

Cultura libre: Epílogo

LAWRENCE LESSIG

TRADUCCIÓN: ANTONIO CÓRDOBA / ELÁSTICO



Esta versión digital de *Free Culture* ha sido licenciada por Lawrence Lessig con una licencia de Creative Commons. Esta licencia permite los usos no comerciales de esta obra en tanto en cuanto se atribuya la autoría original.

Esta versión digital de *Cultura libre*, traducción de *Free Culture*, de Lawrence Lessig, ha sido licenciada por Antonio Córdoba / Elástico con una licencia de Creative Commons. Esta licencia permite los usos no comerciales de esta traducción en tanto en cuanto se atribuya la autoría de la traducción.

Para más información sobre ambas licencias, véase:

<http://www.creativecommons.org/licenses/by-nc/1.0/>

AL MENOS ALGUNOS que hayan leído hasta aquí estarán de acuerdo conmigo en que algo debe hacerse para cambiar el rumbo en el que vamos. El equilibrio de este libro describe el mapa de qué puede hacerse.

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

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

Una vez que este movimiento haya tenido efecto en la calle, habrá esperanzas de que tenga efecto en Washington. Aún somos una democracia. Lo

que la gente piensa importa. No tanto como debería, al menos cuando una RCA se opone a ello, pero incluso así importa. Y por tanto, en la segunda parte de lo que sigue, esbozo cambios que el Congreso podría llevar a cabo para dar mayor seguridad a una cultura libre.

NOSOTROS, AHORA

EL SENTIDO COMÚN está con los guerreros del copyright porque hasta este momento el debate ha quedado definido por los extremos--como un enorme "o esto o lo otro": o propiedad o anarquía, o control total o no se paga a los artistas. Si ésta es verdaderamente la decisión a tomar, entonces los guerreros deberían ganar.

El error aquí es excluir el punto medio. Hay extremos en este debate, pero los extremos no representan todo lo que hay. Hay aquellos que creen en el máximo copyright--"Todos los Derechos Reservados"—y aquellos que rechazan el copyright--"Ningún Derecho Reservado". Los de "Todos los Derechos Reservados" creen que deberías pedir permiso antes de "usar" de cualquier modo una obra con copyright. Los de "Ningún Derecho Reservado" creen que

deberías poder hacer lo que tú quieras con los contenidos, sin que importe que tengas permiso o no.

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

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

Lo que se necesita es una manera de decir algo que esté en el medio--ni "todos los derechos reservados" ni "ningún derecho reservado", sino un "algunos derechos reservados"--y por tanto una manera de respetar el copyright pero que posibilite que los creadores liberen contenidos de la manera que les parezca más apropiada. En otras palabras, necesitamos una forma de restaurar una serie de libertades que antes simplemente podíamos dar por sentadas.

Reconstruyendo libertades previamente dadas por supuestas: ejemplos

Si das un paso atrás y te alejas de la batalla que he estado aquí describiendo, reconocerás este problema a partir de otros contextos. Piensa en el derecho a la intimidad. Antes de Internet, la mayoría de nosotros no tenía que preocuparse mucho en relación a la información sobre nuestras vidas que le transmitimos al mundo. Si entrabas en una librería y hojeabas algunas de las obras de Carlos Marx, no tenías que preocuparte de que tendrías que explicarles a tus vecinos o a tu jefe tus hábitos a la hora de hojear libros.

¿Qué aseguraba esto?

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

Pero en esto llega Internet, donde, en particular, los costes de rastrear lo que hojeas se han hecho mínimos. Si eres cliente de Amazon, conforme hojeas distintas páginas, Amazon recopila información sobre lo que has mirado. Esto se sabe porque en el lado de la página hay una lista de páginas "vistas

recientemente". Ahora, gracias a la arquitectura de la Red y la función de las *cookies* en la Red, es más fácil recopilar información que no hacerlo. La fricción ha desaparecido y por tanto cualquier "privacidad" protegida por la fricción lo ha hecho también.

