continua del que los nuevos creadores deberían poder echar mano para alimentar sus nuevas producciones, como si se trataran de bienes comunes intelectuales.

El problema de los bienes comunes es un tópico ya clásico desde la aparición del artículo de Harding⁶⁷. Si muchas personas utilizan un recurso escaso simultáneamente y sin ningún acuerdo institucional que los limite, terminarán por degradarlo considerablemente. Cada individuo tendría un incentivo para explotar en su beneficio la mayor parte del recurso posible, de no hacerlo estos recursos serán aprovechados por otra persona⁶⁸. Este problema se suele solucionar modificando los incentivos a través de la asignación de derechos de propiedad. Sin embargo, tratándose del recurso información en un entorno digital, se ha señalado que su degradación es prácticamente imposible dado que los recursos físicos no pueden ser arruinados por el sobre uso. Por ejemplo, los libros, las pintu-

ras y las invenciones pueden ser copiados sin necesidad de manipular el original⁶⁹. Con lo cual, la tarea reservada a las normas de la propiedad intelectual, es mantener el incentivo para seguir produciendo. Sin embargo, aun cuando la tesis es sugerente existen otras tragedias que pueden afectar la información⁷⁰.

DEFENDIENDO LA COMUNIDAD

El programa Napster constituyó en la práctica la materialización de una comunidad virtual. Millones de internautas alrededor del mundo tuvieron la posibilidad de acceder a un número ilimitado de archivos musicales. Sin embargo, los titulares de los derechos de autor de estos archivos no parecían encontrarse conformes con este uso indiscriminado, por el cual no recibían contraprestación alguna por su esfuerzo creativo. Napster comenzó operaciones en junio de 1999 y fue el pionero en implementar un sistema *peer to peer* (P2P) para transmisión de ficheros musicales entre computadoras de usuarios de Internet⁷¹. Napster Inc., la empresa que creó y desarrolló el sistema P2P del mismo nombre, fue fundada por los estudiantes Shawn Fanning y Sean Parker en mayo de 1999. Este programa permitía a sus usuarios compartir gratuitamente archivos de música en formato MP3 directamente del computador de otros usuarios sin necesidad de un pago a Napster o a los propietarios de los derechos de autor⁷².

En diciembre de 1999, una serie de empresas afectadas por el intercambio de material protegido en Internet⁷³, interpusieron una demanda contra Napster ante una corte federal de San Francisco bajo los cargos de infracción contributiva a los derechos de autor y violación por encubrimiento⁷⁴.

⁶⁵ NEGROPONTE. "El mundo digital, el futuro que ha llegado". Barcelona, Suma de Letras, 2000. p. 97.

⁶⁶ Carta a Robert Hooke fechada el 5 de febrero de 1675. Citado por DIGITAL CONNECTIONS COUNCIL. "Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual Property". Committee for Economic Development Washington, 2004. p. ix. Véase, también, BIRNHACK, Michael D. "The Idea of Progress in Copyright Law". En: Buffalo Intellectual Property Law Journal No. 1(3), 2001. p. 47; y, DAM, Kenneth W. Op. Cit. p. 180.

⁶⁷ HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons". En: SCIENCE No. 162, 1968. pp. 1243-1248.

⁶⁸ OSTROM, Elinor. "El gobierno de los bienes comunes, La evolución de las instituciones de acción colectiva". México, Fondo de Cultura Económica, Centro Regional de Investigaciones Interdisciplinarias y Universidad Autónoma de México, 2000, pp. 23-28.

⁶⁹ ROSE, Carol M. "Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age". Documento de Trabajo, Yale Law School, Research Paper Series, Public Law & Legal Theory, No. 10. p. 2.

⁷⁰ Algunos casos podrían ilustrar el hecho de que incluso los bienes intelectuales pueden degradarse tanto por un uso extensivo como por su ausencia de uso. Por un error al momento de proceder a la renovación del término del copyright la película "It's a Wonderful Life" de Capra filmada en 1946 pasó al dominio público. Este hecho significó que se reprodujeran numerosas versiones de la película, todas ellas de una condición lamentable, con los años la calidad de la película se deterioró notablemente. Recién cuando Spelling Entertainment que tenía los derechos sobre la historia y la música de la película decidió ejercerlos, se realizaron las inversiones necesarias para restaurar la cinta a su versión original. Véase, MARTIN, Scott M. "The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection". En: Loyola of Los Angeles Law Review No. 36 (1), 2002. pp. 255-256. De igual manera, supongamos que un personaje de historietas como Batman pasara a dominio público, no hay que tener mucha imaginación para deducir que casi inmediatamente Batman se convertiría en galán insaciable de historietas pornográficas o en historias absolutamente alejadas del contexto de ciudad Gótica, con lo cual perdería parte importante del valor que tiene en la actualidad el personaje.

