

PROPIEDAD INTELECTUAL:  
COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS TENDENCIAS RECIENTES

Julio H. Cole  
Profesor de Economía  
Universidad Francisco Marroquín  
Apartado 632-A  
Guatemala – Guatemala, 01010  
(e-mail: [jhcole@ufm.edu.gt](mailto:jhcole@ufm.edu.gt))

*Resumen*

Se comentan algunas tendencias recientes en materia de propiedad intelectual, con énfasis en dos leyes estadounidenses, la Ley Sonny Bono y la ley DMCA, ambas de 1998. La primera prolongó en 20 años la duración de *copyrights* vigentes, y su constitucionalidad fue impugnada en una demanda reciente. La segunda elimina, en el ámbito digital, dos distinciones consagradas en la jurisprudencia en este campo: (1) reproducción no-autorizada versus reproducción ilegal, y (2) el acto de realizar copias no-autorizadas versus el acto de crear la tecnología que lo hace factible. Además, la manera como se ha implementado la ley DMCA plantea serios interrogantes acerca de la jurisdicción de las diferentes leyes nacionales en esta materia. En vista de estas tendencias preocupantes, cabe preguntarse si el *copyright* realmente se justifica en una sociedad libre.

*Abstract*

This paper comments on some recent trends in intellectual property law, emphasizing two recent US laws, the “Sonny Bono Law” and the *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), both of 1998. The former extended the duration of copyrights by 20 years, and its constitutionality was challenged in a recent Supreme Court case. The latter eliminates, in the digital sphere, two distinctions that have been important in this field: (1) unauthorized reproduction versus illegal reproduction, and (2) the act of making unauthorized copies versus the act of creating the technology that enables such copying. Also, the manner in which the DMCA has been implemented poses serious questions regarding the jurisdiction of different national laws in this area. In view of these trends, it seems entirely legitimate to question whether copyright is really justified in a free society.

## *Introducción*

La propiedad intelectual se está volviendo un tema cada vez más importante en discusiones sobre política económica. Por un lado, la tecnología moderna ha creado productos totalmente nuevos que plantean problemas para la definición y delimitación de los “derechos de propiedad” sobre estos bienes. Por otro lado, algunos de estos mismos desarrollos están haciendo cada vez más difícil la protección de las formas más convencionales de propiedad intelectual. Las tensiones que las nuevas tecnologías imponen sobre las leyes actuales están generando demandas para una mayor firmeza en la aplicación de los mecanismos legales existentes. A nivel internacional, el gobierno de los Estados Unidos desde hace varios años ha tomado la delantera a este respecto, presionando a otros países para que fortalezcan sus leyes de propiedad intelectual y/o las modifiquen para que se apeguen más a los actuales estándares norteamericanos.

En vista de estas tendencias, ahora es un buen momento para repensar radicalmente los tradicionales conceptos de propiedad intelectual. ¿No será que, en lugar de considerar reformas para *fortalecer* las patentes y *copyrights*, deberíamos movernos en la dirección contraria? En otros trabajos recientes, he examinado los argumentos que justifican las leyes y prácticas vigentes en esta materia, y he cuestionado sus fundamentos teóricos.<sup>1</sup> No trataré aquí de repasar nuevamente ese material, sino que más bien aprovecharé esta ocasión para comentar sobre los antecedentes e implicaciones de una serie de casos judiciales, ventilados recientemente en Estados Unidos, que ilustran muy bien los problemas y contradicciones que surgen al tratar de aplicar los conceptos tradicionales en el mundo moderno.<sup>2</sup>

## *El Caso Napster*

Este es quizá el ejemplo más conocido de los problemas legales generados por las nuevas tecnologías digitales. Los detalles del caso son de sobra conocidos: (1) el desarrollo del formato “mp3” permitió grabar música en archivos más pequeños, y por tanto más fáciles de transmitir por Internet, lo que estimuló la creación de grandes directorios *online* para facilitar el intercambio de estos archivos, (2) las grandes empresas discográficas vieron en este desarrollo una amenaza para el mercado de música grabada, y un consorcio de estas empresas demandó judicialmente a *Napster*, el más conocido de estos directorios, constituido como empresa comercial, para que cesara sus operaciones.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>J. H. Cole, “Controversy: Would the Absence of Copyright Laws Significantly Affect the Quality and Quantity of Literary Output?” *Journal of Markets and Morality*, 4 (Spring 2001): 112-19, 127-31, y J. H. Cole, “Patentes y *Copyrights*: Costos y Beneficios,” *Libertas*, No. 36 (Mayo 2002): 103-42.