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

Es esta realidad la que explica la presión por parte de muchos para definir qué es la "intimidad" en Internet. El reconocimiento de que la tecnología puede eliminar todo aquello que la fricción nos dio antes es lo que conduce a muchos a promover leyes que hagan lo que la fricción hacía antes¹. Y ya estés a favor de estas leyes o no, aquí lo que importa es el patrón. Hemos de tomar medidas activas que nos aseguren el tipo de libertad que antes se nos proporcionaba pasivamente. Un cambio en la tecnología nos fuerza ahora a los que creemos en la intimidad a actuar de una forma afirmativa donde, antes, la privacidad se nos daba por defecto.

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

Éste es el mundo en el que nació Richard Stallman, y mientras era investigador en el MIT llegó a amar la comunidad que se desarrolló cuando uno tenía la libertad de explorar y jugar con el software que se ejecutaba en las

máquinas. Un tipo listo él mismo, y un programador de talento, Stallman llegó a depender de la libertad para modificar o añadir algo al trabajo de otra gente.

En un entorno académico, al menos, ésta no es una idea tremendamente radical. En un departamento de matemáticas, cualquiera tiene la libertad de jugar con la demostración que otro ha ofrecido previamente. Si tú creías que tenías una forma mejor de demostrar un teorema, podías tomar lo que otro había hecho y cambiarlo. En un departamento de Lenguas Clásicas, si pensabas que la traducción hecha por un colega de un texto recientemente descubierto tenía errores, gozabas de la libertad de mejorarla. Así, para Stallman, parecía obvio que deberías ser libre para jugar y mejorar el código que se ejecutaba en una máquina. Esto también era conocimiento. ¿Por qué no habría de estar abierto a críticas como cualquier otra cosa?

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

Por tanto, la práctica del código propietario empezó a expandirse, y para el principio de los ochenta Stallman se encontró rodeado de código propietario. El mundo del software libre había sido borrado por un cambio en la economía de la informática. Y según creía él, si no hacía nada, entonces la libertad de cambiar y compartir software sería debilitada de un modo fundamental.

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

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

Stallman, por tanto, estaba haciendo por el código lo que los defensores del derecho a la intimidad hacen ahora por la privacidad. Estaba buscando una forma de reconstruir un tipo de libertad que antes se había dado por sentada. A través del uso activo de licencias que marcan obligaciones al código con copyright, Stallman estaba reclamando de hecho un espacio en el que el software libre pudiera sobrevivir. Estaba protegiendo activamente lo que antes se había garantizado pasivamente.

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

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

a sus usuarios por el privilegio de acceder a esa misma opinión a través de sus servicios.

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

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

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

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

Esta libertad menguante ha llevado a muchos a tomar medidas activas para restaurar la libertad que se ha perdido. La Biblioteca Pública de la Ciencia

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

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

Reconstruyendo la cultura libre: una idea

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

He aquí Creative Commons. Los Campos Comunes Creativos son una corporación sin ánimo de lucro establecida en Massachusetts, pero que tiene su sede en la universidad de Stanford. Su meta es construir una capa de copyright *razonable* por encima de los extremos que reinan hoy día. Y esto lo lleva a cabo facilitándole a la gente el construir a partir de las obras de otra gente, al simplificar la forma en la que los creadores determinan los grados de libertad que otros tienen a la hora de tomar y construir sobre sus obras. Etiquetas sencillas hacen esto posible, al ser etiquetas ligadas a descripciones que las personas pueden leer, licencias descritas en esquemas claros.

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

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

Estas opciones establecen por tanto un espectro de libertades más allá de las leyes de copyright por defecto. Permiten también libertades que van más allá del tradicional uso justo. Y de modo más importante, expresan estas libertades de una forma en la que los usuarios posteriores pueden usar estas obras y fiarse de lo que hacen sin que haga falta contratar a un abogado. Creative Commons por

tanto pretende construir una capa de contenidos, gobernados por una capa de leyes razonables de copyright, sobre la que otros puedan construir. Las decisiones voluntarias de individuos y creadores harán que estos contenidos estén disponibles. Y estos contenidos nos permitirán a su vez reconstruir un dominio público.

Éste es solamente un proyecto entre muchos dentro de Creative Commons. Y por supuesto, Creative Commons no es la única organización en busca de estas libertades. Pero el punto que distingue a Creative Commons de muchas otras es que no estamos interesados sólo en hablar sobre un dominio público o en conseguir que los legisladores ayuden a construir un dominio público. Nuestra meta es construir un movimiento de consumidores y productores de contenidos ("conductores de contenidos", como los llama la abogada Mia Garlick) que ayuden a construir un dominio público y, por medio de su obra, demuestren la importancia del dominio público para otras formas de creatividad.

