

**MONOPOLIOS DE EXPLOTACIÓN INTERÉS PÚBLICO,
LA SOBREPOTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

INVESTIGACIÓN PROFESORAL
DIRECTOR: CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO

CAMILO ANDRÉS ROSERO MANTILLA
CÓDIGO: 200326461

En 1893 en una pequeña escuela de Louisville Kentucky, dos hermanas, Patty y Mildred Hill, compusieron la canción *Good Morning to All*, un sencillo cántico con el que los maestros recibían a sus alumnos en las primeras horas del día. La canción se publicó por primera vez en el cancionero *Song Stories for the Kindergarten*, fechado en el mismo año, y durante los años siguientes sería objeto de muchas variaciones. Para los años treinta la canción se había usado en una obra de Broadway, en el primer telegrama cantado de la Western Union, y en un musical compuesto por Irving Berlin. Cada uno de estos usos se realizaron sin la autorización de las hermanas Hill, y peor aún, sin el reconocimiento tanto económico como intelectual por la creación de la obra. Dicha situación sería resuelta en 1935, cuando Jessica Hill, hermana menor de Patty y Mildred, demostró en la corte que las obras derivadas de la composición *Good Morning to All* también debían protegerse. Gracias a la protección lograda por Jessica Hill y bajo el *Copyright Act of 1976* y el *Copyright Term Extension Act of 1998*, la canción *Good Morning to All*, y sus obras derivadas, gozan de una protección hasta el año 2030.¹

La finalidad que busca la legislación de derechos de autor es precisamente evitar que el trabajo de un artista se vea ultrajado por el uso indebido de su obra. Los derechos de autor protegen a los autores creando un monopolio de explotación que les permita beneficiarse de su creación. De no existir dicha regulación es probable que los autores no tuvieran ningún incentivo económico que los llevase al acto de crear. Sin embargo, dicho monopolio no es perpetuo, sino que tiene una limitación temporal. Una vez el término expira, la obra entra al dominio público donde puede ser explotada por cualquier persona. La finalidad es doble, por una parte se protege al autor, por otra, se garantiza un monopolio limitado después del cual la obra entra al dominio público. Las hermanas Hill no recibieron ningún tipo de reconocimiento, ni de Broadway, ni de la Western Union ni de Irving Berlin. Pero desde 1935, en virtud de la ley de derechos de autor, su trabajo es reconocido y remunerado. Y al menos hasta el año 2030, la explotación de su canción *Good Morning to All* es sólo posible si se tiene el permiso de los tenedores de los derechos de explotación.

¹ GORMAN Patrick J. *Blowing Out the Candles on the Copyright Cake*. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en http://www.piercegorman.com/blowing_out_the_candles.html

Una de las canciones derivadas de la composición original de las hermanas Hill se conoce hoy en día como *Happy birthday to you*, y hasta el año 2030 su explotación entrará al dominio público. Bajo la regulación de los Estados Unidos los autores de las composiciones musicales tienen el derecho exclusivo de interpretar sus obras en público, entendiendo por interpretación pública *to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered.*² Esto significa que cantar *Happy birthday to you* en una reunión familiar no constituye una violación a los derechos de autor ya que no se está haciendo una interpretación pública. Sin embargo, sí constituye una violación el uso de la canción en películas, programas de televisión, obras de teatro, musicales, o cualquier tipo de interpretación que se salga de la definición legal. Es decir, si la interpretación se da en un restaurante o si se contrata a una persona para que la cante, se están violando los derechos de autor.

Claramente los actuales tenedores de los derechos de explotación de *Happy birthday to you*, no tienen ningún interés en demandar familias por la interpretación de la canción de las hermanas Hill, no por que exista una restricción legal para hacerlo, sino por la poca rentabilidad que generarían dichas demandas. Sería sumamente costoso perseguir acciones legales contra individuos cuya violación no generaría un ingreso rentable. Pero si la violación generara un ingreso capaz de sufragar los costos de perseguir una acción legal, la historia sería otra.

Starting this summer, the American Society of Composers, Authors & Publishers has informed camps nationwide that they must pay license fees to use any of the four million copyrighted songs written or published by Ascap's 68,000 members. Those who sing or play but don't pay, Ascap warns, may be violating the law. Like restaurants, hotels, bars, stores and clubs, which already pay fees to use copyrighted music, camps — including non-profit ones such as those run by the

² Copyright Act of 1976. 17 U.S.C. 107.

*Girl Scouts are being told to ante up. The demand covers not only recorded music but also songs around the campfire.*³

En teoría, la protección garantizada por los derechos de autor suena razonable. Las obras intelectuales son intangibles, y de no crear el monopolio de explotación, cualquier persona podría apropiarse de las mismas. La ley de derechos de autor trata de resolver el problema creando una protección legal. Pero en la práctica: 1) dicha protección se ha malinterpretado; 2) se ha perdido la noción de dominio público; 3) se fomenta la existencia del monopolio de explotación a favor de industrias consolidadas en detrimento de industrias emergentes; 4) se confunde la propiedad intelectual con la propiedad privada; 5) se restringen otros derechos del consumidor en virtud de la protección y 6) a través de la digitalización de contenidos se convirtió a la mayor parte de la población en delincuentes.

Este informe de investigación busca analizar cada una de estas problemáticas y determinar si en la actualidad la protección dada a los derechos de autor es excesiva.

1) ALGUNAS PROTECCIONES SIN SENTIDO

Mientras preparaban su película *A night in Casablanca*, los hermanos Marx recibieron una carta de la Warner Brothers, en la cual se les solicitaba cambiar el nombre de la misma, so pena de enfrentar una acción legal por violación de derechos de autor. La Warner Brothers había producido años atrás *Casablanca*, y no quería generar confusión en el público, y a que éste podría creer que se trataba de una secuela.

En la respuesta dada por Groucho, éste se sorprende de no haber tenido en cuenta que la ciudad de *Casablanca* había sido fundada por Fernando Balboa Warner en 1471. Pregunta si también está protegido el nombre Brothers, y a que Harpo, Chico, Zeppo y él lo han sido por mas tiempo que la Warner, y en todo caso anteriormente ya existían los Brothers

³ BANNON, Lisa. *The birds may sing, but campers can't unless they pay up*. The Wall Street Journal, 21 de agosto de 1996. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://archive.southcoasttoday.com/daily/08-96/08-23-96/b02li056.htm>

Kamarazov.⁴ El departamento legal de la Warner Brothers escribió reiteradas veces, y en reiteradas ocasiones Groucho Marx contestó de la misma manera. Finalmente la Warner Brothers desistió y los Hermanos Marx lanzaron su película *A night in Casablanca*. Sin embargo, esta historia tiene un trasfondo que va más allá de la comedia. Los hechos sucedieron en 1946, cinco años después del estreno de *Casablanca*, y reflejan una mentalidad que se ha afianzado en los últimos sesenta años.

Poco después de que los Beatles se separaran, George Harrison inició la composición de su primer álbum como solista, *All things must pass*. El álbum incluía la canción *My sweet Lord*, compuesta durante distintas sesiones de improvisación que se llevaron a cabo en la gira europea de la nueva banda de Harrison en 1970. Sin embargo, la canción recordaba una melodía de 1962 compuesta por Ronald Mack llamada *He's so fine*. La similitud entre ambas canciones no pasó desapercibida para Bright Tunes Music Corporation, dueña de los derechos de reproducción de la canción de Mack, quienes presentaron una demanda en contra de Harrison.

Durante la etapa de juicio el juez Owen analizó las distintas grabaciones, en especial su forma de composición, concluyendo que la base de ambas canciones era idéntica. Sin embargo, la interpretación dada a la creación musical por parte del juez Owen se convierte en un precedente problemático si tenemos en cuenta que la música de George Harrison, y muchos compositores, tenían una base común en el *rhythm and blues*.

Harrison y Mack testificaron vehemente sobre la originalidad de sus piezas, resaltando que ambos tenían una influencia común en compositores como Chuck Berry, Muddy Waters y Buddy Holly. Pero aquello que se le pasó por alto al juez Owen, los músicos lo tenían absolutamente claro. La composición parte de patrones preestablecidos en la música popular, toda canción tiene una base rítmica que puede llegar a identificarse, más aún si la

⁴ MARX, Groucho. *The Groucho Letters: Letters from and to Groucho Marx*. New York, Da Capo Press, 1994. La colección de cartas cruzadas entre Groucho Marx y la Warner Brothers se encuentran disponibles en <http://www.mamohanraj.com/Amusing/warner.html>

canción se deriva de una composición de blues. Los acordes básicos de blues, denominados *Twelve-bar blues*, son la base de miles de canciones.

I conclude that the composer, in seeking musical materials to clothe his thoughts, was working with various possibilities. As he tried this possibility and that, there came to the surface of his mind a particular combination that pleased him as being one he felt would be appealing to a prospective listener; in other words, that this combination of sounds would work. Why? Because his subconscious knew it already had worked in a song his conscious mind did not remember. Having arrived at this pleasing combination of sounds, the recording was made, the lead sheet prepared for copyright and the song became an enormous success. Did Harrison deliberately use the music of He's So Fine? I do not believe he did so deliberately. Nevertheless, it is clear that My Sweet Lord is the very same song as He's So Fine with different words, and Harrison had access to He's So Fine. This is, under the law, infringement of copyright, and is no less so even though subconsciously accomplished.⁵

Haciendo de la influencia del subconsciente un ilícito en la violación de los derechos de autor, los creadores deben luchar no sólo con el acto creativo, sino con sus propios referentes culturales. Pero ¿qué pasa cuando el acto creativo tiene como herramienta fundamental el uso de otras obras?

En el año 1991 Mark Volman y Howard Kaylan, integrantes de la afamada banda de los años sesenta The Turtles, demandaron al trío de rap De La Soul por haber usado un fragmento de doce segundos de su canción *You showed me* en su éxito de 1989 *Transmitting live from mars*. Volman y Kaylan pretendían una indemnización de \$2.5 millones de dólares por los doce segundos de su olvidada canción. El caso se arregló fuera de los estrados por \$1.7 millones de dólares. \$141.666 dólares por cada segundo.⁶

⁵ *Bright Tunes Music v. Harrisongs Music*. 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).