⁷¹ Una red *peer-to-peer* es aquellas donde el contenido se encuentra ofrecido no por un servidor central simple, sino por computadoras "pares" enlazadas a través de la red. Véase, LESSIG, Lawrence. Op. Cit. p. 134.

⁷² Las ventajas principales que ofrecía Napster respecto de otros programas de descarga musical gratuitos eran dos: (i) se evitaba que el usuario tuviera que realizar una búsqueda en los distintos servidores de archivos MP3 en Internet; y, (ii) Napster brindaba información sobre cuál o cuáles usuarios tenían los archivos deseados en su disco duro, sin que Napster interviniera en la reproducción o almacenamiento del material.

⁷³ Seagram, Universal Music, BMG, Sony Music, Warner Music Group y EMI.

⁷⁴ De conformidad con la legislación estadounidense de derechos de autor una violación directa es aquella que realiza una persona al reproducir una obra musical protegida por la ley. Mientras que una violación indirecta, puede ser ocasionada por la colaboración que un individuo brinda a otro para realizar una violación de los derechos de autor (*contributory infringement* o violación por colaboración) o cuando una persona que tiene la posibilidad de evitar la posible violación directa de un tercero, lo induce a cometer dicha violación y obtiene un beneficio económico por ello (*vicarious infringement* o violación por encubrimiento).

La defensa de Napster se centró en el argumento de que la utilización de su sistema por parte de sus usuarios se enmarcaba en la excepción del uso justo. La jueza Marilyn Hall Patel, a cargo del caso, rechazó el argumento de Napster, y, le ordenó bloquear los accesos al material protegido por los derechos de autor. En la vista⁷⁵, la Corte de Apelaciones concluyó que la defensa de Napster, basada en el argumento de "time shifting" del caso Sony, sólo era aplicable a tecnologías que no implicaran una distribución masiva del material protegido por derechos de autor. Asimismo, la Corte rechazó el argumento de Napster según el cual su sistema podía generar usos sustancialmente legítimos (*substantial non infringing use*), puesto que había evidencia de que Napster tenía conocimiento del intercambio generalizado de material protegido. Finalmente, la Corte advirtió que Napster se encontraba en la capacidad de supervisar estas transferencias ilegales, sin embargo, no tenía interés en hacerlo puesto que su atractivo radicaba precisamente en la posibilidad de que sus usuarios transmitieran material protegido, con lo cual se evidenciaba que había obtenido un beneficio económico ilegítimo⁷⁶. El caso Napster no es sólo una victoria de la industria discográfica es también una derrota de quienes afirmaban que las leyes del mundo real no son aplicables al ciberespacio⁷⁷.

La breve pero exitosa vida de Napster sirvió de modelo para la aparición de sistemas muy similares como Gnutella y Audiogalaxy, siempre sobre la base del *freeware* o acceso gratuito por parte de los usuarios de Internet. Ello también mereció la respuesta de la industria discográfica⁷⁸.

Así, las 28 de las más grandes compañías de la industria de la música y el entretenimiento de los Estados Unidos demandaron a Grokster y StreamCast Networks por operar los sistemas P2P de intercambio de archivos de sonido Grokster y Morpheus bajo los mismos cargos empleados en la demanda de Napster. Los re-

presentantes de la industria del entretenimiento alegaron que la distribución de programas como los mencionados implicaba regresar a la era Napster, algo que resultaría inaceptable a la luz de la sentencia de la Juez Patzel. Las empresas demandadas sin embargo sostuvieron que sus servicios y el tipo de tecnología que empleaban no operaban de la misma forma que Napster. En efecto, estos sistemas en lugar de indexar los archivos en un servidor central, permiten que los usuarios, carguen sus listas de archivos en determinados nodos, sin que la información transite en ningún momento por los servidores de las empresas demandadas⁷⁹. El Juez Stephen V. Wilson del Distrito de Los Ángeles, quien vio la causa en primera instancia, se pronunció de modo favorable a la posición de la defensa, pues aunque consideraba que era indiscutible que existía una infracción directa de los derechos de autor por parte de los usuarios que habían decidido compartir material protegido, era evidente dadas las características técnicas de los servicios, que Grokster y Morpheus nada podían hacer respecto de la transferencia ilegal de material protegido⁸⁰.