<sup>2</sup>El énfasis en casos estadounidenses no es casual. En años recientes la mayoría de las innovaciones en este campo se han originado en Estados Unidos, y las tendencias legislativas y judiciales en materia de propiedad intelectual en ese país eventualmente tienen repercusiones más allá de sus fronteras.

<sup>3</sup>Para una explicación más extensa y referencias detalladas a los casos judiciales véase David M. Post, “His Napster’s Voice,” en A. Thierer y C. W. Crews, eds., *Copyrights: The Future of*

El resultado también es conocido: luego de una prolongada y costosa disputa legal, las empresas discográficas ganaron el juicio pero perdieron la batalla. *Napster* prácticamente desapareció del mapa, pero la copia ilegal e intercambio de archivos musicales no se ha detenido y sigue creciendo, por medio de nuevos sistemas aún más sofisticados—como “Gnutella,” “Freenet,” “KaZaA,” “FastTrack,” “AudioGalaxy” y “Morpheus”—que no requieren de un servidor central (y por tanto carecen de una entidad visible que pueda ser demandada).

Aunque el caso *Napster* tuvo una tremenda publicidad en los medios, del punto de vista analítico no es realmente muy interesante, porque jurídicamente la situación es muy clara. La posición de los demandantes era inexpugnable—el sitio *web* de *Napster* indudablemente estaba siendo utilizado para facilitar la distribución masiva de copias ilegales de materiales protegidos—y el fallo fue legalmente correcto. El único problema es que el fallo, aunque impecable del punto de vista judicial, será a la larga irrelevante, porque nada podrá impedir que los usuarios de *Napster* sigan haciendo lo mismo que hacían antes del fallo. En este sentido el caso *Napster* es simplemente una ilustración muy concreta de una tendencia que se ha manifestado de muchas maneras, especialmente desde mediados del siglo XX: los continuos adelantos tecnológicos en la reproducción y transmisión de información—fotocopiadoras, radiograbadoras, videograbadoras, *scanning* por computadora, etc.—hacen que las leyes de *copyright* resulten cada vez menos “enforzables.” Las partes afectadas podrán recurrir a acciones legales para tratar de defender sus intereses, pero independientemente de las decisiones judiciales al respecto, no se podrá detener el *momentum* del adelanto tecnológico, una vez éste toma impulso.

### *ASCAP y los Campamentos de Verano*

No siempre se aprecia que, en el caso específico de la música grabada, la maraña actual de leyes y prácticas vigentes en esta materia es un desarrollo relativamente reciente. A principios del siglo XIX no existía por supuesto la música grabada, y se entendía que el *copyright* sobre canciones y piezas musicales cubría únicamente la música impresa, pero no la ejecución de la pieza musical. Con el tiempo, el *copyright* en este ámbito se ha ido gradualmente ampliando, no sólo en duración sino en alcance, por lo que actualmente se considera que éste abarca no sólo la reproducción y venta de música grabada, sino cualquier ejecución pública de la obra, y en muchos países existen entidades de gestión colectiva que administran el cobro de regalías sobre transmisiones radiales, por televisión, y en lugares públicos como restaurantes, hoteles, etc.