⁶ HARRINGTON, Richard. "The Groove Robbers Judgement", en el *Washington Post*, Diciembre 25, 1991.

Puede que el precio de indemnización pagado por segundo parezca exorbitante, pero lo cierto es que De La Soul utilizó intencionalmente parte de la composición realizada por The Turtles. Sin embargo, ninguna persona, a excepción del juez Owen, podría argumentar que *You showed me* es la misma canción que *Transmitting live from mars*. Entonces ¿existe una violación a los derechos de autor por el uso de diez segundos de canción? ¿y si fueran cinco segundos? ¿o dos? ¿podemos proteger el nombre *Casablanca*? ¿o un patrón rítmico? Y ¿qué pasaría si dicho uso no se realizará de manera consciente ni inconsciente? ¿violaría los derechos de autor un acto que no es volitivo de la persona?

En el año 2003 el documental autobiográfico dirigido por Jonathan Caouette, Tarnation, llamó la atención de los críticos, y del jurado, del Festival de Cannes. El documental recuenta la historia familiar de Caouette, usando como footage los videos caseros filmados por el mismo durante los últimos veinte años. Caouette, quien desde los 11 años había sido un entusiasta del video casero, gastó no más de \$218 dólares en la producción de su película. Sin embargo, después de la segunda proyección y del repentino reconocimiento que iba recibiendo su pieza, Caouette se vio inundado por la cantidad de peticiones realizadas por los tenedores de los derechos de reproducción de la música, que de manera incidental, había registrado en sus filmaciones. El costo de la película aumentó en \$400.000 dólares.⁷

2) DE CONSUMIDOR A PRODUCTOR: EL INTERÉS DEL AUTOR V. EL INTERÉS DEL PÚBLICO

Los derechos de autor se crearon como una política estatal que balanceaba los intereses de los autores, editores y lectores. Su intención no era crear un derecho de propiedad restrictivo, sino todo lo contrario, crear un monopolio, limitado temporalmente, en cabeza, en primer término, de los impresores, y mucho más tarde de los autores. La idea

⁷ BOLDRIN Michele, LEVINE David K. *Against Intellectual Monopoly*. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.micheleboldrin.com>

fundamental detrás de dicho monopolio temporal, era que después de un tiempo de explotación, las obras entrarían al dominio público.

Las primeras regulaciones de los derechos de autor se utilizaron como instrumentos de censura. En 1557 María I de Inglaterra decretó que la *Stationers Company*, era la única asociación autorizada para la publicación de libros.⁸ Todas las publicaciones tenían que ser aprobadas por la Corona. Lo cual era muy favorable para los impresores, y a que gozaban de un monopolio tanto en la impresión del material como en su distribución. Los libros que no tenían aprobación de la Corona podían ser confiscados, y sus impresores enjuiciados por desobedecer el mandamiento Real. La Reina tenía un gran interés en controlar todo el material impreso que circulaba en su reino, su padre Enrique VIII se había separado para casarse con Ana Bolena, causando un rompimiento con la Iglesia Romana, y dando nacimiento a la Iglesia Anglicana. La anulación del matrimonio de sus padres convirtió a María en una hija ilegítima, perdiendo su condición de princesa. De no haber sido por su primo Carlos V, no habría podido escapar a la persecución iniciada por los protestantes, y mucho menos acceder al trono en 1553.

Desde su coronación María I libró una gran batalla en contra del anglicanismo, desde un frente intelectual censuró a través de la *Stationers Company* todas las publicaciones que incentivaban el rompimiento con la Iglesia Romana, y desde un frente militar llevó a la hoguera a más de 300 protestantes, lo cual la llevaría a conocerse como *Bloody Mary*.

Por su parte, los impresores no veían ningún problema en complacer a la Reina, pues el monopolio que ésta les garantizaba les daba la libertad de fijar el precio de las publicaciones. Los autores a su vez se veían recompensados. Los impresores pagaban por los manuscritos antes de imprimirlos, y después de que el material se encontraba impreso no existía el peligro ni de la piratería, ni de la mutilación de las obras. Incluso en el proceso de impresión los autores veían protegidos derechos que se materializarían años más

⁸ KAPLAN Benjamin. *An unburied view of copyright*. New York, Columbia University Press, 1967.

adelante. A los impresores se les exigía tener permiso escrito del autor para poder optar por la protección que daba la *Stationers Company*.

Bajo este sistema podemos resaltar principios inherentes al nacimiento de los derechos de autor. La fuente jurídica emanaba del estado, no de un derecho de la actividad creativa, y por otra parte, se otorgaba un monopolio de explotación.

Sin embargo, no sería sino 137 años después que expiraría el monopolio perpetuo garantizado por la *Stationers Company*. El problema no sólo se encontraba en la censura practicada por el monarca, sino en los precios del mercado. En muchos casos los autores no veían remuneración por su trabajo aparte del primer pago realizado por el impresor. El impresor por otra parte, publicaba y fijaba el precio de la obra en el mercado. Como su licencia era exclusiva, los lectores debían pagar el precio exigido por éste, no existían otras ediciones en el mercado a las cuales se pudiera acceder. Lo cual generaba un ingreso elevado para el impresor, pero un costo inmenso para la sociedad.

En todo caso hay que resaltar que las disposiciones de la Corona respecto a la impresión constituían derechos para los impresores, pero no para los autores. Lo cual cambiaría, ligeramente, en 1709 con el estatuto de Ana de Inglaterra. *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times there in mentioned.*

Dicho estatuto estableció dos niveles de protección a los derechos de autor. Como primera medida, se le otorgó al autor un derecho de protección sobre las obras producidas después del estatuto por un período de catorce años, renovables por otros catorce. Y, como segunda medida, se les otorgó a los impresores un derecho sobre los trabajos publicados antes del estatuto por un período de veintiún años que no podía ser renovado. La creación de estos términos sobre la protección de las obras creó la primera noción codificada de dominio público. Las obras que por paso del tiempo perdían la protección legal y podían ser explotadas por cualquier persona. Sin embargo, no sería hasta la decisión del caso

Donaldson v. Beckett en 1774 que realmente se verían materializados los principios subyacentes al estatuto de la Reina Ana.⁹

Por más de sesenta años los impresores habían mantenido la posición de no respetar los veintiún años de dominio que se les garantizaba sobre los obras. Mediante prácticas intimidatorias, y una errónea concepción del derecho de autor, que casos como el de *Millar v. Taylor* ayudaron a fomentar, los impresores habían logrado evadir la concepción de dominio público que pondría fin a su monopolio de explotación.

En el caso de *Millar v. Taylor* Lord Mansfield erróneamente decidió que los derechos emanados del *common law* no se extinguían por el estatuto de la Reina Ana. Según Lord Mansfield los impresores tenían un derecho perpetuo para publicar los trabajos que habían adquirido. El argumento de Mansfield se sustentaba en los derechos de propiedad que el *common law* reconocía a los agricultores, ya que según esta doctrina, el agricultor ha mezclado su labor con el suelo. De la misma forma Mansfield se preguntaba si no es necesaria dar la misma protección a un autor cuya labor se ha mezclado con los textos que configuran sus ideas. Razón por la cual, la esfera de dominio público subyacente al estatuto no pasaba de ser una mera quimera ya que una vez transcurridos los veintiún años del estatuto aún permanecía la protección otorgada por el *common law*.¹⁰

La decisión de este caso se vería contradicha cinco años después cuando en *Donaldson v. Beckett* se decidió que la Cámara de Lores había negado la existencia de un derecho de autor perpetuo, y se había sostenido que dicho derecho era una creación del estatuto, razón por la cual podía ser limitado en el tiempo.¹¹

La noción de dominio público adquiriría un mayor interés del Estado cuando las prácticas de lectura denotaran la necesidad de crear un acceso mucho más amplio y equitativo al material que se publicaba. En la medida que fue aumentando la población, la lectura

⁹ *Donaldson v. Beckett*, 2 Brown's Parl. Cases 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257 (1774).

¹⁰ *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (K.B. 1769).

¹¹ GOLDSTEIN Paul. *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*. New York, Hill and Wang, 1994.

incrementó, y el negocio de publicación, que anteriormente estaba dominado por un reducido monopolio, abrió sus puertas a las leyes del mercado. Entre 1800 y 1850 la mayoría de ciudades de alto nivel cultural duplicaron sus empresas de publicación.¹² Este crecimiento también se vio facilitado por el avance tecnológico, la prensa de vapor inventada por Isaac Adams había reducido el costo, en cuanto a la maquinaria necesaria para la publicación, y había aumentado el nivel de productividad. Además, la gran proliferación de impresores, y la incapacidad de los Estados para crear normas vinculantes a nivel internacional llevó a un fenómeno social, que aún hoy entra en conflicto con la legislación, la piratería.

Para finales del siglo XIX lectores alrededor del mundo se encontraban en un problema presentado por las leyes del mercado. Por ejemplo, en 1890 Estados Unidos aún no había ratificado el Convenio de Berna, el cual había sido celebrado en 1886 y establecía que las obras originadas en cualquiera de los estados contratantes podrían recibir en cada uno de dichos estados la misma protección que estos otorgaban a las obras de sus propios ciudadanos; además de un periodo de protección por la vida del autor y cincuenta años más. Debido a que Estados Unidos no había ratificado este tratado los libros escritos por autores americanos podían copiarse libremente, sin brindar regalías para los autores, y a precios mucho más económicos que los que se encontraban en el mercado. De la misma forma, el mercado estadounidense no tenía ningún vínculo internacional que lo obligara a respetar los derechos de los autores de otros países del mundo, y en especial de Inglaterra. Mientras una copia de la última novela de Charles Dickens podía encontrarse en el mercado inglés en \$2.50 dólares, en Estados Unidos el mismo libro podía comprarse por sólo \$0.06 dólares.¹³

Pero dicha libertad de mercado en Estados Unidos se vio restringida cuando empezaron a surgir autores estadounidenses con gran nivel de ventas, y con el poder político suficiente como para influir en las decisiones legislativas. Tal es el caso de Samuel Langhorne

¹² MOTT Frank Luther. *Golden multitudes*. New York, McMillan Co., 1947. Citado en: VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

¹³ VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

Clemens, un piloto de barcos a vapor del Mississippi que se ganó un gran reconocimiento por sus retratos de la vida rural americana, y que llegaría a ser más conocido por su sobrenombre de marinero Mark Twain.