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

¿Por qué habrían de participar los creadores, abandonando un control total sobre sus obras? Algunos participan para difundir mejor sus contenidos. Cory Doctorow, por ejemplo, es un autor de ciencia ficción. Su primera novela, *Down and Out in the Magic Kingdom*, fue publicada gratis en Internet, bajo una

licencia de Creative Commons, el mismo día que se puso a la venta en las librerías.

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

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

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

Éstos son ejemplos de cómo usar los Commons, los Campos Comunes, para difundir mejor contenido propietario. Creo que éste es un uso maravilloso y común de los Commons. Hay otros que usan licencias de Creative Commons por otras razones. Muchos de los que usan la "licencia de sampleados" lo hacen porque cualquier otra cosa sería una hipocresía. La licencia de sampleado dice que otros tienen la libertad, para propósitos comerciales y no comerciales, de samplear contenidos de la obra licenciada; solamente que no tienen la libertad de hacer copias de la obra licenciada y ponerlas a disposición de otros. Esto es coherente con su propio arte--también ellos samplean a otros. Dado que los

costes *legales* de samplear son tan altos (Walter Leaphart, manager del grupo de rap Public Enemy, que nació sampleando la música de otros, ha afirmado que ya no "permite" que Public Enemy samplee nada más, debido a lo altos que son los costes legales²), Éstos artistas difunden en el entorno creativo contenidos que otros pueden usar como base para construir los suyos propios, de manera que esta forma de creatividad pueda crecer.

Finalmente, hay muchos que marcan su contenido con una licencia de Creative Commons simplemente porque quieren dejarle claro a los demás la importancia del equilibrio en este debate. Si te dejas llevar por el sistema tal y como está, estás efectivamente diciendo que crees en el modelo de "Todos los Derechos Reservados". Lo cual está muy bien por lo que a ti respecta, pero muchos no piensan así. Muchos creen que por muy apropiadas que sean las reglas para Hollywood y los anormales, no es una descripción de la forma en la que muchos creadores ven los derechos asociados con sus contenidos. La licencia de Creative Commons expresa esta noción de "Algunos Derechos Reservados", y da a muchos la oportunidad de decírselo a otros.

En los primeros seis meses del experimento de Creative Commons, más de un millón de objetos fueron licenciados con estas licencias de cultura libre. El próximo paso es asociarse con proveedores de contenidos *middleware*¹ para ayudarles a añadir a sus tecnologías formas sencillas para los usuarios de marcar sus contenidos con las libertades de Creative Commons. Después el paso siguiente es observar y reconocer a los creadores que construyan sus contenidos a partir de contenidos liberados.

Éstos son los primeros pasos para reconstruir un dominio público. No son meros argumentos; ya están en acción. Construir un dominio público es el primer paso para mostrarle a la gente cuán importante es ese dominio para la creatividad y la innovación. Creative Commons confía en pasos voluntarios para

¹ El *middleware* es un software de conexión que consiste en una serie de servicios que permiten que múltiples procesos en ejecución en una o más máquinas interactúen entre sí a través de una red.

conseguir esta reconstrucción. Conducirán a un mundo en el que más pasos voluntarios sean posibles.

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

ELLOS, PRONTO

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

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

1. Más formalidades

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

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

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

¿Por qué?

Tal y como sugerí en el capítulo 10, el motivo para abolir las formalidades es bueno. En un mundo anterior a las tecnologías digitales, las formalidades imponían a los dueños de copyright una carga sin muchos beneficios. Así, se progresó cuando las leyes relajaron los requisitos formales por los que tenía que pasar un dueño de copyright para proteger y asegurar su obra. Esas formalidades se perdieron en el proceso.