Esta derrota hizo que la industria musical probara nuevas estrategias contra el intercambio musical de material protegido a través de Internet. Con esta finalidad la RIAA demandó a Verizon, un proveedor de acceso a Internet, para que ésta le revelara la identidad de los usuarios de sistemas P2P, pese a que el ordenamiento legal exonera de responsabilidad a los proveedores de servicios acceso a Internet por los contenidos que a través de él se propaguen. Aunque el Juez del Distrito se mostró inicialmente favorable a los demandantes y ordenó que Verizon facilitara la identidad del usuario solicitado, posteriormente la Corte de Apelaciones revocó la medida⁸¹.

Sin embargo, el hecho que los proveedores de acceso de Internet se encuentren legitimados a no presentar la información de sus usuarios directamente a la in-

⁷⁵ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 9th Cir. (2001).

⁷⁶ ROEMER, Ryan. "The Digital Evolution: Freenet and the Future of Copyright on the Internet". En: UCLA Journal of Law and Technology No. 5, 2002. pp. 10-12; y, MOTA, Sue Ann. "Napster: Facilitation of Sharing, or Contributory and Vicarious Copyright Infringement?". En: Minnesota Intellectual Property Review No. 2(2), 2002. pp. 62-70.

⁷⁷ GREENE, Stephanie. "Reconciling Napster with the Sony decision and recent amendments to copyright". En: American Business Law Journal No. 39 (1), 2001. p. 60.

⁷⁸ Las demandas entabladas contra quienes comercializan música protegida no es un hecho privativo a los Estados Unidos. Por ejemplo, en Francia, dos sujetos crearon un sitio Web llamado "MP3 Albums", en dicho lugar se ofrecían descargas musicales libres de álbumes enteros en formato MP3. La Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP) y la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique/Société pour l'Administration du Droit de Reproduction Mécanique des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (SACEM/SDRM), presentaron una acción criminal común contra estos dos sujetos. El Tribunal de Grande Instance de Saint-Etienne señaló que al haber reproducido, distribuido y puesto a disposición copias no autorizadas en formato MP3 a los usuarios del Internet de trabajos musicales protegidos, los demandados eran culpables de falsificación según lo señalado en el Código Criminal francés. Véase, NIKOLITCHEV, Susanne y CABRERA BLÁZQUEZ, Francisco Javier. MP3: "Fair or Unfair Use?". En: IRIS Legal Observations of the European Audiovisual Observatory. pp. 14-15.

⁷⁹ Véase, "Intercambio de ficheros y derechos de autor". En: Expansión, Madrid, Sección Economía, edición del 6 de mayo de 2003, p. 61.

⁸⁰ MADDEN, Mary y LENHART, Amanda. "Music Downloading, File-sharing and Copyright". Pew Internet Project, julio de 2003, p. 2; y, SANCHEZ IREGUI, Felipe. "Sistemas Peer to Peer para el intercambio de música en Internet, de la ilegalidad de Napster a la legalidad de Kazaa, Grokster, Gnutella y Streamcast". Disponible en <http://www.enevnesslaw.com> (página visitada el 5 de marzo de 2004). En un caso similar la Corte Suprema del Reino de Holanda rechazó una demanda presentada por la sociedad de patentes contra los creadores de Kazaa. Los demandantes solicitaban que se introdujeran cambios en el sistema que impidieran la descarga de material protegido. La Corte advirtió que los autores del programa no eran responsables por el uso que se hiciera de él. Véase, "Dos sentencias a favor de Verizon y Kazaa dificultan la persecución del P2P". En: El País, Madrid, Suplemento Ciberp@is, edición del jueves 8 de enero de 2004. p. 10.

⁸¹ "Dos sentencias a favor de Verizon y Kazaa dificultan la persecución del P2P". En: El País, Madrid, Suplemento Ciberp@is, edición del jueves 8 de enero de 2004. p. 10.

dustria musical, no ha limitado su estrategia legal. La industria musical después del revés del caso Verizon viene utilizando el sistema conocido como "Juan Nadie", ya que si bien desconoce los nombres de los supuestos infractores al momento de presentar la demanda, tiene un dato importante de cara a su identificación: la dirección IP (*Internet Protocol*) del internauta⁸². Será el proveedor de acceso quien proporcione la identidad del titular de la dirección IP consignada en la demanda al juzgado. En septiembre de 2003 y en enero y febrero de 2004 la RIAA ha presentado sendas demandas bajo esta modalidad, contra 1324 internautas por supuesta infracción a las leyes de derechos de autor⁸³.