Twain como figura pública resulta muy interesante pues encarna los argumentos tanto en contra como a favor de la legislación de derechos de autor. En una carta del 30 de octubre de 1880, Twain escribió a William Dean Howells, futuro editor del *Atlantic Monthly*.

My notions have mightily changed lately. I can buy Macaulay's History, three vols.; bound, for \$1.25; Chambers's Cyclopaedia, ten vols., cloth, for \$7.25 (we paid \$60), and other English copyrights in proportion; I can buy a lot of the great copyright classics, in paper, at from three cents to thirty cents apiece. These things must find their way into the very kitchens and hovels of the country. A generation of this sort of thing ought to make this the most intelligent and the best-read nation in the world. International copyright must becloud this sun and bring on the former darkness and dime novel reading.

*Morally this is all wrong; governmentally it is all right. For it is the duty of governments and families to be selfish, and look out simply for their own. International copyright would benefit a few English authors and a lot of American publishers, and be a profound detriment to twenty million Americans; it would benefit a dozen American authors a few dollars a year, and there an end.*¹⁴

No obstante de su posición inicial, a partir de 1885 Twain, y quizá llevado por el éxito de ventas de su novela *Adventures of Huckleberry Finn*, publicada en 1884 y la cual es conocida como la gran novela americana, se convertiría en el primer petionario de una ley que protegería a los autores, no por un límite de tiempo establecido, sino a perpetuidad, el argumento original de la *Stationers Company*. Lo contradictorio en la posición de Twain, se puede explicar por la preocupación financiera que tenía por el futuro económico de sus tres

¹⁴ TWAIN Mark. *Mark Twain's Letters 1886-1900*, Free Public Domain Books from the Classic Literature Library.

hijas, las cuales, irónicamente, no le sobrevivieron. Sin embargo, Twain tenía claro que una ley de derechos de autor beneficiaría económicamente a los impresores y autores, pero no al público en general.

Si bien Estados Unidos se había nutrido culturalmente, al tener precios ridículos en cuanto a otros mercados, sus autores no se beneficiaban al ser pirateados en otros países. Pero una vez que su política ligera y permisiva en cuanto a los derechos de autor había nutrido a la población y Estados Unidos dejó de ser un consumidor y pasó a ser a un productor de obras, su posición en cuanto a dicha protección, de la misma forma que la posición de Twain, cambió radicalmente.

Twain testificó ante el congreso de Estados Unidos en 1906 a favor de una nueva ley que extendía el tiempo de protección de las obras por la vida del autor y cincuenta años más.¹⁵ Sin embargo, dicha ley, aunque fue aprobada, no ratificó la propuesta inicial, principalmente porque la constitución estadounidense prohíbe un monopolio que no tenga un límite temporal.¹⁶ La ley sancionada tres años más tarde garantizaba la protección de los derechos de autor por veintiocho años, que podían ser renovados por veintiocho años más. Twain quedó complacido con dicha regulación.¹⁷

Sin embargo, hay que resaltar la importancia del fenómeno de la piratería. Desde el nacimiento de la república en 1776 y hasta 1909 los Estados Unidos gozaron de un período en el cual los precios de los libros extranjeros eran sumamente económicos y asequibles al público general. Si bien dicho fenómeno no es la causa del nacimiento de la literatura norteamericana, no se puede obviar su influencia. No es de extrañar que en un tiempo tan corto se pudiera consolidar una literatura con autores de la talla de Washington Irving,

¹⁵ Senate Bill 6330, 59th Congress, first session, 1906.

¹⁶ *The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; (...)To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries. The Constitution of the United States of America, Article 1.*

¹⁷ Actualmente el Convenio de Berna, que garantiza una protección mínima por la vida del autor, y cincuenta años más ha sido ratificado por 163 países. Esto sin contar las legislaciones de cada estado que garantizan una protección por un término mayor. En palabras de Mark Twain *international copyright would benefit a few English authors and a lot of American publishers, and be a profound detriment to twenty million Americans.*

Edgar Allan Poe, Ralph Waldo Emerson, Henry David Thoreau, John Greenleaf, Walt Whitman, Nathaniel Hawthorne, Herman Melville, Emily Dickinson, Henry James, Ezra Pound y Mark Twain.

Dicho fenómeno, de consumidor a productor, de permisivo a restrictivo, se vería nuevamente evidenciado en el nacimiento del séptimo arte.

3) ¿PROTECCIÓN O RESTRICCIÓN?

En 1908 Thomas Alva Edison fundó The Motion Picture Patents Company, la cual era una asociación de las mayores compañías de cine, Edison, Biograph, Vitagraph, Selig, Lubin, Kalem, entre otras. La finalidad de la MPCC era brindar estabilidad a las compañías miembro de la organización. Para dicho fin, la compañía licenciaba el uso de sus patentes únicamente a los miembros de la organización. Lo cual tenía como consecuencia práctica que sólo las películas realizadas por una compañía miembro podía ser proyectada en los proyectores patentados por las mismas. Si tenemos en cuenta que los proyectores de las ocho compañías miembro representaban más del 90% del mercado, y que el mayor productor de cinta para cine Eastman Kodak había acordado sólo vender cinta a los miembros de la MPCC, podemos concluir que la intención de Edison era apoderarse de la totalidad de la industria del cine.¹⁸

No es de extrañar que la mayoría de productores independientes decidieran alejarse de Nueva York a un lugar donde la coerción estatal fuera débil y el escape a México posible. Lo cual no fue del agrado de la MPCC que, en retaliación, fundó su propia compañía de distribución, limitando así no sólo el acceso a los proyectores, y a la cinta, sino a todos los teatros.¹⁹

¹⁸ BALIO Tino. *The american film industry*. Madison, University of Wisconsin Press, 1976.

¹⁹ De los productores independientes que se mudaron al sur de California sólo uno sobrevivió el ataque de la MPCC, William Fox.

California no sólo resultó el estado ideal por su ubicación geográfica, sino por la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito, la cual respaldaría el nacimiento de Hollywood, negándose a reconocer las demandas por violación de patentes, y tratando de enmendar la mala aplicación que se le estaba dando a los intereses del consumidor con el monopolio de la MPCC.²⁰

Finalmente, la MPCC fue derrotada debido a la poca calidad de las producciones que producían. El público encontró mucho más interesantes las producciones independientes de Hollywood y le dio un espaldarazo económico a las compañías de la MPCC. Para 1914, cuando el monopolio de la MPCC ya se encontraba derrotado por la lógica de mercado, el congreso aprobó el *Clayton Antitrust Act*, el cual remediaba deficiencias creadas por el *Sherman Antitrust Act* de 1890, la primera ley federal que regulaba las prácticas dañinas para los consumidores, como lo son los monopolios y los acuerdos que no fomentan la competencia. Fue en virtud del *Clayton Antitrust Act*, que las cortes tuvieron el sustento legal necesario para disolver la MPCC.

Pero de la misma forma que la literatura norteamericana se nutrió de la situación de ilegalidad de las obras publicadas, para luego proteger las obras de sus creadores con monopolios restrictivos, la industria del cine creció desobedeciendo la protección dada por las patentes y aprovechando la laguna legislativa referente a las obras derivadas. En sus primeros años Hollywood se aprovechó inescrupulosamente de los trabajos de Jack London y Mark Twain haciendo adaptaciones libres de las obras que estos habían publicado. Pero una vez la industria se consolidó, su posición en cuanto a la protección de los derechos de autor, de la misma forma que la posición de Twain y la posición de los Estados Unidos, cambió radicalmente.

En 1981 los herederos de Groucho Marx presentaron una demanda contra una compañía de Broadway que había montado una obra con personajes que recordaban a los hermanos

²⁰ VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

Marx. En el fallo de *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co.* la corte consideró que el derecho a la publicidad rivalizaba con la protección ofrecida a las obras de los hermanos Marx, entre ellas su propia caracterización. Sin importar el derecho de libre expresión, y la parodia, la corte protegió el bigote, el cigarro, las gafas, la postura y la malicia característica de Groucho de la explotación de terceros.²¹

Afortunadamente el fallo fue revertido por la Corte de Apelaciones del Circuito, la cual encontró que la corte había aplicado erróneamente la ley de Nueva York, en lugar de la ley de California. Pero un yerro en la legislación aplicable no puede ser la única razón por la cual un fallo de dicha naturaleza deba caerse. Claramente la protección dada en este caso es excesiva pues limita otros derechos como es el de libre expresión. Si bien Groucho Marx en 1946 se burlaba de la intención de la Warner Brothers de proteger su película *Casablanca*, menos de cuarenta años después la situación se volvía más absurda.

En el año 1995 un artista de diseño industrial notó similitudes entre una silla usada en una escena del drama de ciencia ficción de dos horas *Twelve Monkeys* y un diseño de su autoría. El artista presentó una demanda en contra de Universal City Studios retrasando el estreno de la película por más de un mes. Lo extraño del caso es que *Twelve Monkeys* es una película que no tiene ninguna relación con el diseño de muebles.²²

En este punto es importante recalcar que los derechos de autor no constituyen derechos de propiedad en la forma en que comúnmente se entiende la propiedad. La finalidad del reconocimiento de dichos derechos tiene un carácter de política pública, se reconoce un monopolio de explotación por un período determinado de tiempo. Una vez transcurre el término de protección las obras entran al dominio público. El problema se da cuando se confunde propiedad intelectual con propiedad privada; cuando se confunde protección con restricción; cuando se limita el acceso en virtud del monopolio; y cuando el mercado se resiste a los cambios tecnológicos por medio de la ley.

²¹ *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co.*, 523 F. Supp. 483 (S.D.N.Y. 1981).

²² *Woods v. Universal City Studios, Inc.*, 920 F. Supp. 62 (S.D.N.Y. 1996).