Pero Internet cambia todo esto. Las formalidades hoy día no tienen que ser una carga. Más bien, un mundo sin formalidades es un mundo que le impone cargas a la creatividad. Hoy día, no hay una manera sencilla de saber quién es dueño de qué, o con quién tiene uno que tratar para usar o basarse en el trabajo creativo de otros. No hay registros, no hay un sistema para rastrear--no hay una manera sencilla para saber cómo conseguir permiso. Sin embargo, dado el masivo incremento del campo de acción de las reglas del copyright, recibir permiso es un paso necesario para cualquier obra que construya a partir de

nuestro pasado. Y así, la *falta* de formalidades fuerza a muchos al silencio cuando, de otra forma, podrían hablar.

Las leyes deben cambiar por tanto este requisito¹--pero no deben cambiar para volver al viejo y roto sistema. Debemos exigir formalidades, pero debemos establecer un sistema que cree los incentivos para minimizar la carga de estas formalidades.

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

REGISTRO Y RENOVACIÓN

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

Mas siempre me resulta sorprendente el que nosotros, que venimos de una tradición de extraordinaria innovación en lo tocante al diseño del gobierno, ya no podamos pensar innovadoramente acerca de cómo las funciones del gobierno podrían ser diseñadas. Sólo porque haya un propósito público para un

rol del gobierno, eso no implica que el gobierno tenga que administrar ese rol. En lugar de esto, deberíamos estar creando incentivos para que grupos privados sirvan al público, sujetos a los estándares que marque el gobierno.

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

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

MARCAR

Solía ser el caso que el olvido a la hora de incluir un aviso de copyright en una obra de creación implicaba que el copyright se había perdido. Lo cual era una dura pena por olvidarse de cumplir con una mera regla--similar, en el mundo de los derechos de creación, a imponer la pena de muerte por una multa de aparcamiento. Aquí, de nuevo, no hay razón alguna para que el requisito de imponer una marca se deba hacer cumplir de esta manera. Y de un modo más

importante, no hay razón para que el requisito de marcar las obras se deba hacer cumplir uniformemente en todos los medios.

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

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

Empecemos con este último punto. Si el dueño de un copyright permite que su obra se publique sin un aviso de copyright, la consecuencia de ese olvido no ha de ser la pérdida de copyright. La consecuencia podría ser, por contra, que cualquiera tenga el derecho a usar esta obra, hasta que el dueño del copyright se queje y demuestre que esa obra es suya y que no da permiso². El significado de una obra no marcada sería por tanto "úsala a menos que alguien se queje". Si alguien se queja, entonces la obligación sería dejar de usar la obra en cualquier creación nueva a partir de entonces, pero no se impondría ninguna pena a los usos llevados a cabo hasta ese momento. Esto crearía un fuerte incentivo para que los dueños de copyright marquen sus obras.

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

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

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

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

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

2. Plazos Más Cortos

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

En *The Future of Ideas*, propuse un plazo de setenta y cinco años, concedido en incrementos de cinco años con el requisito de renovarlos cada cinco años. Eso pareció radical en su momento. Pero después de que perdimos *Eldred contra Ashcroft*, las propuestas se hicieron aún más radicales. *The Economist* apoyó una propuesta para un plazo de catorce años³. Otros han propuesto ligar el plazo al plazo de las patentes.

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

(1) *Que sea corto*: El plazo debería ser tan largo como sea preciso para proporcionar incentivos a la hora de crear, pero no más. Si quedara ligado a fuertes protecciones para los autores (de manera que los autores pudieran reclamar derechos de los editores), los derechos a la misma obra (no obras derivadas) podrían extenderse más. La clave es no atar la obra con regulaciones legales cuando ya no beneficia a su autor.

(2) *Que sea sencillo*: La línea entre el dominio público y el contenido protegido debe quedar clara. A los abogados les gusta la indefinición de "uso justo" y las distinciones entre "ideas" y "expresión". Esa clase de leyes les proporciona mucho trabajo. Pero nuestros legisladores tenían una idea más sencilla: protegido frente a no protegido. El valor de plazos más cortos es que hay poca necesidad de insertar excepciones en el copyright cuando el plazo mismo es corto. Una "zona libre de abogados"

que sea clara y activa hace que sea menos necesario navegar en torno a las complejidades de "uso justo" e "idea/expresión".