En 1996 se dio en Estados Unidos un caso interesante que no sólo ejemplifica muy bien los extremos absurdos a que puede llegarse en la aplicación de estos conceptos, sino que ilustra también lo problemático que resulta la noción general de “propiedad intelectual.” ASCAP (*American Society of Composers and Performers*), la entidad gestora que administra, por cuenta de sus 68,000 afiliados, el cobro de regalías sobre ejecución de

---

*Intellectual Property in the Information Age* (Washington: Cato Institute, 2002), pp. 107-24, y Stan Liebowitz, “Policing Pirates in the Networked Age,” *Policy Analysis* No. 438, Cato Institute (Washington, May 15, 2002).

piezas musicales en lugares públicos, envió cartas a todos los campamentos de verano en Estados Unidos, indicándoles que debían pagar una regalía anual si deseaban que los chicos cantaran alrededor de la fogata cualquiera de las más de cuatro millones de canciones protegidas administradas por esa entidad. El argumento era que éstas constituían “ejecuciones públicas” de dichas canciones, y que dicha actividad constituía una parte integral del servicio proporcionado por dichos campamentos a sus clientes, servicio por el cual éstos recibían una remuneración monetaria.<sup>4</sup> La fundamentación para el cobro de regalías por estas “ejecuciones públicas” era por analogía con el caso de la música de fondo tocada en restaurantes, bares y otros lugares públicos, en base a una opinión judicial expresada por Oliver Wendell Holmes, magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos (en *Herbert v. Shanley Co.*, 242 U.S. 591 [1917]):

Si los derechos bajo *copyright* se violan únicamente por una ejecución pública por la que se cobra un derecho de admisión, entonces están muy imperfectamente protegidos. Podrían realizarse ejecuciones públicas, similares a las efectuadas por los demandados, que competirían con los demandantes e incluso podrían destruir el monopolio que la ley les otorga. Baste con señalar que no hay necesidad de interpretar tan estrechamente el estatuto. Las ejecuciones públicas del demandado no son de carácter no-lucrativo. Son parte de un todo por el cual el público paga, y el hecho de que el precio del todo se atribuye a un elemento particular que los clientes deberán solicitar no es importante. Es cierto que la música no es el objeto principal, pero tampoco lo es la comida, que probablemente podría obtenerse más económicamente en otro lugar. El objeto es merendar en un ambiente que—para comensales con limitadas facultades conversacionales, o a quienes les desagradan los ruidos circundantes—proporciona un cierto placer que no se obtiene al ingerir una comida silenciosamente. Si la música no contribuyera a la rentabilidad del negocio, no se tocaría. Si lo hace, es porque el público paga por ella. Sea que resulte rentable o no, el objeto que se persigue al tocarla es el lucro, y con eso basta.<sup>5</sup>

Esta opinión del magistrado Holmes sigue teniendo gran influencia sobre las prácticas en esta materia, aunque la aplicación que le quiso dar ASCAP en el caso de los campamentos de verano equivale a una reducción al absurdo del principio básico.<sup>6</sup> Naturalmente, hubo un

---

<sup>4</sup>Para detalles del caso y un exhaustivo análisis de sus implicaciones jurídicas, véase Julien H. Collins, “When in Doubt, do Without: Licensing Public Performances by Nonprofit Camping or Volunteer Service Organizations under Federal Copyright Law,” *Washington University Law Quarterly*, 75 (Fall 1997)—<http://www.wulaw.wustl.edu/WULQ/75-3/753-5.html>.

<sup>5</sup>*The Essential Holmes*, R. A. Posner, ed. (Chicago: University of Chicago Press, 1992), p. 53.

<sup>6</sup>Un caso similar, igualmente ridículo, se planteó recientemente en España: dos entidades de gestión colectiva, la Sociedad General de Autores de España (SGAE) y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGDI), demandaron a una empresa hotelera, exigiendo “indemnización por daños y perjuicios,” debido a que en las habitaciones del hotel se transmitían obras musicales, presumiblemente en aparatos de radio y televisión (Madrid, *La Gaceta*, 14 de Octubre, 2002, p. 7). La defensa argumentó, atinadamente, que para efectos legales las habitaciones hoteleras se consideran como domicilios, por lo que “la difusión en ellas de contenidos audiovisuales no son