4) DERECHOS DE PROPIEDAD, MONOPOLIOS DE CONTENIDO Y LICENCIAS OBLIGATORIAS

Uno de los mayores argumentos a favor de la propiedad intelectual, es que si no existiera el monopolio de explotación que garantiza la ley, los ciudadanos no tendrían el mínimo interés en la producción de obras. Sin embargo, es necesario delimitar ese argumento, pues la acepción de propiedad a la que hace referencia difiere de la que comúnmente se usa. Por propiedad entendemos la facultad de poseer algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales. Pero las manifestaciones del intelecto no son un bien que se pueda poseer. Yo puedo ejercer el dominio sobre un inmueble, más no sobre un poema. Yo tengo el derecho de perseguir el destino de mi bien, si este me ha sido arrebatado, pero yo no puedo perseguir el destino de mi poema, si a alguien le ha dado por declamarlo. En el primer caso el uso de mi bien me ha sido privado por un tercero, en el segundo no se me ha privado del uso de mi poema, yo todavía puedo declamarlo.

Los economistas tienen una diferenciación teórica en cuanto a la naturaleza de los bienes que pueda ayudar a entender este punto. Un bien rival es aquel cuyo consumo previene otros consumos. Si una persona se come un banano, su consumo de dicho bien previene el consumo del mismo bien por otras personas. En contraste, los bienes no rivales son aquellos cuyo consumo no afecta el consumo de otras personas. Si una persona sintoniza un programa de televisión, su consumo no previene que otras personas puedan ver el mismo programa.

*A nonrival good is one of which additional units can be consumed at zero social marginal cost. For most goods, of course, consumption of additional amounts involves some marginal costs of production. A good is nonrival if consumption of additional units of the good involves zero social marginal costs of production.*²³

²³ NICHOLSON, Walter. *Microeconomic theory. Basic principles and extensions*. United States of America, South-Western, 2002.

La ley constituye derechos de propiedad sobre los bienes rivales, ya que su consumo por parte de un tercero va en detrimento del propietario, pero la ley se equivoca al constituir derechos de propiedad sobre bienes no rivales, ya que su consumo no va en detrimento de nadie. El problema que trata de resolver la ley es el siguiente: si un bien es no rival, su producción debe estar incentivada. Si la ley no garantizara un monopolio de explotación de un bien que es no rival, los ciudadanos no tendrían el mínimo interés en la producción de dichos bienes. El problema no es el uso que hacen del bien las demás personas, sino si existe el incentivo necesario que lleve a las personas al acto de crear. Yo no puedo ejercer mi derecho de propiedad sobre un bien no rival, yo no puedo perseguir el destino de mi poema si a alguien le ha dado por declamarlo. Pero si puedo perseguir el destino de mi poema si un tercero ha decidido explotarlo comercialmente. No porque tenga un derecho de propiedad sobre el mismo, sino por la violación al monopolio de explotación que me garantiza el estado, lo cual es un derecho completamente diferente.

En la carta dirigida por la Warner Brothers a los hermanos Marx dicha protección, según lo argumenta el departamento legal de la Warner, recae sobre el nombre de la película. En la demanda entablada contra George Harrison se protege el patrón musical. En el caso de The Turtles son la venta de doce segundos de canción por \$1.7 millones de dólares los que permiten que el caso no llegue a estrados. En la película de Jonathan Caouette son \$400.000 dólares los que se deben pagar para limpiar los derechos de la música incidental que fue registrada. Todos estos casos se sustentan en la misma legislación, supuestamente en la protección de los autores, pero ¿qué se está protegiendo realmente?

El Convenio de Berna establece en su artículo segundo *queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.*²⁴ Lo cual significa que bajo el articulado de este convenio las ideas abstractas no pueden ser objeto de protección, a no ser que la legislación de un Estado en particular así lo establezca, sólo la manifestación de las mismas es protegida. De la misma forma el Tratado

²⁴ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas 1886, enmendado el 28 de septiembre de 1979.

de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 fue mucho más específico al respecto y consagró *la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.*²⁵ Sin embargo, la dicotomía entre idea/manifestación no es tan clara como parece a primera vista. Un patrón de ideas puede configurarse como una manifestación, y por lo tanto puede ser protegido.

En 1938 la dicotomía entre idea/manifestación fue la base central del fallo *Sheldon et al. V. Metro-Goldwyn Pictures Corporation et al.* El problema se había originado cuando la Metro-Goldwyn Pictures Corporation produjo la película *Letty Lynton* en 1932. La película cuenta la historia de una mujer joven que tiene novio, pero que conoce a un adinerado soltero de la tercera edad con el cual decide casarse. El novio, ofendido, decide revelar su relación con Letty, pero antes de que la pueda hacer pública ésta decide matarlo. La obra de teatro *Dishonored Lady* comparte la misma trama de la película, y años atrás los ejecutivos de la Metro-Goldwyn Pictures Corporation habían intentado comprar sus derechos. El caso se complica si se tiene en cuenta que los hechos partían de un caso de asesinato ocurrido en Glasgow en 1857, y que los ejecutivos de la Metro-Goldwyn Pictures Corporation, no compraron los derechos de la obra de teatro, sino que adquirieron los derechos de la novela *Letty Linton*, publicada en 1931.²⁶

The play is the sequence of the confluent of all these means, bound together in an inseparable unity; it may often be most effectively pirated by leaving out the speech, for which a substitute can be found, which keeps the whole dramatic meaning. That as it appears to us is exactly what the defendants have done here; the dramatic significance of the scenes we have recited is the same, almost to the letter. True, much of the picture owes nothing to the play; some of it is plainly drawn from the novel; but that is entirely immaterial; it is enough that substantial parts were lifted;

²⁵ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor 1996.

²⁶ VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

*no plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he did not pirate.*²⁷

El punto central del juez Hand es que al juzgar el tamaño de la violación entre trabajos que comparten tramas, se debe distinguir *the very web of the authors dramatic expression*.²⁸ No se está protegiendo la trama, se protege la forma en que dicha trama es presentada. Tanto el novelista, como la compañía de teatro y la Metro-Goldwyn Pictures Corporation partieron de una noticia de 1857 para la creación de su obra, pero el hecho de que partieran de la misma trama no quiere decir que tuvieran uso exclusivo de la misma. Una idea no puede ser protegida por el derecho de autor, pero un conjunto de ideas constituye una manifestación. El problema es distinguir en que momento el conjunto de ideas se convierte en una manifestación ¿dónde se traza el límite? Claramente el nombre *Casablanca* no es protegido por los derechos de autor, así, como lo alega Groucho, Ferdinand Balboa Warner haya fundado la ciudad en 1471. Pero, bajo esta interpretación ¿es *My sweet Lord* la misma canción que *He's so fine*?

My sweet Lord es una canción que hace referencia a la experiencia religiosa, la letra expresa la búsqueda del señor, y es un cántico desconsolado, una especie de oración. Por otra parte que *He's so fine* es una canción sobre un amor de juventud, es el enamoramiento de una colegiala con un chico tímido que parece no tener ningún interés en ella. Durante el juicio Harrison argumentó que si bien la armonía era similar, la canción expresaba un sentimiento completamente distinto. La letra, los patrones silábicos y las síncopas diferenciaban claramente cada canción. Lo cual bajo la regla creada por el juez Hand constituye *the very web of the authors dramatic expression*.

Lo cual nos lleva a la pregunta ¿son los doce segundos de una olvidada canción de The Turtles un patrón protegido por los derechos de autor? ¿es el bigote, el cigarro, las gafas, la

²⁷ *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures*, 81 F.2d 49 (2nd Cir. 1936).

²⁸ *Ibid.*

postura y la malicia característica de Groucho Marx *the very web of the authors dramatic expression?*

El hecho de que tengamos que hacernos este tipo de preguntas denota la problemática conceptual que se tiene en cuanto a las protecciones dadas por los derechos de autor. Claramente la finalidad de política pública se ha perdido en virtud de la propiedad intelectual. El monopolio de explotación temporal se ve cada vez más erosionado, en palabras de Lawrence Lessig, *in the first hundred years, Congress retrospectively extended the term of copyright once. In the next fifty years, it extended the term once again. But in the last forty years, Congress has extended the term of copyright retrospectively eleven times. Each time, it is said, with only a bit of exaggeration, that Mickey Mouse is about to fall into the public domain, the term of copyright for Mickey Mouse is extended.*²⁹

El derecho de autor actualmente no necesita de registro alguno, sólo con el hecho de crear se constituye una protección sobre dicha obra. Cualquier correo electrónico que se escriba, cualquier dibujo realizado, cualquier improvisación está sujeta a dicha protección. Esta protección no tiene que ver con el mercado, no rivaliza con la distribución, no protege el monopolio de explotación. Ni siquiera se realiza en virtud de la piratería, cualquier copia entra a ser regulada, cualquier trabajo derivado de cualquier tipo de manifestación empieza a ser protegido. Hemos mutado de un régimen en que determinadas manifestaciones se protegían, a un régimen en que todo se protege.³⁰

Cuando las legislaciones de distintos países empezaron a adoptar una política de derechos de autor, era clara la necesidad de que dichas obras entraran al dominio público. Al comienzo dichas políticas no reconocían derechos al autor, sino al impresor. La protección se daba desde una lógica de mercado, pero con una finalidad pública. Hoy, doscientos años

²⁹ LESSIG Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001.

³⁰ Ernest Hemingway's widow lost a copyright claim against A. E. Hotchner, Hemingway's biographer, for quoting from remarks the writer had made in conversations with Hotchner, but only because Hemingway had implicitly consented to the biographer's use of his words. GOLDSTEIN Paul. *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*. New York, Hill and Wang, 1994.

después, dichas regulaciones constituyen restricciones no sólo para desarrollar en virtud de dichas obras, sino incluso, para acceder a ellas.

Tengamos en cuenta que las manifestaciones del intelecto, cuya naturaleza es no rival, se materializan en bienes rivales. Un libro tiene un soporte físico en el papel, un álbum en el CD, una película en el DVD. Una vez cada una de estas manifestaciones es materializada se generan restricciones físicas para acceder a la información. No puedo leer un libro si no poseo una copia impresa del mismo, no puedo escuchar música si no he comprado el álbum, no puedo ver una película si no pago mi entrada al cine. Cada una de estas restricciones se dan por la naturaleza de los bienes a los cuales se quiere acceder. Claramente me pueden contar la historia de un libro, o cantar una canción, o dramatizar una película, pero no es lo mismo que leer, escuchar o ver. Para acceder a la información tengo que pagar, pero el pago incluye no sólo la información, sino también su soporte. El problema se da cuando la producción de ese soporte es apropiada por grupos económicos cuyo finalidad no es el desarrollo cultural, sino vender el soporte.