(3) *Que esté vivo*: Se debería tener que renovar el copyright. Especialmente si el plazo máximo es largo, se debería obligar al dueño a que señale periódicamente que quiere que la protección continúe. Esta necesidad no tendría por qué ser una carga onerosa, pero no hay razón para que esta protección del monopolio sea gratuita. De media, a un veterano le lleva noventa minutos solicitar una pensión⁴. Si hacemos que los veteranos sufran esa carga, no veo por qué no habríamos de exigirles a los autores que dediquen diez minutos cada cincuenta años a rellenar un único formulario.

(4) *Que anticipe el futuro*: Sea cuál sea el plazo del copyright, la lección más clara que enseñan los economistas es que el plazo no debe extenderse una vez dado. Puede que haya sido un error en 1923 por parte de las leyes el darle solamente un plazo de cincuenta y seis años. Yo no lo creo, pero es posible. Si fue un error, entonces la consecuencia es que tenemos menos autores que crearan en 1923 de los que tendríamos de otra manera. Pero no podemos corregir ese error hoy extendiendo el plazo. Hagamos lo que hagamos hoy, no incrementaremos el número de autores que escribían en 1923. Por supuesto, podemos incrementar las retribuciones para aquellos que escriben hoy (o, alternativamente, incrementar la carga del copyright que asfixia muchas obras que son hoy invisibles). Pero incrementar su recompensa no incrementará su creatividad en 1923. Lo que no se ha hecho no se ha hecho, y ya no hay nada que podamos hacer hoy.

Juntos, estos cambios deberían producir un plazo *medio* de copyright que sea muchísimo más corto que el actual. Hasta 1976, el plazo medio era

solamente treinta y dos años y medio. Lo mismo que deberíamos tener como meta.

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

3. Uso libre frente a uso justo

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

Nuestra Constitución le da al Congreso el poder de conceder a los autores "derechos exclusivos" sobre "sus escritos". El Congreso les ha dado a los autores un derecho exclusivo sobre "sus escritos" más cualquier escrito derivado (hecho por otros) que esté lo suficientemente cerca de la obra original del autor. De manera que, si yo escribo un libro y tú basas una película en ese libro, tengo el poder de negarte el derecho a difundir esa película, incluso si esa película no es "mis escritos".

El Congreso concedió lo que son los principios de este derecho en 1870, cuando expandió los derechos exclusivos del copyright para incluir el derecho de controlar traducciones y dramatizaciones de una obra⁵. Lentamente los tribunales lo han expandido desde entonces mediante interpretaciones judiciales. Esta expansión ha recibido el comentario de uno de los grandes jueces de esta ley, Benjamin Kaplan.

Hemos llegado a estar tan habituados a la extensión del monopolio a una amplia gama de las así llamadas obras derivadas, que ya no percibimos lo extraño que es aceptar semejante crecimiento del copyright mientras que todavía entonamos el abracadabra de idea y expresión⁶.

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

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

Radio de acción: De la misma manera, debería estrecharse el radio de acción de derechos sobre obras derivadas. De nuevo, hay algunos casos en los que los derechos derivados son importantes. Éstos deberían ser especificados. Pero la ley debería dibujar líneas claras en torno a usos regulados y no regulados de materiales con copyright. Cuando todo el "reuso" de material creativo estaba dentro del control de las distintas compañías, quizá tenía sentido el pedir que los abogados negociaran las distintas líneas. Mas ya no tiene sentido que los abogados negocien estas líneas. Pensemos en todas las posibilidades creativas que nos permiten las tecnologías creativas; ahora imaginemos echarle melaza a las máquinas. Esto es lo que le hacen los requisitos generales de permisos al proceso creativo. Lo asfixian.

Ésta es la idea que Alben dejó clara cuando describió la creación del CD de Clint Eastwood. Mientras que sí tiene sentido exigir negociaciones para derechos derivados por anticipado--convertir un libro en una película, o un poema en una partitura--no tiene sentido exigir negociaciones para lo imposible de prever. Aquí, un derecho estatutario habría tenido mucho más sentido.

En cada uno de estos casos las leyes deberían marcar los usos que están protegidos, y la suposición general debería ser que los demás usos no lo están. Esto es justo lo contrario a lo que mi colega Paul Goldstein recomienda⁷. Su opinión es que las leyes deberían escribirse de manera que la expansión de las protecciones siga a la expansión de los usos.