revuelo, con airadas protestas de indignados padres de familia, y la imagen pública de ASCAP quedó por el suelo, lo que al final los llevó a desistir del cobro de las sumas inicialmente exigidas, conformándose con un pago nominal (un dólar por año por campamento). Lo interesante, sin embargo, es que incluso ese pago nominal representa un reconocimiento formal del principio defendido por ASCAP: que las canciones son propiedad del titular del derecho de autor, y que cualquier ejecución pública de la misma, incluso por parte de escolares cantando alrededor de la fogata, se hace con permiso y venia del propietario. Más interesante aún es el argumento planteado por uno de los abogados de ASCAP: “Ellos [los campamentos] compran papel y otros materiales para sus manualidades—también pueden pagar por la música [que utilizan] .... Si siguen cantando [nuestras canciones] sin pagar, los demandaremos si es necesario.”<sup>7</sup>

Probablemente sin darse cuenta, este abogado expresó en forma muy elocuente la falacia básica que fundamenta todo concepto de propiedad intelectual. Cualquier economista le podría explicar que hay que pagar por los materiales que los niños utilizan en sus manualidades por una razón muy simple: estos materiales son *escasos*, y tienen usos alternativos, por lo que tienen un *costo de oportunidad*. La cartulina que se emplea para pintar, no se puede utilizar al mismo tiempo para otra cosa. Con las canciones, sin embargo, no ocurre lo mismo. Si los niños cantan una canción alrededor de la fogata, ésta no se gasta, otras personas la pueden cantar también. *No* tienen un costo de oportunidad, y por tanto *no son bienes escasos*.

Por eso es que resulta tan problemática la aplicación, a estos bienes, de los conceptos tradicionales de la teoría económica de los derechos de propiedad. Según esta teoría (que se asocia usualmente a los modernos teóricos de *law and economics*, pero que en sus aspectos esenciales puede remontarse hasta David Hume), a la sociedad le conviene definir y proteger derechos de propiedad privada porque los bienes son escasos. No tiene objeto delimitar derechos de propiedad sobre bienes cuando éstos existen en abundancia. Por otro lado, cuando los bienes son escasos y la propiedad es comunal, éstos no son usados eficientemente. La propiedad privada garantiza que los bienes escasos serán usados de la forma más eficiente y productiva. Es difícil, sin embargo, justificar con este argumento los derechos de propiedad *intelectual*, ya que éstos no surgen de la escasez de los objetos apropiados—más bien, su propósito es *crear* una escasez, para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso, sino que la “escasez” es creada por la misma ley (y dicha escasez “artificial” es precisamente la fuente de las rentas monopólicas que confieren valor a dichos derechos). La gran diferencia entre los derechos de autor y los títulos de propiedad sobre bienes tangibles es que estos últimos serán escasos incluso si no existen derechos de propiedad

---

actos de comunicación pública,” estando por tanto exentos del pago de derechos de autor. (Con el argumento de los demandantes, cualquier persona que diera en alquiler una casa o apartamento amoblado tendría que pagar derechos de autor si el amoblado incluye una radio y el inquilino decide tocar música en ella.) Existe una consideración adicional respecto de este caso: las entidades de gestión ya cobran regalías a las estaciones de radio por la *difusión* de los programas musicales, y lo que ahora pretenden es cobrar adicionalmente por la *recepción* de esos mismos programas.

<sup>7</sup>Citado por Collins, *op. cit.*, nota 107.

definidos, mientras que en el caso de los derechos de autor la escasez solo existe después de definir el derecho de propiedad.<sup>8</sup>