Durante los últimos veinte años se ha manifestado en las industrias culturales dos fenómenos dicotómicos, pero a la vez complementarios. Gracias al desarrollo tecnológico ha habido un boom en los contenidos ofrecidos al público, cada vez existen más canales de televisión a los cuales se puede acceder, medios impresos que se pueden leer, artistas musicales que se pueden descubrir. Pero de la misma forma que existe dicho crecimiento, se ha ido centralizando la producción de contenidos. Para 1950, en Estados Unidos, el 80% de los periódicos de distribución diaria eran independientes, en 1990 sólo el 20% lo es. Para 1980 el mercado de revistas era controlado por veinte grupos, desde 1988 sólo son tres. Actualmente la publicación de libros depende de siete firmas. Esta concentración es más pronunciada en el negocio de la música. Sólo cinco grupos controlan el 85% del mercado estadounidense. Sólo tres radiodifusoras controlan el 60% de las estaciones. Y si hablamos

de cine, las estadísticas son más alarmantes, ya que seis firmas controlan más del 90% del mercado.³¹

Ahora bien, si los comités ejecutivos de dichas empresas son los que deciden qué se produce ¿cómo se puede esperar que los contenidos no terminen uniformándose?

Los economistas han detectado que, a diferencia de los bienes no rivales, un bien rival presenta más problemas en su producción. Si un bien es rival, no sólo debemos preocuparnos por el incentivo para crearlo, sino si su creación será capaz de suplir las demandas del mercado. Con un bien rival, se deben tomar medidas para que su consumo no sea desmedido y, por lo tanto, no vaya en detrimento de los demás consumidores. Sin embargo, las políticas de mercadeo adoptadas por estos grandes grupos sólo tienen en cuenta una cosa, el nivel de ventas.

Para el año 2003, las ventas generales de CD's cayeron un 26%. Dando pérdidas por más de dos billones de dólares. Durante este mismo período más de 1200 almacenes de música salieron del mercado.³² Pero la caída en las ventas, y las crisis de las tiendas de música, no responden únicamente al auge de internet y de los archivos MP3. La forma en que las disqueras realizan sus negocios ha llevado a los pequeños distribuidores a la quiebra, y a los consumidores al inconformismo de encontrar siempre los mismos productos.

A partir de la década de los noventa, las compañías disqueras cambiaron sus canales primarios de distribución de las tiendas especializadas en música, a los mercados de grandes superficies. Estos supermercados, Best Buy, Target, Wal-Mart, ofrecen grandes descuentos en el precio de los CD's. Hay que tener en cuenta que el negocio de estos mercados no es la venta de CD's, sino que usan la música para atraer al consumidor al establecimiento, y una vez el consumidor se ve inmerso entre todos los productos que se le ofrecen no sólo compra CD's sino otra cantidad de bienes y servicios, los cuales sí

³¹ LESSIG Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001.

³² KUSEK Dave, LEONHARD Gerd. *The Future of Music: Manifesto for the Digital Music Revolution*. Boston, Berklee Press, 2005.

representan el negocio del supermercado. Sin embargo, los supermercados sólo pueden tener un número limitado de títulos disponibles, y como su finalidad no es brindar música a un público especializado, sino atraer al mayor número de clientes posibles, sólo ofrecen los discos más vendidos, lo cual saca del mercado a las tiendas especializadas en música que no pueden competir con los precios, y a los artistas cuyas ventas no tienen el nivel necesario para ocupar sus estanterías.

La música es distribuida por canales de distribución establecidos, como lo son las emisoras de radio, y los mercados de grandes superficies. Si dichos mercados tienen los artistas más vendidos, y las emisoras programan a los mismos artistas ¿cómo se puede esperar que existan espacios para artistas que no pertenezcan al *mainstream*?

*The fastest growing demographic segment using Napster are adults over the age of 24. Research reports have confirmed that one of the major reasons that they are doing so is to access commercial recordings that are no longer commercially available. The FMC believes that allowing recording artists to make all of their recordings available to the public will lessen the public dependence on Napster, stimulate new record sales, and help achieve our goal of putting more money into the pockets of both recording artists and record labels.*³³

De igual manera, el cine se enfrenta a restricciones mucho más poderosas para llegar al público. Las películas son exhibidas en salas de proyección, que a su vez son subsidiarias de las grandes firmas productoras. Lograr un espacio de proyección en dichas salas es la verdadera barrera con que se encuentran los cineastas. Hacer cine hoy en día es mucho más económico que en tiempos pasados, pero lograr tiempo de exhibición, ahí es donde se encuentran las barreras del mercado.

³³ Future of Music Coalition, Jenny Toomey, statement before the Committee On The Judiciary United States Senate One Hundred Seventh Congress. Abril 3, 2001.

En 1994 Hollywood inició el lanzamiento de sus películas en DVD. Dichas películas presentaban gran calidad de imagen en el tamaño de un CD estándar. Para proteger las películas en estos discos se desarrolló un sistema de encriptación llamado CSS. La idea fundamental era la siguiente. Cada DVD contiene códigos regionales, que denotan el área del mundo en que se va a reproducir y distribuir la película. El reproductor de DVD sólo debe reproducir películas de acuerdo con su región. En teoría, de esta forma los estudios de producción pueden controlar el lanzamiento de la película, y el precio de la misma, región por región. Sin embargo, el CSS estaba contemplado para reproductores de DVD y sistemas operativos como Windows y MacOS. No se había contemplado otro escenario en el cual las personas quisieran ver películas en DVD. Sin embargo, Jon Lech Johansen, un noruego de dieciséis años, desarrolló un programa para poder correr DVD's en Linux. El CSS no permitía que los usuarios Linux que habían comprado la película pudieran verla. Bajó el CSS Hollywood no sólo ofrecía a los usuarios una forma de entretenimiento, sino que además los coercía a comprar un hardware específico para disfrutar de dicho contenido. Lastimosamente la Corte de Distrito de Nueva York no protegió el sistema desarrollado por Johansen, sino que favoreció los intereses de Hollywood. Creando una barrera legal para el acceso a la información, y obligando a los usuarios a zonificar sus preferencias. Razón por la cual no es de extrañarse que para el año 2003 Disney comisionara el desarrollo de un sistema que le permitiera a los usuarios acceder a una película por un periodo de tiempo limitado.³⁴

Sin embargo, en los últimos años la web se ha establecido, los sistemas de almacenamiento se han perfeccionado, y los anchos de banda son lo suficientemente rápidos como para permitir la transferencia de contenido de alta definición. El soporte rival en el cual se guardaban álbumes y películas pasará a ser obsoleto dentro de pocos años. Si, como dijimos anteriormente, el problema, cuando se trata de bienes no rivales, es la existencia del incentivo necesario que lleve a las personas al acto de crear y, ¿si el soporte de la música y a

³⁴ El DVD EZ-D se vendía en un sobre sellado al vacío. Una vez el sobre se abría, la superficie del disco empezaba a reaccionar con el oxígeno, generando una reacción química que le daba al disco una vida útil de 48 horas. La idea detrás de dicha creación era que la tecnología usada por el DVD EZ-D no podía ser hackeada por programadores ya que el mecanismo era químico y no tecnológico.

no se constituye en un bien rival?, ¿porqué seguimos aferrándonos a la noción de propiedad para proteger dichos bienes?

*The system of control that we erect for rivalrous resources is not necessarily appropriate for nonrivalrous resources. Indeed, the same system for both kinds of resources may do real harm. Thus a legal system, or a society generally, must be careful to tailor the kind of control to the kind of resource. One size won't fit all.*³⁵

Cuando en 1887 Emil Berliner inventó el gramófono, su creación fue condenada y perseguida legalmente pues iba a matar el negocio de la música. El gran cambio cultural que significó el gramófono se sustentaba en que ya no había necesidad de presenciar la presentación de un grupo para oír música, la música podíamos disfrutarla desde cualquier hogar sin necesidad de desplazarnos. Dentro de la percepción general, la música pasó de ser una experiencia a un producto. Antes del gramófono la gente pagaba por experimentar la presentación de un grupo musical, no por el derecho de reproducir sus canciones. Después del gramófono la gente empezó a pagar por cilindros, vinilos, cintas y CD's. En el imaginario colectivo se creó una bifurcación, ya no es la experiencia de la música lo que se paga, sino el CD.

En 1907 Apollo, un fabricante de pianos y rollos para pianos, se enfrentó a White-Smith Music Publishing por violación de derechos de autor.³⁶ El demandante argumentaba que Apollo había producido rollos para piano con las composiciones de sus músicos, y por lo tanto cada uno de esos rollos se constituía en una copia que violaba los derechos de autor. Por su parte Apollo argumentaba que los rollos para piano no representaban una copia de la música, ya que su materialización es completamente diferente a lo que puede ser una grabación para el gramófono y la legislación aplicable para esa época no contemplaba la reproducción mecánica de la música. El fallo de la corte fue a favor de Apollo, pero no por la pobre argumentación que éste presentó, ya que en consideración de la corte *anything that*

³⁵ LESSIG Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001.

³⁶ *White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company*, 209 U.S. 1 (1908)

*mechanically reproduces that collocation of sounds ought to be held a copy, or, if the statute is too narrow, ought to be made so by a further act, except so far as some extraneous consideration of policy may oppose,*³⁷ sino por el problema que tenía White-Smith Music Publishing para hacer valer sus derechos sobre las 75.000 pianolas que existían en el mercado, y los más de 500.000 rollos que se habían producido en ese año. La importancia del fallo radica en la denotación de la laguna legislativa que para 1908 la Corte Suprema tuvo que afrontar. Dicha laguna tendría que ser resuelta por el Congreso, el cual en 1909 aprobaría el *Act of Copyright*. El mismo acto que complacería a Mark Twain al extender el tiempo de protección en veintiocho años, que podían ser renovados por veintiocho años más, incluyó bajo la protección la reproducción mecánica de composiciones musicales.

Sin embargo, el acto fue mucho más allá. Para 1909 la Aeolian Company dominaba el mercado de rollos para piano. Si se garantizaban los derechos constituidos en el *Act of Copyright*, la Aeolian Company podría ejercer un monopolio sobre todo el mercado, y a que los dueños de los derechos de reproducción podían rehusar el licenciamiento de sus obras a terceros. Sin embargo, para limitar el monopolio que se garantizaba con el derecho de reproducción mecánica, el Congreso instituyó una licencia obligatoria. Bajo esta licencia, una vez que un artista autoriza la reproducción mecánica de una obra protegida, cualquier compañía puede realizar una reproducción siempre y cuando pague una tarifa establecida por el Congreso. La tarifa que es asociada a la licencia obligatoria opera como un límite para la negociación de derechos de reproducción.

La licencia obligatoria, también llamada mecánica, sólo puede ser ejercida si la obra ha sido distribuida al público con el permiso del autor. De esta forma el autor puede negar el licenciamiento antes de la distribución al público, pero una vez el autor ha dado dicho permiso, cualquier persona puede reproducir la obra e incluso hacer un cover de la misma sin tener que negociar con el dueño de los derechos de reproducción.

³⁷ Ibid.

En la primavera de 1948 la compañía Service Electric, fundada por John Walson y Margaret Walson, se vio inundada por una gran cantidad de peticiones realizadas por los vecinos de la ciudad de Mahanoy, Pennsylvania. Los peticionarios se quejaban de la mala recepción que presentaban sus televisores. Si embargo, el fallo en la recepción no se debía a errores de fabricación en los televisores, los cuales eran vendidos por la Service Electric, sino a la situación geográfica de la ciudad. John Walson tratando de mejorar la situación de sus clientes, instaló una antena en lo alto de las montañas. Para junio de ese año, Walson conectó la antena de la montaña con su tienda, y su tienda a las casas de los clientes que no podían recibir la señal. Los clientes quedaron satisfechos y Walson se convirtió en el fundador de un nuevo sistema de transmisión de contenido, la televisión por cable.³⁸

Obviamente los tenedores de los derechos de reproducción de los programas de televisión que se estaban distribuyendo pidieron que bajo la regulación de derechos de autor la community antenna televisión —CATV— fuera cerrada.³⁹ Las cortes negaron la petición. El Congreso tuvo que entrar a decidir el asunto y, de la misma forma que lo había hecho en 1909, estableció que la televisión por cable debía pagar por el derecho de reproducción del contenido, pero no debían negociar dicho derecho con el autor, sino pagar una tarifa establecida por el Congreso para tal efecto. La finalidad del Congreso era la misma que en 1909, no favorecer un monopolio de contenido donde los autores pudieran licenciar la reproducción de su trabajo al precio que fijaran, sino establecer una licencia obligatoria. *Our point here is that unlike the problem of whether you have any copyright protection at all, the problem here is whether copyright holders who are already compensated, who already have a monopoly, should be permitted to extend that monopoly. ... The question here is how much compensation they should have and how far back they should carry their right to compensation.*⁴⁰

³⁸ John Walson fue el primer operador de cable que utilizó el sistema de microondas para importar señales distantes de televisión, el primero en usar un cable coaxial para mejorar la calidad de la imagen, y el primero en distribuir programación de televisión pagada por el usuario a través de HBO.

³⁹ *Fortnightly Corp. v. United Artists*, 392 US 390 (1968), y *Teleprompter Corp. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974).

⁴⁰ Copyright Law Revision - CATV, 216 (statement of Edwin M. Zimmerman, acting assistant attorney general).

Si bien el primer objetivo de la licencia obligatoria era reducir el monopolio de los productores de rollos para piano, su uso se ha extendido a la radio, la televisión por cable, la televisión satelital, los medios de grabación digital e Internet.

*In the language of modern Law and Economics, these rules protects authors through a liability rule rather than a property rule. They are perfect instances of the special character of copyright's protection, as they represent the aim to give authors nor perfect control of their copyrighted work, but a balanced right that does waht the Constitution requires, promote progress.*⁴¹

Un bien se encuentra protegido por una regla de responsabilidad cuando la persona que usa el bien debe pagar una compensación por su uso. Un bien se encuentra protegido por una regla de propiedad cuando la persona que usa el bien debe negociar con el dueño del bien antes de poder usarlo. Cuando una obra está protegida por una regla de responsabilidad, aquellos que quieran usar la obra pueden usarla siempre y cuando paguen el precio de compensación. En cambio, cuando dicha obra se protege por una regla de propiedad, usar la obra sin permiso puede configurar un delito.

5)USOS PRIVADOS

Los primeros choques que se dieron entre la regulación de derechos de autor y los usos privados empezaron mucho antes del nacimiento de los medios digitales. En los años sesenta Williams & Wilkins, la casa editorial de medicina, demandó a la National Library of Medicine por las fotocopias masivas que se estaban realizando de sus diarios de medicina.⁴² Una cosa era controlar la reproducción de libros, revistas, fonogramas, transmisiones de radio y televisión, cada una de dichas reproducciones eran fácilmente localizables, y por lo tanto, se podía ejercer un control sobre las mismas; pero otra muy

⁴¹ LESSIG Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Comected World*, New York, Random House, 2001.

⁴² *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973).

distinta era regular las reproducciones que se estaban haciendo con las maquinas de fotocopias. Por primera vez el público en general tenía el poder de reproducir una obra cuantas veces quisiera sin ser controlados por los tenedores de los derechos de explotación. Aunque el caso no estableció un precedente en cuanto al uso de las copias privadas, sí sostuvo que era un uso legítimo por parte de las librerías el fotocopiar artículos usados en investigaciones científicas. El falló desaprovechó la oportunidad de crear un precedente claro en cuanto al uso de copias privadas, un tema que había sido evitado por el Congreso. Al parecer el uso de las copias privadas debía analizarse caso a caso teniendo en cuenta las cuatro órbitas previstas por el *Copyright Act of 1976*.

*Fair use doctrine asks courts to weigh four factor in determining wheter an otherwise infringing use of copyrighted work should be excuse: the purpose of the use (courts favor noncommercial over comercial uses); the nature of the work (copiers can take more from a scholarly work than from a work of fiction); the amount taken (less is better than more); an the effect of the use on sales of the copyrighted work.*⁴³

Sin embargo, los avances tecnológicos ya habían denotado la necesidad de modificar la regulación de derechos de autor, primero fue la radio, luego la televisión por cable, las fotocopadoras, y finalmente el VCR.

En noviembre de 1976, un mes antes de la entrada en vigencia del *Copyright Act of 1976*, Walt Disney Productions en unión con Universal City Studios presentaron una demanda contra Sony Corporation of America alegando que la venta del betamax contribuía a la violación de los derechos de las películas que eran transmitidas por televisión.⁴⁴ Enfocando el caso desde la perspectiva de la contribución a la violación, un argumento común en los casos de patentes, Universal City Studios focalizaba la atención sobre Sony, y no sobre el público en general, quienes eran realmente los infractores.

⁴³ GOLDSTEIN Paul. *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*. New York, Hill and Wang, 1994.

⁴⁴ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F.Supp. 429 (C.D. Cal. 1979).

En la primera instancia el juez Ferguson falló a favor de Sony sustentando su argumentación en dos puntos. Por una parte, estableció que no había ningún daño comprobado por Universal City Studios, y por lo tanto no se podía establecer que la violación fuera en detrimento de sus derechos de autor. ¿Si el estudio presentaba un incremento en sus ingresos constantemente, cómo se podía argüir que el uso del VCR estaba causando un daño? Por otra parte, las video caseteras también se usaban para grabar programas cuyos derechos de autor permitían esta clase de uso, y por lo tanto no se podía sacar del mercado un bien cuyos usos no infringían la ley. No obstante, la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito, de la misma forma que apoyó a Hollywood contra el monopolio de Edison, apoyó la posición de los estudios en la segunda instancia determinando *videotape recorders are manufactured, advertised, and sold for the primary purpose of reproducing television programming. Virtually all television programming is copyrighted material. Therefore, videotape recorders are not suitable for substantial noninfringing use.*⁴⁵

Aunque la Corte Suprema revertiría el fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito basándose en que el betamax era *capable of substantial noninfringing uses*,⁴⁶ dicho fallo no se pronunció sobre la problemática de las copias privadas y otras argumentaciones expuestas por Sony, las cuales se mostrarían completamente acordes cuando nuevas tecnologías digitales enfrentaran a los monopolios de contenido.

Stevens observed, as he himself thought that three important values argued for a statutory exemption of private copying: 1) the privacy interests implicated whenever the law seeks to control conduct within the home; 2) the principle of fair warning that should counsel hesitation in branding literally millions of persons as lawbreakers; and 3) the economic interest in not imposing a substantial retroactive penalty on an entrepreneur who has successfully developed and marketed a new and

⁴⁵ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

⁴⁶ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

*useful product, particularly when the evidence indicates that the copyright holders have not yet suffered any actual harm.*⁴⁷

Antes del nacimiento de la web la regulación de los derechos de autor abarcaba un espacio reducido de la sociedad. Si bien la publicación de libros, periódicos y revistas, el acceso a la música y las transmisiones de televisión habían sido fuente de debates y regulaciones, el peso de dichas restricciones recaía sobre actividades comerciales. El Congreso balanceaba el interés de los monopolios que creaba, y los limitaba con el interés del público en general. Además, las tecnologías de publicación y transmisión eran lo suficientemente costosas como para crear una barrera económica a su acceso, y cada vez que existía un enfrentamiento la legislación parecía haber recolectado una cantidad de herramientas para resolver dichas controversias. Los problemas empezaron a agudizarse cuando las barreras económicas creadas por el mercado fueron desapareciendo, la invención de la fotocopiadora y el VCR fueron el primer paso, la digitalización de contenidos, el segundo.