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

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

4. Liberen la música--de nuevo

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

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

El propósito del copyright, con respecto a los contenidos en general y la música en particular, es crear incentivos para que se componga, interprete y, de un modo más importante, se difunda música. Las leyes logran esto dándole al compositor un derecho exclusivo para que controle las interpretaciones de sus obras y a los intérpretes para que controlen las copias de estas mismas interpretaciones.

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

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

Cualquier reforma de las leyes necesita enfocarse en estos cuatro usos. Debe evitar poner cargas sobre los hombros del tipo D incluso si busca eliminar

el tipo A. El entusiasmo con el que las leyes persiguen eliminar al tipo A, además, debe depender de la magnitud del tipo B. Igual que ocurrió con los reproductores de video, si el efecto neto de compartir no hace verdaderamente mucho daño, la necesidad de regular queda disminuida de un modo significativo.

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

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

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

En ese mundo será extremadamente fácil conectarse a servicios que te den sin más acceso a contenidos--tales como la radio digital, contenidos que se

le proporcionan al usuario cuando éste los pide. He aquí, entonces, la cuestión fundamental: cuando es *extremadamente* fácil conectarse a servicios que den acceso a contenidos, será *más fácil* conectarse a servicios que te den acceso a contenidos que descargar y almacenar contenidos *en los muchos dispositivos que tendrás a tu disposición para reproducir contenidos*. Será más fácil, en otras palabras, suscribirse que convertirse en el administrador de una base de datos, que es precisamente lo que es cualquiera que opere en el mundo del intercambio de archivos por medio de tecnologías inspiradas en Napster. Los servicios de contenidos competirán con el intercambio de contenidos, incluso si estos servicios cobran por el contenido al que dan acceso. Ya hay servicios de telefonía móvil en Japón que ofrecen música (por una tarifa) a través de los celulares (mejorados con auriculares para móviles). Los japoneses están pagando por estos contenidos incluso si hay contenido "gratuito" en la Red en forma de MP3s⁸.

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

La respuesta comienza por reconocer que hay diferentes "problemas" que resolver. Empecemos por los contenidos tipo D--contenidos sin copyright o contenidos con copyright que los artistas quieren que se compartan. El "problema" con estos contenidos es asegurar que no se ilegalice la tecnología que permita este tipo de intercambio. Pensémoslo de esta manera: los teléfonos públicos pueden usarse para exigir el rescate en un secuestro, sin duda. Pero

hay muchos que necesitan usar teléfonos públicos que no tienen nada que ver con ningún rescate. Sería un error prohibir los teléfonos públicos para eliminar los secuestros.

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

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

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

De un modo alternativo, las leyes podrían crear una licencia estatutaria que asegurase que los artistas reciben algo del comercio con su música. Por ejemplo, si la ley instituye una tarifa estatutaria baja por compartir

comercialmente contenidos que ya no están a la venta por parte de una discográfica, y si esa tarifa fuese automáticamente transferida a un fondo en beneficio del artista, entonces se podrían desarrollar empresas en torno a la idea de comerciar con estos contenidos, y los artistas se beneficiarían de este negocio.

Este sistema también crearía un incentivo para que las discográficas mantuvieran sus obras disponibles comercialmente. Las obras que estuvieran disponibles comercialmente no estarían sujetas a esta licencia. Por tanto, las discográficas podrían proteger el derecho a cobrar lo que quieran por contenidos si los mantienen disponibles de un modo comercial. Pero si no hacen esto, mientras que por contra los discos duros de fans por todo el mundo lo mantienen vivo, entonces el importe de los derechos que hubiera que pagar por una copia debería ser mucho menor que el debido a una discográfica.

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

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

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

tecnología de las redes digitales ha dañado los intereses de la industria de los contenidos.