### *Eldred v. Ashcroft*

Un caso que ha despertado mucho interés reciente es la demanda planteada por Eric Eldred, un editor de *e-books*, impugnando la constitucionalidad de la llamada “Ley Sonny Bono,” aprobada en 1998.<sup>9</sup> La provisión más significativa de esta ley fue ampliar en 20 años la duración de los *copyrights* vigentes. Bajo la nueva ley, el *copyright* en Estados Unidos dura la vida del autor más 70 años (antes duraba la vida del autor más 50 años), y en caso de que el titular del derecho sea una persona jurídica, el *copyright* corporativo dura actualmente 95 años a partir de la fecha de publicación (antes era de 75 años). El aspecto de esta ley que más críticas ha generado (aparte de alargar aún más la duración de derechos de autor que ya de por sí eran excesivamente largos) es que su efecto es retroactivo, i.e., se aplica no sólo para obras de reciente creación, sino que automáticamente amplía en 20 años los derechos de autor sobre cualquier obra cuyo *copyright* estuviera aún vigente al momento de aprobarse la ley. Esto significa, en la práctica, que ninguna obra pasará al dominio público antes de 2019.

La duración actual del *copyright*—que francamente ya raya en lo absurdo—es el resultado de una evolución gradual que se ha venido dando durante los últimos 200 años. Para darse una idea de esta evolución histórica, consideremos el siguiente detalle basado en sucesivas enmiendas a la ley de derechos de autor en Estados Unidos (la evolución en otros países ha sido muy similar):

<u>Ley de:</u>	<u>Duración del <i>Copyright</i>:</u>
1790	14 años, renovable por otros 14
1831	28 años, renovable por otros 14
1909	28 años, renovable por otros 28
1976	Vida del autor + 50 años ( <i>copyright</i> corporativo: 75 años)
1998	Vida del autor + 70 años ( <i>copyright</i> corporativo: 95 años)

---

<sup>8</sup>En el siglo XX, la explicación más clara de este argumento la dio el economista inglés Arnold Plant, en dos artículos publicados en 1934: “The Economic Aspects of Copyright in Books” y “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions” (*Selected Economic Essays and Addresses* [London: Routledge & Kegan Paul, 1974], pp. 35-56, 57-86). Sobre el pensamiento económico de Plant, véase R. H. Coase, “Professor Sir Arnold Plant: His Ideas and Influence,” en M. J. Anderson, ed., *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon* (London: Institute of Economic Affairs, 1986), pp. 81-90.

<sup>9</sup>En los Estados Unidos es común que una ley aprobada por el Congreso lleve el nombre del congresista que presentó el proyecto de ley original, en este caso Sonny Bono, el fallecido ex-cantante *pop* convertido en político, y más conocido por ser ex-marido de la popular actriz y cantante Cher. El nombre completo y oficial de la ley es *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (S. 505, 105th Cong., 2nd Sess., 1998), una serie de enmiendas a las leyes sobre derechos de autor entonces vigentes en los Estados Unidos.

Sería muy difícil explicar esta evolución histórica apelando a la teoría que usualmente se emplea para justificar la “propiedad intelectual,” i.e., la idea de que estos derechos exclusivos son necesarios para proporcionar “incentivos” para creación literaria y artística. En el caso de Estados Unidos, este principio está consagrado en la misma Constitución, que en su enumeración de las facultades del Congreso incluye la de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por períodos limitados a autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos” (Art. I, Secc. 8, cláusula 8). Las sucesivas prolongaciones de la duración del *copyright*, sin embargo, claramente desmienten cualquier noción de “propiedad intelectual como incentivo”: ese no ha sido el motivo real de las enmiendas. ¿Cuántas obras literarias o musicales se hubieran dejado de producir en los últimos dos siglos si se hubiera mantenido la duración máxima de 28 años? Probablemente muy pocas, pero la pregunta es irrelevante porque no se trata realmente de eso. La realidad es que el tema de los incentivos es simplemente una fachada, para disimular el verdadero propósito, que siempre ha sido prolongar la duración de monopolios muy rentables. En teoría, las leyes de propiedad intelectual existen para proporcionar incentivos a la creación; en la práctica, sólo son una forma muy efectiva de *rent-seeking*.<sup>10</sup>

Además, si tomamos en cuenta que bajo la Ley Sonny Bono un *copyright* puede ahora fácilmente durar más de 100 años (dependiendo de la vida del autor), se aprecia que esta ley torna risibles las dos palabras clave del enunciado constitucional: “períodos limitados.” Si bien es cierto que la ley cumple con el principio en un sentido meramente formal (se estipula una duración determinada), la duración actual riñe con la intención original del texto (cuyos redactores casi seguramente no contemplaban que con el tiempo se pasaría de 28 años a más de 100), y puesto que nada garantiza que en el futuro no se prolongará la duración del *copyright* aún más, lo que en la práctica se está produciendo es un *copyright* perpetuo “por entregas.”<sup>11</sup> Esta es la base de la demanda de inconstitucionalidad planteada por Eldred, que recientemente llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sería difícil predecir el fallo en este caso. El simple hecho de que los magistrados hayan aceptado oír el caso es esperanzador, especialmente considerando que uno de ellos, Stephen Breyer, quien en su juventud fue profesor de leyes de Harvard, escribió una vez una monografía

---

<sup>10</sup>Al parecer, la Ley Sonny Bono fue promovida por grupos empresariales vinculados a la industria cinematográfica, y con fuerte apoyo de parte de ejecutivos de la empresa Disney, quienes estaban interesados en evitar que varios de sus conocidos personajes pasaran al dominio público (empezando por “Mickey Mouse,” cuyo *copyright* estaba por caducar en el año 2003)—véase “Free Mickey Mouse,” *The Economist* (Oct 12, 2002), p. 73. Esta actitud no es sorprendente, considerando el gran valor comercial de estos *copyrights*, pero no deja de ser un tanto irónico que esta empresa trate por todos los medios de impedir que sus personajes pasen al dominio público, siendo que probablemente ninguna otra empresa en el mundo se ha beneficiado tanto de la existencia de personajes e historias tomadas libremente del dominio público: *Blancanieves*, *Pinocho*, *La Sirenita*, *El Libro de la Selva*, *El Jorobado de Notre Dame*, para citar sólo unos pocos ejemplos.

<sup>11</sup>“*Perpetual term on the installment plan.*” La frase es de Lawrence Lessig, profesor de leyes en la Universidad Stanford, quien es el abogado que representa a Eldred en este caso.

jurídica en la que planteaba la conveniencia de abolir los *copyrights* del todo.<sup>12</sup> Por otro lado, los magistrados podrían tomar la vía fácil de lavarse la manos, y opinar simplemente que la constitución faculta al Congreso para legislar en materia de propiedad intelectual.

### *La Ley DMCA y el Caso Sklyarov*

Este caso tiene que ver con una segunda ley en materia de propiedad intelectual aprobada en Estados Unidos en 1998, el *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), que en su cláusula más significativa prohíbe “burlar la protección tecnológica que efectivamente controla el acceso a una obra protegida bajo esta ley.”<sup>13</sup> Lo que se busca es frenar las actividades de los *hackers* que se dedican a anular las protecciones que los fabricantes incorporan en sus materiales (música, *software*, bases de datos, etc.) cuando los venden en formato digital. Naturalmente, el objeto de incorporar estas protecciones es evitar la copia masiva de dichos materiales, a fin de asegurar un mercado para las versiones comerciales, y esto es un objetivo perfectamente legítimo. Todo el mundo tiene derecho a implementar las medidas que considere convenientes para proteger sus intereses. El problema, sin embargo, es que estas medidas de protección rara vez resultan eficaces, ya que en la práctica los *hackers* son sumamente creativos, y rápidamente logran desarrollar “*cracks*,” incluso para los sistemas más sofisticados. La nueva ley, entonces, prohíbe legalmente interferir con los mecanismos de protección digital, lo que en principio no es muy objetable, aunque podría en la práctica proscribir también ciertas actividades que no tienen intenciones ilícitas. El problema es que se elimina, en el ámbito digital, una distinción que siempre ha sido importante en el campo de la propiedad intelectual: *reproducción no-autorizada* versus *reproducción ilegal*. Los dos conceptos no son sinónimos (a pesar de que usualmente se supone lo contrario). No toda reproducción no-autorizada es ilegal: siempre ha sido permitido sacar fotocopias de materiales impresos, por ejemplo, en cantidades limitadas y para uso personal (i.e., sin fines comerciales), sin permiso expreso del editor. También es permitido grabar programas televisados en videocassettes, para uso personal y sin fines comerciales, sin permiso expreso. Estos usos permitidos son reproducciones “no-autorizadas,” pero no son ilegales. En el ámbito digital, sin embargo, la ley DMCA elimina esta distinción, y declara ilegal toda reproducción no-autorizada. Al usuario sólo se le permite, entonces, utilizar estos materiales en la forma exacta que le autoriza el vendedor.<sup>14</sup> Lo que resulta ilegal es el acto mismo de

---

<sup>12</sup>Stephen Breyer, “The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs,” *Harvard Law Review*, 84 (1970): 281-351.

<sup>13</sup>*Digital Millennium Copyright Act* (H.R. 2281, 105th Cong., 2nd Sess., 1998), Secc. 1201 (a) (1) (A).

<sup>14</sup>Por ejemplo, la tecnología actual permite al usuario que haya comprado un disco musical, copiar sólo las piezas que le interesan, combinarlas con piezas de otro disco, y de esta forma diseñar y grabar un disco formateado de acuerdo a su gusto personal. (Uno de los aspectos más irritantes de la forma como tradicionalmente se mercadea la música grabada es que ésta sólo se vende en paquetes fijos, y el consumidor que está interesado en una pieza específica está obligado a comprar todo el paquete, que casi seguramente incluirá muchas piezas que no le interesan.) Para el consumidor esto es obviamente un gran adelanto, ya que le permite “personalizar” sus discos, y obtener mayor



reproducción, y no la intención de hacerlo con propósitos ilícitos. En este sentido, la nueva ley se aleja de tradicionales conceptos consagrados en la jurisprudencia en este campo.

La ley DMCA va incluso más allá, y no sólo proscribire la actividad de burlar la protección digital con el propósito de realizar copias no-autorizadas, sino que proscribire también la tecnología que lo permite. Según el texto de la ley, se prohíbe “... manufacturar, importar, ofrecer al público, proporcionar o comerciar en cualquier tecnología, producto, servicio, artefacto, o componente del mismo, que haya sido producido o diseñado principalmente con el objeto de burlar la protección tecnológica que efectivamente controla el acceso a una obra protegida bajo esta ley.” Por tanto, el delito ya no es sólo la violación del *copyright*, sino la creación de las herramientas que lo hacen posible.

Las provisiones anti-*cracking* del DMCA tienen implicaciones preocupantes para el futuro del desarrollo tecnológico en estos campos. Un caso notorio fue el de Dmitry Sklyarov, un programador ruso especialista en criptografía, quien desarrolló un *software* para quitar la protección criptográfica de los libros electrónicos (*e-books*) producidos por Adobe Systems. Esto posibilita que los mismos puedan ser copiados en archivos *back-up*, transferidos a otras computadoras, etc. (También permite la producción de copias ilegales.) Sklyarov fue arrestado cuando viajó a Estados Unidos para asistir a un congreso de especialistas en criptografía, y pasó tres semanas en custodia.<sup>15</sup> Un aspecto adicional de este caso es que plantea serios interrogantes acerca de la jurisdicción de las diferentes leyes nacionales en materia de propiedad intelectual. Si Sklyarov hubiera hecho su trabajo en los Estados Unidos, entonces claramente estaría en violación de la DMCA. El hecho, sin embargo, es que es ciudadano ruso, residente en Rusia, e hizo todo su trabajo en Rusia. La DMCA es una ley estadounidense, pero en Rusia las actividades por las que Sklyarov fue arrestado en Estados Unidos no son ilegales. Resulta ahora, entonces, que un ciudadano extranjero puede ser arrestado en Estados Unidos por cometer, en su propio país, actos que en Estados Unidos son tipificados como delitos pero que en su país son perfectamente legales.

### *Conclusión*

Los casos que he comentado ejemplifican, en grado extremo, ciertas tendencias preocupantes en materia de propiedad intelectual, especialmente en lo tocante a los nuevos medios digitales. Por otro lado, por lo menos tienen un mérito positivo, que es el de haber provocado discusión y debate sobre un tema que hasta ahora ha sido manejado casi exclusivamente por especialistas. Eso en sí es saludable. A lo mejor de este debate saldrá el consenso necesario para revertir algunas de estas tendencias. Esperemos que sí. Caso contrario corremos el riesgo de confirmar, cada día más, la predicción de John Perry Barlow: “La mayor restricción sobre nuestras libertades futuras probablemente no

---

satisfacción de sus compras. Bajo la ley DMCA, sin embargo, queda prohibido hacer “*retracking*” de CD’s para uso personal (aunque se hayan adquirido legítimamente), ya que el lenguaje de la ley prohíbe a secas el acto de “burlar protección,” independientemente del propósito.

<sup>15</sup>Paul Wallich, “Symmetry Breaking,” *Scientific American*, 285 (Oct 2001): 17.

provendrá del gobierno, sino de contingentes de abogados corporativos tratando de proteger por la fuerza lo que ya no puede justificarse por consideraciones de eficiencia práctica o por el consenso general de la sociedad.”<sup>16</sup> Tal vez ha llegado el momento de meditar seriamente sobre la pregunta básica planteada hace más de 30 años por el ahora magistrado Stephen Breyer: ¿Se justifica realmente el *copyright* en una sociedad libre?

---

<sup>16</sup>John Perry Barlow, “Selling Wine without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net,” en Peter Ludlow, ed., *High Noon on the Electronic Frontier: Conceptual Issues in Cyberspace*

## BIBLIOGRAFÍA

- Barlow, John Perry (1996), "Selling Wine without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net", en Ludlow, Peter (ed), *High Noon on the Electronic Frontier: Conceptual Issues in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, pp. 9-34. [Versión original: "The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything You Know about Intellectual Property is Wrong)", *Wired*, 2.03 (March 1994): 85-90, 126-29—<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>].
- Breyer, Stephen (1970), "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs," *Harvard Law Review*, 84, pp. 281-351.
- Coase, R. H. (1986), "Professor Sir Arnold Plant: His Ideas and Influence," en Anderson, M. J. (ed), *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon*, Londres, Institute of Economic Affairs, pp. 81-90.
- Cole, J. H. (2001), "Controversy: Would the Absence of Copyright Laws Significantly Affect the Quality and Quantity of Literary Output?", *Journal of Markets and Morality*, 4 (Spring): 112-19, 127-31.
- Cole, J. H. (2002), "Patentes y Copyrights: Costos y Beneficios", *Libertas*, No. 36, pp. 103-42.
- Collins, Julien H. (1997), "When in Doubt, do Without: Licensing Public Performances by Nonprofit Camping or Volunteer Service Organizations under Federal Copyright Law", *Washington University Law Quarterly*, 75 (Fall)—<http://www.wulaw.wustl.edu/WULQ/75-3/753-5.html>
- Holmes, O. W. (1992), *The Essential Holmes*, Posner, R. A. (ed), Chicago, University of Chicago Press.
- Liebowitz, Stan (2002), "Policing Pirates in the Networked Age", Policy Analysis No. 438, Washington, Cato Institute.
- Plant, Arnold (1974a), "The Economic Theory Concerning Patents for Inventions" [1934], en *Selected Economic Essays and Addresses*, pp. 35-56. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Plant, Arnold (1974b), "The Economic Aspects of Copyright in Books" [1934], en *Selected Economic Essays and Addresses*, pp. 57-86. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Post, David M. (2002), "His Napster's Voice," en Thierer, A. y Crews, C. W. (eds), *Copyfights: The Future of Intellectual Property in the Information Age*, Washington, Cato Institute, pp. 107-24.
- Wallich, Paul (2001), "Symmetry Breaking", *Scientific American*, 285 (Oct): 17.