El nacimiento de la web ha denotado problemáticas inherentes a estas herramientas de control. Por una parte la forma de protección que se le está dando a dicho contenido no puede ser la que emana del concepto de propiedad. El cambio entre el soporte rival y no rival trae cambios que no pueden ser forzados a seguirse regulando con el modelo anterior. Si los costos de reproducción en el entorno digital son casi nulos ¿cómo se puede esperar que la gente pague el mismo valor que se venía pagando por copia?

Por otra parte, en el entorno digital el ámbito de aplicación de la legislación de derechos de autor es desbordado. Ya no se protege las obras de su explotación comercial, sino que se protege las obras de cualquier clase de reproducción. En el ambiente digital no se puede tener acceso al contenido de una obra sin realizar una copia del mismo, dichas copias son almacenadas, ya sea en la memoria temporal del computador —RAM—, o en el disco duro. Dicha copia que se genera automáticamente entraría en conflicto con la legislación actual

⁴⁷ SAMUELSON Pamela. "The Generativity Of Sony V. Universal: The Intellectual Property Legacy Of Justice Stevens". Fordham Law Review 74: 831. 2006. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers.html>

de los derechos de autor, *the conservative Law and Economics theorists argue, society benefits from fair use and private, noncommercial domestic copying only because producers can't extract transactions costs easily and efficiently. They can't monitor every use.*⁴⁸ Pero en la era digital dicho control se puede ejercer a un costo relativamente bajo. *Cyberspace, however, has different architectures, whose regulatory power is not so limited. An extraordinary amount of control can be built into the environment that people know there. What data can be collected, what anonymity is possible, what acces is granted, what speech will be heard, all these are choices, not facts. All these are designed, not found.*⁴⁹

De la misma forma el problema se vuelve más complejo si tenemos en cuenta que dichas restricciones están regulando fuera de la órbita para la cual fueron creadas. Por ejemplo: en el mundo físico, si quiero compartir un libro con un amigo, sólo tengo que entregarle el libro. En el entorno digital al compartir un libro se generan varias copias del mismo. Pero los derechos de autor al regular estas copias también está regulando los derechos de acceso y de disposición que tiene el consumidor.

A través de la expedición del Digital Millenium Copyright Act el poder de regulación de copias deja de estar dictado por la ley y pasa a ser decisión de los ingenieros que desarrollan los sistemas de seguridad ya sea para e-books, CD's y DVD's. El DMCA prohíbe la violación de cualquiera de las medidas de seguridad que se usen para proteger el contenido; prohíbe el empleo de cualquier programa que logre este cometido y permite sólo los usos que se especifiquen en las licencias.⁵⁰ Este acto desconoce la doctrina del *first sale*, establecida en *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* en 1908.⁵¹ Bajo esta doctrina el autor cede determinados derechos al consumidor, un libro puede ser citado, subrayado, destruido e incluso vendido sin la autorización del tenedor de los derechos. Pero bajo la regulación del DMCA los derechos son sólo los que contenga la licencia. Por ejemplo, la licencia podría

⁴⁸ VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

⁴⁹ LESSIG Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace: How Will the Architecture of Cyberspace Change the Constitution*, New York, Basic Books, 1999.

⁵⁰ The Digital Millennium Copyright Act of 1998.

⁵¹ *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

restringir el derecho a la crítica o a la parodia, o si el usuario viola las medidas de seguridad con una finalidad como lo puede ser citar el documento, o reproducir un aporte para educación, lo cual constituye un uso legítimo reconocido, puede enfrentar una acción penal en su contra.

6) BRANDING LITERALLY MILLIONS OF PERSONS AS LAWBRAKERS

En junio de 1999 Shawn Fanning y Sean Parker, dos estudiantes de 18 años de la Universidad de Northeastern en Boston, desarrollaron un sistema que permitía encontrar archivos de MP3 en los computadores de los usuarios de la red, y no en los servidores de contenido. Para ese momento la forma de descargar archivos MP3 dependía del contenido que era puesto a disposición del público en servidores alrededor del mundo, dichos servidores usaban subredes para esconder su ubicación, ya que de ser ubicados podían ser dados de baja por infringir la regulación de derechos de autor. La novedad del sistema de Fanning y Parker era que el contenido ya no se centralizaba en los servidores, sino que se descentralizaba en los computadores de los usuarios de la red. El sistema realizaba la búsqueda en los computadores de otros usuarios haciendo que la supuesta violación no se diera al conectarse a un servidor específico, sino al descargar un archivo del computador de otro usuario.⁵² Este tipo de red se conoce como P2P — peer-to-peer — y desde su masificación con el uso de Napster en 1999 ha degenerado en nuevos sistemas de búsqueda como Morpheus, Kazaa, Grokster, Limewire, Imesh, Gnutella, BearShare y Soulseek entre otros.

Para diciembre de 1999 la RIAA —Recording Industry Association of America— presentó una demanda en contra de Napster por facilitar la violación de los derechos de autor.⁵³ El mismo argumento que había sido usado años atrás por Walt Disney Productions y Universal City Studios contra Sony Corporation of America. Sin embargo, la adopción del P2P había sido muy diferente a la adopción que había tenido el VCR. Para 1984, el 10% de

⁵² GEISLER, MARKUS AND POHLMANN. "The Social Form of Napster: Cultivating the Paradox of Consumer Emancipation." En *Advances in Consumer Research*, Mali. 2003.

⁵³ *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3d (9th Cir. 2001)

los hogares estadounidenses tenían un VCR,⁵⁴ para junio de 2001 Napster tenía más de 57 millones de usuarios en 14 países, representando más del 85% de la población mundial con acceso a internet.⁵⁵

Napster fue condenado en marzo de 2001 sin tener en cuenta el precedente establecido en el caso del VCR, ya que de la misma forma que las video caseteras, Napster era *capable of substantial noninfringing uses*. Por ejemplo: mucha de la música que se encontraba en el sistema ya había entrado al dominio público; gran cantidad de los archivos MP3 que se bajaban se encontraban en discos fuera de circulación, y por lo tanto no se podía argumentar que el uso de la tecnología fuera en detrimento de los derechos de explotación; y, por otra parte, la RIAA debía probar, *the effect of the use upon the market (or potential market) for the original work*.⁵⁶ Lo extraño del caso es que dicho efecto nunca fue demostrado, y en informes preparados por la RIAA, no sólo no hubo un detrimento en la venta de CD's durante los años en que el servicio estuvo activo, sino que hubo un aumento en las ventas. En la tabla que se presenta a continuación se muestra la venta de CD's en millones de unidades para los últimos 10 años.⁵⁷

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
CD	778.9	753.1	847	938.9	942.5	881.9	803.3	746	767	705

Pensar que el auge del MP3 es perjudicial para el negocio de la música es como pensar que la televisión por cable es perjudicial para el negocio del cine. Según los datos de la RIAA el mayor crecimiento que ha experimentado la industria musical se dio entre 1998 y 2001, si tenemos en cuenta que Napster fue condenado en 2001 cabe preguntarse ¿es realmente perjudicial el intercambio de MP3's para el negocio de la música?

⁵⁴ DAVIES Gillian y HUNG Michele. *Music and Video Private Copying*. London, Sweet & Maxwell 1993.

⁵⁵ JUPITER MEDIA METRIX. *Global Napster Usage Plumets, But New File-Sharing Alternatives Gaining Ground*. Julio 20 de 2001. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.comscore.com/press/release.asp?id=249>

⁵⁶ Copyright Act of 1976. 17 U.S.C. 107.

⁵⁷ *2005 Year-End Statistics*, RIAA. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.riaa.com>

Si miramos detenidamente el comportamiento de algunos países en desarrollo, podemos constatar que la ilegalidad en el negocio de la música no afecta a los artistas, sino a las compañías disqueras. Por ejemplo, India tiene uno de los mayores índices de ilegalidad en cuanto a la industria de la música, sin embargo, es uno de los mayores productores de nuevos artistas. El mismo fenómeno se constata en Cuba, Jamaica y Nigeria.⁵⁸ Los artistas ganan la mayor parte del dinero, no de la venta de CD's, la cual sólo les reconoce un 8%, sino de las presentaciones en vivo.⁵⁹

CD PRICE MODEL					
Artist	Label	Manufacturing	Shipping	Retailer	Customer
8%	49%	8%	5%	30%	= 100%

Si consideramos los datos estadísticos de la RIAA y los contrastamos con las industrias del espectáculo podemos comprobar que, no obstante la caída en la venta de los CD's en los pasados años, la venta para los espectáculos en vivo ha ido en aumento, pasando de \$1.3 billones en 1998 a \$2.1 billones en 2003. Entonces ¿por qué se cree ingenuamente que el negocio de la música es la venta de CD's?

Como dijimos anteriormente la materialización de la música en un bien rival creó la bifurcación entre experiencia y soporte, pero la digitalización de la misma ha eliminado dicha bifurcación. El negocio de la música no está muriendo como lo aseguran las casas disqueras, lo que está muriendo es el formato mediante el cual dichas industrias consolidaron su monopolio de contenido.

La posición actual de las casas disqueras es que el consumidor debe pagar un precio similar al que se pagaba anteriormente por la música. Las casas disqueras desean tener ganancias por el uso de cada uno de los archivos en formato MP3, pero dicha política crea una paradoja. Mientras un CD de 20 canciones tiene un costo en el soporte físico de \$13 dólares, el mismo bien en soporte digital tiene un costo de \$20 dólares. Sin embargo, los

⁵⁸ KUSEK Dave, LEONHARD Gerd. *The Future of Music: Manifesto for the Digital Music Revolution*. Boston, Berklee Press, 2005.

⁵⁹ Ibid.

costos de producción y distribución de la industria musical han bajado sustancialmente. Entonces ¿no se debería esperar una baja sustancial en el precio de dichos bienes, teniendo en cuenta que no existen los mismos costos de manufactura y distribución en el soporte digital?