Amo Internet, y por tanto no me gusta que la comparen al tabaco o al amianto. Pero la analogía es justa desde el punto de vista de la ley. Y sugiere una respuesta justa: antes que buscar destruir Internet, o las tecnologías p2p que están dañando a los proveedores de contenidos, deberíamos buscar una forma relativamente sencilla de compensar a aquellos que reciben este daño. La idea sería una modificación de una propuesta que hizo circular William Fisher, profesor de derecho en Harvard⁹. Fisher sugiere una forma muy ingeniosa para esquivar el callejón sin salida en el que halla Internet. De acuerdo con su plan, todos los contenidos susceptibles de transmitirse digitalmente serían (1) marcados con una huella digital (no importa lo fácil que es evitar estas marcas; ya veremos que no hay incentivos para hacerlo). Una vez que los contenidos han sido marcados, los empresarios desarrollarán (2) sistemas que controlen cuántos ejemplares de cada contenido se distribuyeron. A partir de estos números, (3) después se compensará a los artistas. La compensación sería pagada por un (4) impuesto al efecto.

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

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

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

Esta competencia ya ha tenido lugar en el marco de la música "gratuita" obtenible en los sistemas p2p. Como han sabido los vendedores de la televisión por cable durante treinta años, y los vendedores de agua embotellada por mucho más tiempo, no hay absolutamente nada imposible en la "competencia con lo gratuito". De hecho, si es que hay algo a mencionar, la competencia incita a los competidores a ofrecer productos más nuevos y baratos. Esto es precisamente de lo que iba el libre mercado. Por tanto en Singapur, aunque la piratería es galopante, los cines son frecuentemente de lujo--con asientos "de primera

clase", y comidas servidas mientras ves la película--al tiempo que se esfuerzan y triunfan a la hora de encontrar formas de competir con "lo gratuito".

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

En resumen, por tanto, ésta es mi propuesta:

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

Podemos minimizar este daño al tiempo que maximizamos el beneficio para la innovación

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

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

Sí, deberían. Pero, de nuevo, lo que debería hacer depende de cómo la situación se desarrolla. Estos cambios puede que no eliminen el intercambio del

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

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

5. Despide a un montón de abogados

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

Mas gran parte de este libro es una crítica de los abogados, o del papel que los abogados han tenido en este debate. La ley habla de ideales, pero en mi opinión nuestra profesión ha llegado a sintonizar demasiado con los clientes. Y en un mundo en el que los clientes ricos tienen una opinión muy firme, la falta de voluntad a la hora de cuestionar esta firme opinión o contrarrestarla con otras desvirtúa las leyes.

La prueba de esta desviación es convincente. Muchos en mi profesión me atacan tachándome de "radical", y sin embargo las posturas que defiendo son precisamente las posturas de algunas de las figuras más moderadas y significativas en la historia de esta rama del derecho. Muchos, por ejemplo, piensan que es una locura que desafiáramos la Ley de Extensión del Plazo del Copyright. Y sin embargo hace treinta años, al estudioso y practicante más prominente en el campo del copyright, Melville Nimmer, le pareció algo obvio¹⁰.

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

Se supone que los economistas han de ser buenos en calcular costes y beneficios. Pero en la mayoría de los casos, los economistas, sin tener ni idea de como el sistema legal funciona de verdad, asumen que los costes del sistema legal son pequeños¹¹. Ven un sistema que ha estado funcionando durante cientos de años, y asumen que funciona de la misma forma en la que se lo enseñaron en su clase de Educación Cívica en la escuela primaria.

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

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

Y sin embargo esa labor cuidadosa cuesta demasiado, excepto en los casos más caros y de mayor visibilidad.

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

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

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

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

Deberíamos preguntar "¿Por qué?" Demuéstrame que hace falta tu regulación de la cultura. Demuéstrame que produce un bien. Y mientras no puedas demostrarme estas dos cosas que tus abogados no se acercan.

NOTAS

A lo largo de este texto hay referencias a enlaces en Internet. Como ya sabe cualquiera que haya intentado usar la Red, estos enlaces pueden ser muy inestables. He intentado remediar esta inestabilidad redirigiendo a los lectores a la fuente original a través del sitio asociado a este libro. Para cada uno de los enlaces que siguen, es posible ir a <http://free-culture.cc/notes> y localizar la fuente original haciendo click en el número que sigue a la #. Si el enlace original sigue vivo, se te redireccionará ese enlace. Si el enlace original ha desaparecido, se te redireccionará a una referencia apropiada para el material.