EL FUTURO YA NO ES LO QUE ERA

No es fácil escapar de la tentación de hablar sobre el futuro en temas relacionados con nuevas tecnologías y más aún cuando el tema desarrollado se refiere al Internet. Sin embargo, es probable que termine sucediendo la más de las veces que el vaticinio no sea cierto. Señaló Naum Cabo, que, "no mentir sobre el futuro es imposible y uno puede mentir sobre ello a voluntad"⁸⁴, pero tratándose del Internet y de su relación con los derechos de autor, creemos que vale la pena hacer el intento de barruntar cuáles serán las líneas maestras que delimitarán el derrotero en los próximos años.

El primer aspecto a destacar es que para una protección efectiva de los derechos de propiedad la industria está apostando -siguiendo la tesis de Lessig-, por modificar el código⁸⁵. Esta modificación del código se puede observar desde varias perspectivas. En primer lugar, el desarrollo de un modelo de negocio alternativo al modelo tradicional seguido por casas editoriales y la industria musical. Por otro lado, los avances tecnológicos cuyo propósito consiste en impedir la reproducción de tales productos intelectuales, como podrían ser los sistemas de codificación y la creación de discos compactos no reproducibles.

Dentro de la alternativa de un cambio del modelo tecnológico, podemos citar el caso de la iniciativa Biblioteca Pública de Ciencias (PLOS) con sede en San Francisco, la cual pretende que los desarrollos científicos sean del alcance de cualquier ciudadano. Para ello, ha editado de forma *on-line* dos revistas científicas (*PLOS Biology* y *PLOS Medicine*). A diferencia de las revistas tradicionales, la organización ha optado por una opción alternativa, es decir "el autor paga". El portal cobra a los científicos 1,500 dólares por cada estudio que se pretende publicar, a partir de lo cual la investigación pasa a formar parte de una base de datos de libre acceso⁸⁶. En esta línea, podemos citar también el proyecto Creative Commons de Lessig, que constituye una organización sin ánimo de lucro que ofrece gratuitamente una serie de licencias, alternativas a los derechos de autor, que permite ceder al público parte de dichos derechos, permitiendo una mayor difusión de las obras.

Algunas discográficas también están comenzando a cambiar el modelo, y han optado por ceder sus repertorios musicales a plataformas de pago que permiten descargar música previa suscripción. Así tenemos los casos de MusicNet auspiciado por BMG, EMI, Warner y Real Networks y Pressplay desarrollado por Sony Music Entertainment y Universal Music Group⁸⁷. Asimismo, tenemos el caso del propio Napster, adquirido por Roxio Inc. el servicio fue relanzado en octubre del 2003 permitiendo descargar música mediante un sistema de pago asociado a Musicmatch y Buymusic. Roxio ha señalado que, en conjunto, ambos servicios concentran más de medio millón de títulos musicales⁸⁸. Finalmente, también podemos citar los acuerdos alcanzados entre la industria cinematográfica de la India (la más productiva del planeta) con Kazaa, que permitirá que las bandas sonoras como las propias películas producidas en Hollywood⁸⁹ sean adquiridas a un precio no mayor de tres dólares⁹⁰.

El desarrollo tecnológico, no sólo ha facilitado a un gran número de consumidores los mecanismos de reproducción de material protegido por los derechos de

⁸² La RIAA obtiene la información sobre los archivos musicales obtenidos irregularmente, a través del directorio donde se almacenan en el computador los archivos que se quieren compartir y que se encuentra abierto al resto de usuarios. "La RIAA halla brechas digitales para perseguir a quienes se descargan archivos en las redes P2P". En: El País, Suplemento Ciberp@is, edición del jueves 11 de septiembre de 2003. p. 7.

⁸³ YU, Peter. Op. Cit. p. 3.

⁸⁴ Citado por BARBROOK, R. y CAMERON, A. Op. Cit.

⁸⁵ Para Lessig la más importante de las restricciones de la conducta en el ciberespacio es la equivalente a lo que él denomina arquitectura en el espacio real, es decir el código. Por código entiende el software y el hardware que constituyen el ciberespacio, como un conjunto de protocolos y reglas implementadas, o codificadas, en el software del ciberespacio mismo, las cuales determinan cómo interactúan, o existen, las personas en este espacio. Este código, al igual que la arquitectura en el espacio real, establece los términos en los que entro, o existo, en el ciberespacio. Y al igual que la arquitectura, no es opcional. LESSIG, Lawrence. "Las leyes del ciberespacio". Op. Cit. p. 173.

⁸⁶ "La Red salva la investigación". En: La Gaceta, Madrid, Sección Civilización, edición del 28 de noviembre de 2003, p. 53.

⁸⁷ "El mercado negro de Internet". En: La Vanguardia, Barcelona, Suplemento Novatec, edición del jueves 24 de abril de 2003. p. 8.

⁸⁸ Sin embargo, del viejo Napster sólo queda el nombre, pues hasta se ha variado el formato MP3 por el Windows Media 9 de Microsoft. Véase, "¿Es éste el gatito que se iba a comer a las discográficas?". En: El Mundo, Madrid, Suplemento Ariadna, edición del 12 de octubre de 2003. p. 1.

⁸⁹ La palabra "Bollywood" fue acuñada en los años setenta para etiquetar al cine comercial de la India. El término hace alusión a: "El Hollywood de Bombay". Es una enorme industria que produce actualmente más de 1000 películas al año y es la más grande y productiva en el planeta. Con un mercado de más de 1000 millones de personas en todo el mundo.

⁹⁰ "Kazaa da un primer paso hacia la legalidad al vender películas y música de la India". En: El País, 14 de noviembre de 2003. Disponible en: <http://www.elpais.es> (página visitada el 12 de marzo de 2003).

propiedad intelectual, también podría generar un mayor control sobre las obras con la finalidad de impedir sus reproducciones. Existen sobre el particular numerosas iniciativas, algunas de las cuales no merecen ser mencionadas, sino para destacar el hecho anecdótico⁹¹. A estos sistemas que constituyen parte de la respuesta tecnológica a la problemática de los derechos de autor, se les ha denominado Gestión de Derechos Digitales (*Digital Rights Management - DRM*)⁹².

Como un ejemplo de estrategias de tipo DRM podemos citar a la *Secure Digital Music Initiative* (Iniciativa de Seguridad en Música Digital - SDMI), que se encontraba respaldada por más de 200 fabricantes de fonogramas, las empresas de tecnología y otros agentes relacionados con la música digital. Se pretendía proteger los derechos musicales sin que los consumidores perdieran el acceso a los nuevos formatos de la música *on-line*⁹³. Asimismo, tenemos el caso del *Serial Copy Management System* (SCMS) que consiste en un código creado que al ser aplicado por los productores de fonogramas en sus productos, impide cuando es reconocido por los equipos no profesionales de reproducción y grabación de sonido, que se genere más de una copia del original. Por otro lado, el Código Internacional de Identificación de Grabaciones (ISRC) que identifica el material sonoro y audiovisual. Este código es asignado al primer adquirente de un fonograma, permitiendo con ello el control del uso de obras protegidas, su distribución y el cobro de regalías, facilitando de esta forma la protección de los derechos de autor⁹⁴.

Algunas aplicaciones basadas en tecnología DRM ya han sido lanzadas al mercado. Por ejemplo, la nueva edición del *Tubular Bells* de Mike Olfield, el disco

Américan Life de Madonna, así como el nuevo álbum Alejandro Sanz, "No es lo mismo" de la Warner Music, están protegidos con sistemas anticopia⁹⁵. Sin embargo, la aplicación de este dispositivo puede también traer otro tipo de problemas. Por ejemplo, en España las asociaciones de consumidores y de internautas sostuvieron que se estaba limitando su derecho a extraer una copia privada del documento, debido a lo cual debía calificarse como un producto defectuoso y aplicar sobre él los apremios que impone la legislación de protección al consumidor. Como consecuencia de ello, la Warner Music eliminó este dispositivo⁹⁶.

Otro ejemplo interesante es la alianza entre Real Networks y Microsoft⁹⁷. Muchos sitios en Internet mantienen información reproducible a través de los programas de ambas empresas. Al reproducir un determinado archivo ya sea con el Real Audio o el Windows Media Player será posible escuchar la música pero se encontrará impedido de efectuar una reproducción de la misma. Asimismo, I-Tunes Music Store⁹⁸, un servicio de pago por descargas musicales contiene un sistema de distribución de contenido AAC (*Advanced Audio Coding*). Este sistema permite a los usuarios reproducir canciones adquiridas por otros usuarios desde una lista compartida. Si algún usuario quiere grabar en un CD una canción de dicha lista el sonido se irá deteriorando a medida que se realicen mayores copias.

Finalmente, en enero de 2003, se lanzó un estándar tecnológico que permitiría la distribución comercial de música pregrabada en discos compactos llamado Microsoft's Windows Media Data Session Toolkit. Este nuevo software permite que cualquier sello discográfico

⁹¹ Por ejemplo el senador republicano del estado de Utah, Orrin Hatch, durante una sesión del Senado norteamericano en la que se discutían las medidas para prevenir la copia no autorizada, señaló que la mejor forma de proteger los derechos de autor *on-line* sería creando un programa que destruyera de forma irreversible los computadores que se utilizaran en las descargas ilegales de material protegido. El senador Hatch además de ser representante en el Congreso de los Estados Unidos, es autor de numerosos discos de música patriótica y religiosa. Véase, "Un senador norteamericano propone legalizar un software que destruya ordenadores a distancia". En: ABC, Madrid, Sección Sociedad, edición del lunes 23 de junio de 2003. p. 41. Asimismo el representante Howard L. Berman, introdujo una propuesta en julio de 2002 (Berman Bill), que en caso de aprobarse, permitiría que los titulares del copyright deterioraran la distribución o la reproducción de su trabajo copiado sobre archivos compartidos en la Red. Véase, FAZEKAS, Christopher. "Vigilantes v. Pirates, The Rumble Over Peer-To-Peer Technology Hits the House Floor". En: Duke Law & Technology Review No. 20, 2002.

⁹² Los mecanismos de protección tecnológica más importantes dentro del concepto de DRM se centran en la fabricación de discos compactos que no puedan ser reproducidos, lo cual hace inútil el empleo de quemadores de discos compactos, y otros mecanismos que permiten su reproducción y distribución a través de Internet. Es posible la codificación de la información, de manera que sea necesario que los usuarios tengan que adquirir una clave, y con ello, obtener acceso al material protegido. La clave sobre la obra podría obligar a registrar e identificar el equipo sobre el cual se ejecuta la obra musical, de esta forma se evita que equipos no autorizados reproduzcan o ejecuten la información protegida. Otro mecanismo es la inclusión de limitaciones de código en la obra, como permitir únicamente una determinada cantidad de reproducciones, después de lo cual el usuario pierde la posibilidad de disfrutar de su ejecución. Finalmente la identificación de los trabajos musicales a través de sistemas conocidos como "marcas de agua" (watermarks), que si bien no impiden la reproducción de las obras musicales, sí brindan información sobre quien adquirió los derechos e inclusive sobre el lugar de distribución. Véase, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. "The Digital Dilemma, Intellectual Property in the Information Age". National Academy Press, Washington, 2000.

⁹³ El sistema SDMI consistía en unas "marcas de agua" auditivas, modificando algunos bits de forma imperceptible para el oído pero que identificaban que el archivo estaba protegido y, por lo tanto, se evitaba su copia. Sin embargo, antes de que se aprobara el estándar, investigadores de la Universidad de Princeton consiguieron romper estas marcas, lo que puso en entredicho su nivel de seguridad. Véase, "El mercado negro de Internet". En: La Vanguardia, Barcelona, Suplemento Novatec, edición del jueves 24 de abril de 2003, p. 8; y, LEVY, Nichelle N. "Method to their Madness the Secure Digital Music Initiative". En: Virginia Journal of Law and Technology, University of Virginia No. 5.

⁹⁴ ABRAMOVSKY, Laura, CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés. "Las industrias protegidas por los derechos de autor y conexos en la Argentina". Documento de trabajo, Centro de Investigaciones para la Transformación (CENIT), Abril, 2001. p. 39.

⁹⁵ "Internautas de todo el mundo proponen el boicoteo de los CD corruptos". En: El País, Madrid, Suplemento Ciberp@is, edición del jueves 8 de enero de 2004. p. 10.

⁹⁶ Véase, <http://www.musikaid.com/noticia.php> (cual=54).

⁹⁷ Ver "Copyright and Digital Media in a Post-Napster World". Informe preparado por GartnerG2 y el Berkman Center for Internet & Society de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. p. 38.

⁹⁸ *Ibidem*.

pueda grabar su material en dos sesiones dentro de un mismo disco compacto, una primera conteniendo el audio estándar del disco, y una segunda que contendría archivos protegidos en formato Windows Media⁹⁹. Dicho estándar permitirá la creación de copias seguras de discos compactos y DVDs para ser reproducidos en computadoras, estableciendo reglas determinadas para cada disco. Por ejemplo, un disco podrá permitir a un usuario reproducir un disco compacto en un computador y permitir al mismo usuario transferir contenido a un dispositivo portátil de música o a un reproductor de DVD.

Sin embargo las respuestas de tipo DRM no aseguran que la transmisión y reproducción de archivos protegidos por los derechos de autor sea un éxito. La creación de tecnología para combatir tecnología genera lo que se ha denominado un incesante "cycle of launch-and-crack", es decir, un ciclo de lanzamiento de nuevos estándares anticopia que posteriormente son fácilmente vulnerables y sus mecanismos de seguridad decodificados. La práctica sólo podrá asegurar una protección adecuada si los estándares tecnológicos de control son actualizados constantemente; sin embargo, si son usados para codificar contenidos de gran demanda como software, juegos, música o películas, seguirán generándose de forma casi natural los incentivos para que se produzcan paralelamente los desarrollos para romper estos códigos de seguridad. El inconveniente que se observa en los sistemas de tipo DRM, es que en realidad estos estándares restringen la posibilidad de la copia privada pero generalmente no evitan la reproducción ilegal con fines comerciales, con lo cual se termina castigando al consumidor que adquiere versiones originales, pues el material ilegal suele estar libre de estas restricciones.

Asimismo no parece descabellada la propuesta presentada por Lessig, quien tiene como tesis principal que la preocupación de los Estados Unidos de proteger el derecho intelectual se ha convertido en una obsesión opresiva. En opinión de Lessig, un sistema inicialmente diseñado para incentivar la innovación, se ha convertido en un arma para atacar la creatividad. Como parte de su propuesta sostiene que dicha protección debe tener una duración lo más restringida y razonable posible, es decir, sólo el tiempo necesario para conseguir un acceso ilimitado al trabajo de otro artista. Por encima de todo, indica, el objetivo de la ley debe ser que los productos culturales entren rápidamente

en el dominio público; y, quizá, transformarlos en algo nuevo.

Lessig entiende que para el tipo de descargas musicales como las desarrolladas por el Napster original habría sido correcto requerir una compensación a los artistas con licencias de pago único, creando un sistema de licencias compulsorias, tal como los fabricantes de rollos de pianolas compensaron a los artistas por los trabajos reproducidos en sus rollos. En teoría, a los artistas se les podría compensar, sin comprometer la innovación central de un archivo musical ilimitado. El sistema funcionaría como una suerte de cargo fijo de los servicios y dispositivos, una vez realizado el cargo se descargaría la música escogida. La recaudación formaría parte de un fondo común en donde se pagaría directamente a los titulares de los derechos de autor (autores y compositores).

Finalmente, tenemos una última opción, la que sostiene que aunque todo cambie, todo sigue igual. Esta posición plantea que el problema de las descargas ilegales de música en Internet se solucionaría con el refuerzo de los derechos de autor y la promulgación de legislación que sancione con mayor severidad a todo aquel que, directa o indirectamente, viole los derechos de autor¹⁰⁰.

Por lo tanto, el problema no se ubica en que la ley contemple o no los derechos de autor sino que esa regulación, orientada a tutelar dichos derechos, resulte ineficiente. Lo anterior se logrará en la medida en que se implemente una política de información destinada a difundir la problemática generada por las infracciones a los derechos de autor y el impacto negativo en la sociedad y, con mayor importancia, a través de los medios tecnológicos que impidan al consumidor realizar tales violaciones.

CONCLUSIONES

Hace algunos años Jerry Harrison, tecladista de la banda "Talking Heads" se preguntaba si Pink Floyd habría producido su éxito más conocido ("The Wall") si hubiese sabido que se comercializaría únicamente en formato MP3. Harrison se limitó a decir que no sabía cuál habría sido la respuesta¹⁰¹. Sin embargo, más allá del dicho anecdótico, creemos que este es el aspecto principal del dilema que nos ocupa. Los defensores del sistema de propiedad intelectual tal como lo conocemos, suelen señalar que una relajación de la protección brindada a los autores no haría sino limitar el incentivo para la producción de bienes culturales.

⁹⁹ DAVIN, John. "Microsoft software protects copyrights". Disponible en: <http://www.thetartan.org/97/16/scienceandtechnology/2914.asp>.

¹⁰⁰ Apuntes de la conferencia "The Future of Intellectual Property on the Internet: A Debate", realizada el 1 de octubre de 2000, en el Ames Courtroom de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

¹⁰¹ ASKANAZI, Jennifer, CAPLAN, Glen y otros. "The Fate of Napster: Digital Downloading Faces an Uphill Battle". En: Duke Law & Technology Review No. 13, 2001.

No debemos olvidar que los derechos de propiedad intelectual nacen precisamente de la mano de la tecnología¹⁰². Si la imprenta motivó que se construyera un complejo sistema de protección de las ideas (inedito hasta el momento), es altamente probable que las tecnologías logren modificar su estructura tradicional. La imprenta no sólo permitió la creación de un sistema de protección de derechos de autor -este quizá sea uno de sus atributos menos memorables-, su principal virtud es que popularizó el conocimiento al abaratare considerablemente el costo de producción de la información. Durante la Edad Media, el costo de las reproducciones era tan elevado que la opción de establecer un sistema de derechos de propiedad intelectual probablemente no se hubiera planteado. La información se encontraba atesorada por una compleja red de monasterios y bibliotecas episcopales. Fue la imprenta el instrumento que permitió romper este circuito al facilitar la expansión del conocimiento primero a las clases burguesas y, posteriormente, con la construcción de los sistemas públicos de enseñanza, a gran parte de la población.

La paradoja planteada por la evolución de las nuevas tecnologías, es que como en ninguna época la posibilidad de acceder a casi todas las fuentes de información conectadas al sistema no es una utopía. El Internet constituye una especie de moderna Biblioteca de Alejandría, en la que todos los usuarios pueden ser al mismo tiempo consumidores y creadores.

El sistema tradicional de derechos de autor, se construye a partir de un equilibrio entre consumidores y

creadores. Es decir, que en un extremo de la relación se encuentran los autores como un grupo social cuyo trabajo debe ser recompensado y, en el otro lado, una sociedad que valora y que por ello consume los productos de la inventiva. Sin embargo la evolución de las nuevas tecnologías de la información, parece haber roto inexorablemente el equilibrio existente entre los autores, la industria y los consumidores.

Es por ello que es sumamente necesario lograr reestablecer este equilibrio. Sin embargo, las posiciones como hemos visto parecen irreconciliables, pues mientras que la industria se niega a perder las ventajas que le otorga el monopolio sobre la creación intelectual; por otro lado, los consumidores, en abierto desacato, utilizan de forma indiscriminada las nuevas tecnologías para adquirir productos protegidos de manera gratuita. La solución del problema, es por lo demás compleja. En primer lugar cualquier solución planteada debe considerar que los creadores tienen derecho a ser compensados económicamente por su inventiva.

Por otro lado, mantener el sistema tal como está diseñado, alentando como respuesta al fenómeno digital medidas de carácter represivo, no parece ser la respuesta más apropiada. Finalmente, cabría preguntarnos si el Internet logrará vencer las reticencias de la industria. Si la vieja pianola -un invento por lo demás nada extraordinario- logró establecer un nuevo mecanismo de explotación de los derechos de autor, es probable que ello ocurra nuevamente, aunque para ello la industria discográfica amenace con denunciarnos a todos.

Antonio Rodríguez Lobatón
Oscar Montezuma Panez

¹⁰² Aparentemente el primer derecho de autor registrado para un texto fue otorgado en el año 1469, cuando el Senado de Venecia garantizó al impresor alemán Johannes de Spira, un monopolio de cinco años por la impresión de las cartas de Cicerón a Plinio, hecho que repitió en 1486 al otorgar un derecho similar al humanista Marcantonio Sabellico por su "Historia de Venecia". Asimismo, el primer derecho de autor a un artista lo concedió también el senado de la ciudad de Venecia a Ticiano para proteger las impresiones de sus grabados de posibles imitaciones. Véase BURKE, Peter. "Historia social del conocimiento". Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. pp. 196-198; y, PATRY, William F. "Copyright Law and Practice". Disponible en: <http://digital-law-online.info> (página visitada el 3 de marzo de 2004). Una evolución de los derechos de autor, con especial atención a los procesos de Inglaterra y Francia se puede revisar en: BIRNHACK, Michael D. "The Idea of Progress in Copyright Law". En: Buffalo Intellectual Property Law Journal No. 1(3), 2001. pp. 23-29; DIGITAL CONNECTIONS COUNCIL. "Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual Property". Committee for Economic Development Washington, 2004. pp. 9-12; y, GELLER, Paul E. "Copyright History and the Future: What's Culture got to do with it?" En: Journal, Copyright Society of the U.S.A. pp. 210 -235.