Ahora bien, es necesario buscar un mecanismo para que el pago por este tipo de archivos no se haga unitariamente, sino de manera licenciada. El consumidor no paga por cada canción que escucha en la radio, o cada programa que ve por televisión. Sin embargo, de la misma forma que las radiodifusoras y las antenas comunitarias se vieron demandadas por los tenedores de los derechos de explotación de la música y los programas de televisión, los usuarios de los sistemas P2P están siendo demandados por los mismos monopolios de contenido. El problema de la radio y la televisión por cable se arregló mediante la imposición de licencias obligatorias, pero dicha solución no tiene la misma eficacia a escala global. Armonizar las legislaciones mediante tratados es una necesidad en la era digital, pero dicha armonización desconoce instituciones inherentes a cada estado. Por otra parte, la violación de los derechos de autor no se da por instituciones como lo puede ser Sony Corporation of America o la National Library of Medicine, sino por individuos que con el acceso a internet se han convertido en distribuidores de contenido. Toda persona que se conecte a la red se puede convertir en un posible infractor y las industrias culturales gozan del poder político y económico suficiente para tratar de perpetuar su monopolio de explotación en lugar de buscar alternativas que tengan en cuenta los intereses del público.

En diciembre de 2005 Cecilia González de 29 años fue demandada por BMG Music, por haber bajado 1370 canciones usando el sistema P2P Kazaa. González argumentó que bajo la sección 107 del U.S. Copyright Act su uso era legítimo. Además, demostró que había comprado muchos de los discos cuyo contenido había bajado. Sin embargo, de las 1370 canciones que bajó, 30 canciones no habían sido adquiridas por la demandada. BMG Music buscó una compensación de daños y perjuicios por esas 30 canciones.

*Music downloaded for free from the Internet is a close substitute for purchased music; many people are bound to keep the downloaded files without buying originals. That is exactly what Gonzalez did for at least 30 songs. It is no surprise, therefore, that the only appellate decision on point has held that downloading copyrighted songs cannot be defended as fair use, whether or not the recipient plans to buy songs she likes well enough to spring for.*⁶⁰

La corte rechazó el argumento del uso legítimo y como compensación por daños fijó la suma de \$22,500 dólares. *BMG Music v. González* se constituye en un precedente para la RIAA, bajar canciones de internet, así se haya comprado el álbum que incluye esas canciones, no constituye un uso legítimo. ¿No se suponía que la finalidad de la protección era la existencia del incentivo necesario que lleve a las personas al acto de crear? ¿Si la demandada compró los álbumes que bajó, no está creando dicho incentivo?

En abril de 2006 Lindsey Duty fue demandada no por bajar contenido de los programas P2P, sino por compartir sus archivos de MP3 en línea.⁶¹ De la misma forma que González, Duty había comprado los CD's de los cuales realizó copias privadas en el formato MP3. Pero a diferencia de González, Duty compartió dichos archivos en línea. El Copyright Act no tiene una definición para distribución, y peor aún, el ART Act la criminaliza sin definirla *the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public.*⁶²

El ART Act es uno de los mayores cambios introducidos en la ley penal de derechos de autor. En virtud de dicho acto los usuarios de internet que ponen a disposición del público contenido protegido por derechos de autor son criminales. Aunque no lo menciona explícitamente, el acto busca criminalizar las acciones realizadas por los infractores conocidos como warez. Los usuarios warez suben programas de computador, en especial juegos, a servidores alrededor del mundo para que sean bajados de forma gratuita. Sin

⁶⁰ *BMG Music v. Gonzalez*, 438 F.3d 888 (7th Cir. 2005).

⁶¹ *Interscope Records v. Duty*, No. 05-CV-3744-PHX-FJM (D. Ariz. Apr. 14, 2006).

⁶² Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005.

embargo, la forma en que fue redactado el acto fácilmente puede incluir plataformas de intercambio como lo son las redes P2P.

Ahora bien, en la demanda entablada contra Lindsey Duty la corte estableció que *the mere filing of a copyrighted work in a peer-to-peer network share folder may constitute distribution and therefore infringement*.⁶³ El delito se configura sólo con compartir una carpeta del computador que tenga material protegido por derechos de autor, no con su efectiva distribución. Pero ¿qué bien jurídico se lesiona con poner disponible el contenido, si el contenido no es usado por ninguna persona? Y así fuera usado ¿podemos equiparar la distribución hecha en línea con la actividad organizada de las industrias culturales?

En la mayoría de jurisdicciones alrededor del mundo la violación a los derechos de autor se da por la reproducción de un trabajo protegido. Sin embargo, en los medios digitales dicha reproducción se puede dar mientras se navega en internet o con la presencia de obras protegidas en un fólder compartido del computador. La doctrina del *first sale*, permite la libre disposición de la obra que ha sido comprada, pero dicha libre disposición entra en conflicto con la no rivalidad de los archivos digitales y la amplia noción de distribución del ART Act. La doctrina del uso legítimo es analizada caso por caso, teniendo en cuenta las cuatro disposiciones del *Copyright Act of 1976*, pero casos como el de *BMG Music v. González* demuestran que los jueces dan prioridad a los intereses de los autores, que en mucho casos ya han sido beneficiados por la creación de la obra, en contra de los intereses del público en general. Históricamente la ley penal de derechos de autor requería que la infracción tuviera un ánimo de lucro, pero a través del NET Act de 1997⁶⁴ y el ART Act de 2005 el ánimo de lucro ya no es un requisito *sine qua non* para que se configure un delito. *The principle of fair warning that should counsel hesitation in branding literally millions of persons as lawbreakers*.⁶⁵

⁶³ *Interscope Records v. Duty*, No. 05-CV-3744-PHX-FJM (D. Ariz. Apr. 14, 2006).

⁶⁴ No Electronic Theft (NET) Act of 1997 (HR 2265).

⁶⁵ SAMUELSON Pamela. "The Generativity Of Sony V. Universal: The Intellectual Property Legacy Of Justice Stevens". *Fordham Law Review* 74: 831. 2006. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers.html>

La finalidad buscada por la legislación de derechos de autor era evitar que el trabajo de un artista se viera ultrajado por el uso indebido de su obra, no etiquetar como delincuentes a millones de personas que disponen digitalmente de las obras que han adquirido. Los derechos de autor protegen a los autores creando un monopolio de explotación que les permita beneficiarse de su creación. Dicho monopolio es necesario, pero no absoluto, no todos los usos deben estar protegidos, y además, se debe tener en cuenta que la finalidad de la legislación es doble, por una parte se protege al autor, por otra, se garantiza la entrada de la obra al dominio público para su libre explotación. Sin embargo, la legislación actual parece favorecer exclusivamente a los tenedores de los derechos de explotación, que no son necesariamente los autores, dejando de lado el interés del público.

BIBLIOGRAFÍA

1) ARTÍCULOS

2005 Year-End Statistics, RIAA. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.riaa.com>

BANNON, Lisa. *The birds may sing, but campers can't unless they pay up*. The Wall Street Journal, 21 de agosto de 1996. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://archive.southcoasttoday.com/daily/08-96/08-23-96/b02li056.htm>

BOLDRIN Michele, LEVINE David K. *Against Intellectual Monopoly*. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.micheleboldrin.com>

GEISLER, MARKUS AND POHLMANN. "The Social Form of Napster: Cultivating the Paradox of Consumer Emancipation." En *Advances in Consumer Research*, Mali. 2003.

GORMAN Patrick J. *Blowing Out the Candles on the Copyright Cake*. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en http://www.piercegorman.com/blowing_out_the_candles.html

HARRINGTON, Richard. "The Groove Robbers Judgement", en el *Washington Post*, Diciembre 25, 1991.

JUPITER MEDIA METRIX. *Global Napster Usage Plummetts, But New File-Sharing Alternatives Gaining Ground*. Julio 20 de 2001. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.comscore.com/press/release.asp?id=249>

KAPLAN Benjamin. *An unhurried view of copyright*. New York, Columbia University Press, 1967.

SAMUELSON Pamela. "The Generativity Of Sony V. Universal: The Intellectual Property Legacy Of Justice Stevens". *Fordham Law Review* 74: 831. 2006. [Consultado Mayo 30 de 2007]. Disponible en <http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers.html>

2) LIBROS

BALIO Tino. *The american film industry*. Madison, University of Wisconsin Press, 1976.

DAVIES Gillian y HUNG Michele. *Music and Video Private Copying*. London, Sweet & Maxwell 1993.

GOLDSTEIN Paul. *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*. New York, Hill and Wang, 1994.

KUSEK Dave, LEONHARD Gerd. *The Future of Music: Manifesto for the Digital Music Revolution*. Boston, Berklee Press, 2005.

LESSIG Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace: How Will the Architecture of Cyberspace Change the Constitution*, New York, Basic Books, 1999.

LESSIG Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001.

MARX, Groucho. *The Groucho Letters: Letters from and to Groucho Marx*. New York, Da Capo Press, 1994. La colección de cartas cruzadas entre Groucho Marx y la Warner Brothers se encuentran disponibles en <http://www.mamohanraj.com/Amusing/warner.html>

NICHOLSON, Walter. *Microeconomic theory. Basic principles and extensions*. United States of America, South-Western, 2002.

TWAIN Mark. *Mark Twain's Letters 1886-1900*, Free Public Domain Books from the Classic Literature Library.

VAIDHYANATHAN Siva. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001.

3)CASOS

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

Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908).

Bright Tunes Music v. Harrisongs Music. 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).

BMG Music v. Gonzalez, 438 F.3d 888 (7th Cir. 2005).

Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co., 523 F. Supp. 483 (S.D.N.Y. 1981).

Donaldson v. Beckett, 2 Brown's Parl. Cases 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257 (1774).

Fortnightly Corp. v. United Artists, 392 US 390 (1968).

Interscope Records v. Duty, No. 05-CV-3744-PHX-FJM (D. Ariz. Apr. 14, 2006).

Millar v. Taylor, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (K.B. 1769).

Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures, 81 F.2d 49 (2nd Cir. 1936).

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

Teleprompter Corp. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 415 U.S. 394 (1974).

Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 480 F.Supp. 429 (C.D. Cal. 1979).

Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

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

Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973).

Woods v. Universal City Studios, Inc., 920 F. Supp. 62 (S.D.N.Y. 1996).

4)LEGISLACIÓN

Artists' Rights and Theft Prevention Act of 2005.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas 1886, enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Copyright Act of 1976. 17 U.S.C. 107.

No Electronic Theft (NET) Act of 1997 (HR 2265).

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor 1996.

The Digital Millennium Copyright Act of 1998.