NOSOTROS, AHORA

1. Véase, por ejemplo, Marc Rotenberg, "Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)", *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 6-18, disponible en el enlace #72 (describiendo ejemplos en los que la tecnología define la política de privacidad). Véase también Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming*

Security and Freedom in an Anxious Age (New York: Random House, 2004) (delineando las concesiones mutuas entre la tecnología y la privacidad).

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

ELLOS, PRONTO

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

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

3. "A Radical Rethink", *Economist*, 366:8308 (25 de enero de 2003): 15, disponible en el enlace #74.

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

5. Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (New York: Columbia University Press, 1967), 32.

6. *Ibid.*, 56.

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

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

9. William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (revisado por última vez el 10 de octubre de 2000), disponible en el enlace #77; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (de próxima aparición) (Stanford: Stanford University Press, 2004), capítulo 6, disponible en el enlace #78. El profesor Netanel ha propuesto una idea relacionada que dejaría el intercambio no comercial fuera del alcance del copyright y que establecería una compensación a los artistas para equilibrar cualquier pérdida. Véase Neil Weinstock Netanel, "Impose a Noncommercial

Use Levy to Allow Free P2P File Sharing", disponible en el enlace #79. Para otras propuestas, véase Lawrence Lessig, "Who's Holding Back Broadband?" *Washington Post*, 8 de enero de 2002, A17; Philip S. Corwin en nombre de Sharman Networks, A Letter to Senator Joseph R. Biden, Jr., Chairman of the Senate Foreign Relations Committee, 26 de febrero de 2002, disponible en el enlace #80; Serguei Osokine, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee (IPUF)*, 3 de marzo de 2002, disponible en el enlace #81; Jefferson Graham, "Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly", *USA Today*, 13 de mayo de 2002, disponible en el enlace #82; Steven M. Cherry, "Getting Copyright Right", *IEEE Spectrum Online*, 1 de julio de 2002, disponible en el enlace #83; Declan Mc-Cullagh, "Verizon's Copyright Campaign", *CNET News.com*, 27 de agosto de 2002, disponible en el enlace #84.

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

10. Lawrence Lessig, "Copyright's First Amendment" (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review* 48 (2001): 1057, 1069-70.

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

El cuidadoso análisis de Liebowitz es extremadamente valioso a la hora de calcular el efecto de la tecnología de intercambio de ficheros. En mi opinión, sin embargo, minimiza los costes del sistema legal. Véase, por ejemplo, *Rethinking*, 174-76.

AGRADECIMIENTOS

Este libro es el producto de una larga y de momento infructuosa lucha que comenzó cuando leí sobre la guerra de Eric Eldred para mantener libres los libros. El trabajo de Eldred ayudó a lanzar un movimiento, el movimiento por la cultura libre, y es a él a quien está dedicado este libro.

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

investigación, y a Laura Lynch, quien dirigió brillantemente al ejercito que reunieron y quien proporcionó su propio ojo crítico a mucho de lo que hay aquí.

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

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

Richard Stallman y Michael Carroll leyeron cada uno el borrador del libro entero, y cada uno proporcionó correcciones y consejos extremadamente útiles. Michael

me ayudó a ver más claramente el significado de la regulación de obras derivadas. Y Richard corrigió un número vergonzosamente alto de errores. Mientras que mi trabajo está inspirado en parte en el de Stallman, él no está de acuerdo conmigo en puntos importantes a lo largo de todo este libro.

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

SOBRE EL AUTOR

LAWRENCE LESSIG (<http://www.lessig.org>), catedrático de derecho y Distinguido Profesor Universitario John A. Wilson en la Escuela de Derecho de Stanford, es el fundador del Stanford Center for Internet and Society y es presidente de Creative Commons (<http://creativecommons.org>). Autor de *The Future of Ideas* (Random House, 2001) y *Código y otras leyes del ciberespacio* (Basic Books, 1999), Lessig es miembro de los consejos directivos de la Public Library of Science, la Electronic Frontier Foundation y Public Knowledge. Fue ganador del premio de la Free Software Foundation por el Avance del Software Libre, incluido dos veces entre los "e.biz 25" de *BusinessWeek*, y nombrado uno de los "cincuenta visionarios" de la *Scientific American*. Graduado de la Universidad de Pennsylvania, la Universidad de Cambridge y la Escuela de Derecho de Yale, Lessig fue escribano del Juez Richard Posner en el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito.