

¿Es posible salvaguardar los bienes de la información?

De cómo las políticas en materia de propiedad intelectual están socavando la cultura democrática, y algunas estrategias para defender el interés público.

Título original: *Can the Information Commons Be Saved?*

Autor: **David Bollier**. Miembro de la New America Foundation

Traducción: Javier Fdez. Retenaga <inignaga@teleline.es>

Una de las paradojas más chocantes de esta "era de la internet" es que aun cuando cada vez es posible disponer fácilmente de más y más información, diversas fuerzas comerciales están convergiendo con el propósito de hacer la información más *escasa*, o al menos más costosa y sujeta a un estricto control mercantil. Más que una rareza, esta paradoja puede ser un augurio acerca del destino que le espera a la libre transmisión de la información que ha venido caracterizando a nuestra cultura democrática.

Como nunca antes había sucedido, una serie de industrias están sirviéndose de las nuevas tecnologías, de derechos de propiedad intelectual cada vez más amplios y de la consolidación del mercado, para convertir un extenso panorama de información libre y accesible al público, en mercados controlados por empresas privadas. De este modo, se está forjando una estructura radicalmente nueva para el flujo de información en nuestra sociedad; una estructura que determina quién puede acceder a, utilizar y compartir diferentes tipos de información. No exageramos si decimos que el futuro carácter de nuestra forma de Estado, de los mercados, la educación y la cultura, está siendo delineado en gran medida por las nuevas tecnologías y las políticas públicas, en particular por la ley de propiedad intelectual. Sin embargo, hasta el momento se ha dado una información muy escasa acerca de todo ello, no ha habido un amplio debate público y el interés público no ha tenido una representación permanente en estos asuntos fundamentales.

No hay duda de que el creciente uso de la internet y el comercio electrónico está reforzando la competencia y generando nuevas formas de realizar las tareas cotidianas. Pero la excesiva mercantilización de la información está también limitando muchas formas de libertad artística, el debate ciudadano, la investigación académica, la innovación empresarial, el derecho a la privacidad y la defensa del consumidor. Estos valores corren cada vez mayor peligro, en la medida en que sectores industriales bien atrincherados utilizan sus influencias políticas para hacerse con nuevas clases de derechos de propiedad intelectual en beneficio de mezquinos intereses comerciales. Así, intereses principales del pueblo estadounidense, como son disponer de mercados abiertos, sólidos espacios culturales, la equidad social y los principios democráticos fundamentales, quedan a un lado, a menudo con la absoluta complicidad de nuestro gobierno.

Por complejas razones, muchos de los ciudadanos que más se juegan en ello apenas han comenzado a advertir cuáles son sus intereses a largo plazo, no digamos ya a organizar una respuesta efectiva. La mayor parte de los ciudadanos, consumidores, usuarios de ordenadores, creadores artísticos, educadores, científicos y periodistas, entre otros muchos, no acaban de darse verdadera cuenta de que están perdiendo los derechos que siempre han tenido al legítimo uso de la información y a que está permanezca en el dominio público; no

¿Es posible salvaguardar los bienes de la información? De cómo las p...emocrática, y algunas estrategias para favorecer el interés público.

acaban de advertir que el debilitamiento de tales derechos -y la pérdida de diversos bienes de la información- está cambiando algunas de las premisas básicas de nuestra cultura. Posibles competidores, que podrían introducir en el mercado tecnologías y métodos empresariales innovadores, y precios más bajos, quedan desterrados por las nuevas políticas en torno a la propiedad intelectual.

Éste es el lado oscuro de la revolución digital: cómo una variedad de nuevas políticas relativas a la propiedad intelectual, en conjunción con nuevas tecnologías, están acrecentando el poder de los vendedores en detrimento de los consumidores; fomentando la concentración del mercado frente a la libre competencia; homogeneizando la diversidad de información y expresión de nuestra sociedad; constriñendo el dominio público, del cual se derivan nuevas obras creativas e innovaciones empresariales; sustituyendo el libre acceso a la información por procedimientos de "pago por uso"; introduciendo nuevas formas intrusivas de vigilancia de los individuos a fin de ver el uso que éstos hacen del material protegido; y subvirtiendo los patrones libres y la "cultura del regalo", que han sido los verdaderos motores de nuestra finisecular revolución de la información.

Este memorandum es un intento de explicar cómo estas perturbadoras tendencias están rehaciendo nuestra sociedad de un modo pernicioso.

1 Poniendo bajo llave los bienes de la información

A medida que una parte cada vez mayor de la economía, la vida política y la cultura estadounidenses se van mudando a la red, un campo de la ley que permanecía adormecido -la propiedad intelectual (PI)- esta asumiendo nuevos y amplios poderes para determinar el funcionamiento de nuestra sociedad. Sin embargo, por muchas razones, ni la dinámica de este cambio ni sus regresivas implicaciones políticas son advertidas por el público. Ahí tenemos un reto.

El éxito de la ley de PI a lo largo de las generaciones se ha producido en virtud de un notable equilibrio entre tensiones fundamentales: entre creadores y consumidores, entre monopolios industriales y mercados competitivos, y entre el control privado, comercial, de la expresión y el interés público en la libre expresión. Si bien estas tensiones en la ley de PI no tienen nada de nuevo, el auge de las nuevas tecnologías y estructuras mercantiles digitales está minando el difícil equilibrio que se ha venido manteniendo en dicha ley. A medida que se reconstruye el "sistema nervioso central" de nuestra cultura, se están socavando ciertos valores sociales, democráticos y culturales básicos. El sentido de la Primera Enmienda¹, la vitalidad del debate público, las instituciones que persiguen la equidad social y los marcos legales que garantizan una economía competitiva y abierta a todos, son algunos de los asuntos clave que las nuevas tecnologías y la ley de PI están modelando.

Tradicionalmente, los debates en torno a la PI rara vez han despertado gran interés entre la prensa y el público. Las controversias sobre patentes y *copyrights* han solido reducirse a conflictos entre empresas. Normalmente, el Congreso se ha limitado a dejar que las empresas en litigio alcanzaran a puerta cerrada un acuerdo que luego aquél ratificaría. Esto se encontraba aceptable, puesto que la mayor parte de las disputas en torno a la PI afectaban únicamente a la industria; por lo general, la PI no afectaba al uso privado, no comercial, de las obras protegidas. Así, no resulta sorprendente que al público le hayan tenido sin cuidado las controversias sobre PI.

La falta de interés del público en la ley de PI se debe también a sus complejas abstracciones, que se perciben

como un terreno vedado, sólo al alcance de acreditados especialistas en leyes, tecnología, economía y comercio internacional. Y dado que los cambios en las leyes relativas a la PI han afectado generalmente a los mercados de una manera gradual, a medida que se iban desarrollando, el impacto tiende a producirse en el futuro y no de una manera inmediata. Así, normalmente la gente no ha *experimentado* de primera mano el impacto de las normativas en materia de PI. No obstante, esto está cambiando rápidamente en la medida en que nuevas tecnologías proliferan a gran velocidad y cada vez más personas empiezan a utilizar la información de maneras que las empresas titulares de *copyrights* consideran contrarias a sus intereses comerciales.

Todas estas razones explican por qué los estadounidenses lo ignoran casi todo acerca las políticas relativas a la PI. "Cuando partes privadas están autorizadas a explotar las tierras federales, todos podemos comprender la política de la situación," escribe el profesor de Derecho de la Universidad de Duke, James Boyle.

"Conocemos los argumentos (y los grupos interesados) a favor y en contra. Pero ¿quién gana y quién pierde cuando la propiedad en cuestión es intelectual, y la disputa gira alrededor de la ampliación del plazo de un *copyright* o de la patente de un programa informático? Hasta el momento no disponemos de una política de la era de la información."² En efecto, mucha gente aplica sus nociones intuitivas sobre el *copyright* al ciberespacio, ignorando los efectos retrógrados que eso tiene. Creen, por ejemplo, que las obras protegidas pueden ser absolutamente controladas de la forma en que pueden serlo otras formas de propiedad; una falsa concepción que deliberadamente aprovechan los interesados en el *copyright*.

Mucha gente también cree, erróneamente, que la arquitectura de la internet es intrínsecamente abierta e inviolable. En realidad, las tecnologías, políticas públicas e instituciones que gobiernan la internet están cambiando rápidamente, fundamentalmente en respuesta a las presiones comerciales. La cuestión crucial es si el extraordinario espacio público que la internet ha hecho posible será rediseñado para maximizar los intereses comerciales de los principales titulares de derechos de propiedad intelectual, o bien la arquitectura de la internet protegerá el interés del público en la libre expresión, en los derechos del consumidor y en disponer de un acceso abierto, competitivo y respetuoso de la privacidad. Valores radicalmente diferentes pugnan por conseguir su supremacía.

Entretanto, la ignorancia del público acerca de las políticas sobre propiedad intelectual está permitiendo a una variedad de empresas basadas en el *copyright* llevar a cabo, con muy buena vista, una muy lucrativa "rapiña" de derechos de PI, ante una escasa conciencia pública de los perjuicios para el bien común a largo plazo. En efecto, la concesión de nuevos y más amplios derechos de propiedad intelectual a varias industrias del *copyright* representa uno de los mayores derroches de fondos de los contribuyentes en décadas: billones de dólares que se derivan de la propiedad legal de nuevos y enormes sectores de mercado, lucrativos productos que copan áreas específicas del mercado y ventajas mercantiles obtenidas mediante apañes legales.

A. La suspensión del "acuerdo cultural" del *copyright*

Las leyes relativas a patentes y *copyrights* siempre se han contemplado como un "acuerdo cultural". Según dicta la Constitución de los EE.UU., el *copyright* es un derecho *limitado* que el Congreso concede a autores e inventores. El *copyright* es una concesión de derechos de monopolio a los autores, pero una concesión limitada a un periodo de tiempo fijo (en su origen 28 años, ahora ampliados a toda la vida del autor más setenta años), y limitada también por los derechos a un "uso legítimo" ("*fair use*") (consistentes principalmente en el derecho de citar y reproducir obras protegidas con finalidad crítica, para la difusión de

¿Es posible salvaguardar los bienes de la información? De cómo las p...emocrática, y algunas estrategias para favorecer el interés público.

noticias, la enseñanza, el estudio y la investigación). También afectan a la protección del *copyright* otras limitaciones tales como el derecho de bibliotecas y archivos a la reproducción de obras y la negación a los titulares del *copyright* de la facultad de controlar un producto tras su primera venta (es la "doctrina de la primera venta").

Dicho de otra forma, los derechos de propiedad concedidos a los autores tiene como contrapeso el derecho al acceso público a la obra y su permanencia en el dominio público una vez que expira el plazo del *copyright*. El propósito primero del *copyright* es beneficiar al público, y los derechos que se conceden a los autores tienen como único fin satisfacer ese propósito.

Sin embargo, de manera creciente la industria está tratando de suspender los términos de ese acuerdo. Están reclamando el *copyright* como un derecho absoluto. Quieren arrogarse nuevos derechos de propiedad intelectual, más amplios y exclusivos, dejando a un lado las tradicionales responsabilidades asociadas a tales derechos, en particular la preservación del dominio público y los derechos a un uso legítimo. Muchos de los interesados afirman sin rubor que el *copyright* es un *derecho ilimitado* al control de todo acceso a las obras sujetas a *copyright*, así como a su distribución y uso. Más aún, sostienen descaradamente que incluso los tradicionales intereses del público en el dominio público y el uso legítimo son "piratería".

Esto tuerce el sentido de los principios que históricamente han gobernado la ley del *copyright*, la cual dice bien a las claras que no se autoriza a los titulares del mismo el control de todos los mercados. Únicamente, concede una recompensa por poner una obra a disposición del público, mediante su publicación. El alcance de los derechos de PI siempre ha sido limitado, nunca absoluto, y contrapesado por las correspondientes responsabilidades hacia el público. Sin embargo, ante las presiones de la industria, el acuerdo cultural del *copyright* -pensado como un sistema para recompensar a los autores a fin de proporcionar nuevas obras al público- se está transformando en un sistema proteccionista del mercado.

La industria del *copyright* ha llevado a efecto esta transformación, en parte arrogándose los derechos morales y legales que asociamos a los autores individuales. Al fin y al cabo, la Constitución concede un monopolio limitado *al autor*, no al editor. Pero el auge de las tecnologías de los medios de comunicación de masas ha desplazado de hecho, de los autores a las grandes corporaciones, las prerrogativas del *copyright* por la vía del "alquiler de trabajo". Esto ha permitido a las compañías utilizar la ley de *copyright* como instrumento para el monopolio y la censura; proceso este que se está intensificando al tratar las compañías de maximizar sus ventajas competitivas dentro del mercado digital.

Según cómo se mire, el impulso hacia nuevas políticas de PI puede observarse simplemente como una manera de construir una estructura para el comercio electrónico que funcione eficiencia. Sin embargo, con intención o sin ella, el resultado es que los bienes de la información son puestos bajo llave. En vez de preservar un espacio público abierto, accesible a todos y sometido a normas sociales y procesos democráticos, las recientes iniciativas en materia de *copyright*, de aplicarse tal cual, transformarán la internet en una enorme máquina vendedora de "pago por uso".

B. El destino de la internet

Estas tendencias, por descontado, apuntan en un sentido diametralmente opuesto a la cultura de la internet tal y como hoy la conocemos. La ley de propiedad intelectual convencional da por hecho que sólo la protección del *copyright* y sus incentivos mercantiles pueden generar información útil o deseada. La historia de la internet y de la *World Wide Web* ha mostrado con claridad que eso no es cierto. Una cantidad increíble de información fértil y sólida ha surgido por medio de un acceso público fácil a contenidos con una muy *débil*

protección de derechos de copia. A pesar de tales realidades empíricas, la industria del *copyright* ha insistido en reforzar la protección de la PI como medio de preservar sus prerrogativas de mercado.

Éste el verdadero móvil de las reaccionarias campañas de PI orquestadas por industrias establecidas. La internet ha hecho posible que la gente corriente cree y comparta información sin tener que servirse necesariamente de intermediarios comerciales, en particular los intermediarios de la "vieja economía" tales como editoriales y compañías discográficas. Nunca había dispuesto la libre expresión de un medio tan acogedor. No obstante, muchas empresas ven en ello una seria amenaza a sus anquilosadas formas de hacer negocio. Quieren neutralizar las enormes potencialidades de la internet y domesticar la red para privilegiar los usos comerciales en general, y sus propios modelos de negocio en particular.

Las nuevas políticas en materia de propiedad intelectual les proporcionan los medios idóneos para hacerlo; una estrategia facilitada por años de confiado trato de la industria con los legisladores y de generosas contribuciones a las campañas electorales. Sin embargo, el impacto sobre nuestros bienes de la información -la posibilidad de la gente de interactuar libremente entre sí, de construir sobre la creatividad de otros y escuchar diversos puntos de vista- es muy serio. Lectores corrientes, usuarios de ordenadores, consumidores, científicos, historiadores, bibliotecas y artistas -por no mencionar los aspirantes a competidores- ven sus intereses atropellados por los negocios de la "vieja economía".

Por ejemplo, el nuevo formato de compresión empleado para la música digital, el MP3, hace posible una estructura diferente, más competitiva, del mercado en la industria discográfica. El MP3 y la internet posibilitan el desarrollo de un mercado que es más accesible para los recién llegados, que ofrece productos más baratos y compensa a una gama más amplia de creadores que el presente mercado oligopólico. Pero esto es precisamente lo que alarma a las cinco principales compañías discográficas que dominan el mercado. Éstas se sirven de un costoso aparato de producción, distribución y técnicas de mercado para crear estrellas y maximizar los ingresos. Ese aparato, antes inexpugnable, se vuelve cada vez más vulnerable. Todavía no está nada claro si la "vieja guardia" y las nuevas tecnologías llegarán a un entendimiento (o si una de las partes se impondrá en virtud de la política, la legislación o la tecnología).

Hasta el momento, la industria del *copyright*, por lo general, se ha preocupado más de deshacerse de los competidores en la red que de explorar las oportunidades de mercado y beneficios de las nuevas tecnologías. Premeditadamente claman "¡piratería!", y tratan de poner coto a usos legítimos de materiales por parte de la gente, fijando una protección más amplia de la PI. Se está echando mano del *copyright* como estrategia para la protección de un mercado, aun cuando se están socavando los derechos tradicionales del público y se está deteniendo el desarrollo de nuevas y notables tecnologías. No se trata de que la internet haya de convertirse en un refugio no comercial, ésa no es una posición seria; lo que sucede es que la industria del *copyright* huye del riesgo y, por lo general, se muestra reticente a cultivar nuevos modelos de negocio y estructuras de mercado, pese a las oportunidades de beneficio que ofrecen.

Las cuestiones suscitadas por las nuevas políticas en materia de PI atañen no sólo a los consumidores, sino también a los ciudadanos preocupados por el gobierno, la política y la cultura. Cualquier lectura construccionista estricta de la Constitución tendría que admitir que los Padres Fundadores tenían en mente un espacio público con cientos de oradores y propagandistas, y no los oligopolios mediáticos fuertemente controlados de nuestro tiempo (que, no por casualidad, priman los tipos de expresión más comerciales -espectáculo, pseudo-noticias, realidades inventadas- sobre otros géneros). Así, de manera creciente se invoca la ley del *copyright* para suprimir la clase de comentarios y usos legítimos que una cultura democrática necesita para funcionar. Dos importantes diarios declaran que compartir de forma no comercial artículos de noticias publicados en la red vulnera la ley del *copyright* (V. p. 17); por su parte, Microsoft se ha acogido a una ley de *copyright* de 1998, en un intento de acabar con el debate en la red acerca de la calidad y

especificaciones de uno de sus productos (V. p. 9).

Si un régimen de *copyright* maximalista entierra el dominio público, hace desaparecer los derechos a un uso legítimo y destierra las formas de expresión no comerciales, ¿en qué valores estarán inspiradas las estructuras normativas de nuestra economía y nuestras leyes? ¿Qué espacios permanecerán abiertos a la libre expresión y el debate de los ciudadanos? ¿Qué nuevas formas de creatividad serán siquiera posibles si buena parte del dominio público es privatizado? ¿Qué escenario de control y secretismo -o de apertura y transparencia- prevalecerá en la internet y en otros mercados digitales?

El Profesor de Derecho de la Universidad de Stanford, Lawrence Lessig, trata este tema en su emblemático libro, *Code and Other Laws of Cyberspace*. En efecto, la internet, el soporte físico y el soporte lógico de los ordenadores pueden estar siendo arteramente insuflados de decisiones políticas (mediante *chips* anti-copia, programas de vigilancia, controles de acceso, etc.), decisiones políticas que se apoyan en reglas de propiedad intelectual a cuyo cumplimiento puede obligar el gobierno. Las implicaciones políticas del diseño tecnológico se observan claramente en el nuevo *chip* para ordenadores que Intel codificó con un Número de Serie del Procesador único. La compañía pretendía facilitar a los comercios electrónicos la identificación de ordenadores concretos y ayudar a las grandes compañías a administrar sus recursos informáticos. Pero el diseño del *chip* permitía también nuevas formas de fisgoneo; posibilidad esta que levantó una ola de protestas que llevó a Intel a asegurar que en el futuro renunciaría a tales diseños.

El diseño tecnológico también puede tener implicaciones políticas positivas. El auténtico diseño de la internet -sus abiertos protocolos de transmisión, los programas de dominio público y la interconectividad de las redes- parece dar un impulso a los verdaderos valores centrales de la democracia jeffersoniana: libre expresión, franqueza, responsabilidad. Sin embargo, este diseño no es inviolable. En la actualidad, AT & T y otras compañías están diseñando un modelo cerrado de internet por cable: una muy diferente estructura del poder, el comercio y la cultura.

La cuestión es que el diseño de *software* y sistemas es, al tiempo, una forma de política, de modificación de conductas y de "ingeniería cultural". La estructura de nuestra sociedad futura está siendo diseñada por estrategias corporativas e ingenieros informáticos, por las poderosas reglas de la ley de PI, que dictan como circulará la información, y por las nuevas estructuras del mercado (concentrado frente a competitivo), que o bien fomentan o bien impiden la innovación, la competencia en los precios y el servicio de calidad.

Es necesario que nos demos cuenta de que la convergencia de nuevas estructuras mercantiles, sistemas tecnológicos y derechos de propiedad intelectual en expansión nos obliga a redefinir el sentido práctico de muchos valores democráticos en la era de la internet. Ahora las empresas privadas tienen la capacidad de censurar la libre expresión e invadir la esfera personal privada al menos con tanta efectividad como el propio gobierno. La disponibilidad de espacios públicos para el debate ciudadano y la expresión cultural no puede darse ya por garantizada cuando unas gigantescas compañías de comunicación son tan poderosas y ubicuas. Lessig expone muy bien cuál es el reto: "¿Cómo proteger la libertad cuando los sistemas de control son manejados tanto por el gobierno como por el sector privado? ¿Cómo garantizar la privacidad cuando somos permanentemente espiados? ¿Cómo garantizar el pensamiento libre cuando se tiende a la apropiación de toda idea? ¿Cómo garantizar la autodeterminación cuando los sistemas de control se determinan siempre en otro lugar? Nuestra cultura política apenas ha empezado a tratar de comprender estas cuestiones.

La legislación sobre patentes y *copyrights* afecta en la actualidad a todos los ciudadanos y consumidores; ya no son simples disputas entre empresas. De ahí la urgente necesidad de una nueva política respecto a la propiedad intelectual. Ya no es aceptable que la evolución de la ley de PI sea fruto de un proceso llevado a cabo a puerta cerrada, dominado por la industria y ratificado por legisladores complacientes y departamentos

ejecutivos del gobierno. Se están instaurando demasiadas políticas proteccionistas que limitan seriamente los derechos del público, a la vez que impiden la competencia y la innovación. Demasiados cambios en la tecnología y en la estructura del mercado están destruyendo diversos bienes de la información. Estas tendencias se mantendrán mientras no se comprenda la relevancia social de la ley de propiedad intelectual, y la defensa de una PI al servicio del público continúe siendo tan débil y esporádica.

2 De cómo los nuevos regímenes de propiedad intelectual están socavando los valores democráticos

En el ámbito estatal, federal e internacional, las industrias del *copyright* están proponiendo una amplia gama de medidas legales y de tecnologías con el objeto de fortalecer sus derechos comerciales. Con frecuencia, las consecuencias para el público son una erosión del dominio público y de los derechos a un uso legítimo. Tres artimañas de la industria para poner bajo llave los bienes de la información son particularmente alarmantes: las cerraduras tecnológicas en la información digital, que impiden usos legítimos de la misma, la nueva protección bajo *copyright* de hechos reunidos en bases de datos y un marco uniforme de licencias, que rescinde derechos bien consolidados de los consumidores. Las industrias del *copyright* están llevando a cabo también otras campañas para ampliar sus derechos de propiedad a costa de la libre expresión, la privacidad, los derechos de los consumidores y el *software* libre y de código abierto. En esta sección examinaremos esa amplia serie de amenazas.

A. Utilizando la normativa en materia de PI y "tecno-cerraduras" para controlar los mercados... y ahogar la libre expresión.

Los medios electrónicos son los principales vehículos de nuestras interacciones públicas; sin embargo, sus objetos -texto, vídeo, música- están siendo crecientemente apropiados y controlados por estrictos usos mercantiles que proscriben incluso los resúmenes y las citas. Los titulares de la PI quieren que sus productos e ideas estén en la cultura de manera *omnipresente* (muñecas Barbie, personajes de dibujos animados, logotipos de empresa, programas informáticos), pero nunca que *puedan usarse libremente* por la cultura. La idea consiste en aprobar únicamente una relación controlada de consumo, no una relación abierta, interactiva, con los productos introducidos en el comercio.

Un instrumento muy poderoso para este fin es la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), aprobada por el Congreso en 1998. Esta ley va bastante más lejos que los principios tradicionales del *copyright*, haciendo ilegal que nadie se salte una medida tecnológica que restrinja el acceso a las obras digitales. La DMCA hace ilegal, y es posible que criminal, incluso *compartir* información acerca de como desbloquear una cerradura tecnológica. Un consumidor que, por ejemplo, descifre las claves criptográficas que controlan el acceso a las películas de DVD, o que comparta con alguien información *acerca del* cifrado de los DVDs, está vulnerando la ley.

El problema de la DMCA es que permite a los titulares del *copyright* controlar todo uso del producto tras la

venta, incluso lo que normalmente constituiría un uso legítimo. Todo lo que una compañía necesita es declarar sus propias condiciones de uso por parte de los consumidores y luego poner una "cerradura tecnológica" de acceso a la información, ya sea un obstáculo débil, nominal. Así, si luego un consumidor que ha pagado el producto se salta ese obstáculo por cualquier razón, o comparte información acerca del mismo, habrá tenido lugar una vulneración de la ley. Para evitarlo, la DMCA establece unas medidas que lo que hacen es autorizar a las grandes industrias del *copyright* a acabar con la competencia y la innovación y a evitar una amplia difusión de las obras creativas. Esto, por descontado, es justamente lo contrario del auténtico propósito que en la Constitución tiene el *copyright*: promover y difundir el conocimiento. Peor aún, se faculta a la industria a hacer valer su propiedad del *copyright* mediante la intimidación legal de los presuntos violadores, haciendo así posible una forma de censura privada que ni siquiera precisa de un previo mandato judicial.

La demanda más celebre amparada en la DMCA se ha planteado en el proceso judicial puesto en marcha contra un programador noruego de 16 años que escribió un programa que permite reproducir películas DVD de Hollywood en sistemas operativos Linux (y no sólo en reproductores de DVD basados en Windows). Esto alarmó a los estudios cinematográficos, porque los fabricantes de DVDs les están pagando cuantiosas sumas por la licencia: un canal alternativo de distribución para las películas de DVD, como los reproductores basados en Linux, estorbaría el control que Hollywood tiene del mercado y sus prerrogativas en materia de precios. Impidiendo el uso legítimo de un producto digital -sin que se alegue siquiera la violación de *copyright* alguno- los estudios están utilizando la DMCA para poner nuevas trabas a la distribución independiente de las obras creativas.

La DMCA se está utilizando también para ahogar la libre expresión de una manera alarmante. En mayo de 2000, Microsoft exigió a *Slashdot* -una página *web* que aloja un forum para programadores- que retirara unos textos que criticaban las especificaciones técnicas del programa Kerberos de Microsoft. Ese programa es de interés para la comunidad de programadores porque los críticos le acusan de que representa un nuevo intento de sustituir un estándar abierto de la Red, por otro cerrado y en propiedad. Tras las protestas, Microsoft consintió en incluir las especificaciones de Kerberos en su página *web*. Pero para poder acceder a ellas había antes que pulsar "aceptar" en un "Acuerdo de licencia para usuarios finales" que establecía que esas especificaciones eran secretos comerciales que no podrían utilizarse o revelarse sin el permiso de Microsoft.

Cuando algunos suscriptores de *Slashdot* publicaron las especificaciones en ese foro -un clásico uso legítimo de copia de material con propósitos de crítica y comentario- Microsoft les acusó de infringir el *copyright* e insistió en que retiraran el material de la *web*. Si se sienta este precedente -advierte Julie E. Cohen, profesora de Derecho en Georgetown- "un editor podrá prohibir comentarios legítimos con tan sólo disponer restricciones de acceso y revelación de datos que vinculen a todo el público. Así, cualquiera que revele la información, o incluso que diga a otros cómo obtenerla, estará cometiendo un delito."³ (Para más detalles acerca de cómo esto promueve un "régimen policial del *copyright*", véase, más adelante, la sección E; para más detalles acerca de otros instrumentos del *copyright* para suprimir la libre expresión, véase la sección F.)

La encriptación y las licencias podrían utilizarse en el futuro con propósitos aún más oscuros: la revocación de las libertades tradicionalmente asociadas a los libros. Los fabricantes del, así llamado, "libro electrónico" -algunas grandes empresas están desarrollando ya dispositivos portátiles- es muy probable que invoquen la DMCA para "candar" el texto digital. La libre expresión y nuestra cultura pueden verse seriamente dañadas. El bloqueo del contenido de los libros mediante la encriptación podría acabar con el acceso público gratuito, o a bajo coste, a los textos (en las bibliotecas, por ejemplo) y con los derechos de los lectores a usos legítimos. Yochai Benkler, profesor de Derecho en la Universidad de Nueva York, advierte:

Los libros, tanto como nuestra economía libre de mercado y la libertad de religión, han sido el

fundamento de nuestra democracia política en los EE.UU. Si se encriptan los libros y se les facilitan a los lectores bajo licencias muy restrictivas [V. sección C], los invidentes no podrán leerlos y las bibliotecas dejarán de funcionar. Cuando expire el plazo del *copyright*, los libros no pasarán al dominio público. Esos ``libros electrónicos" se convertirán en una fuente de entretenimiento e información de ``pago por uso".

Tradicionalmente, como es natural, los lectores podían compartir sus libros con quien quisieran. Este hecho se deriva de la ``doctrina de la primera venta", que limita a la primera venta el derecho del vendedor a controlar sus productos. (Esta doctrina permitió el surgimiento del negocio de alquiler de cintas de vídeo con independencia de los estudios cinematográficos.) ¿Se les aplicaría a los libros electrónicos la doctrina de la primera venta, permitiendo que su contenido se utilizara libremente en usos posteriores, o bien sería ilegal que una jovencita compartiera la versión electrónica de *Harry Potter* con su hermano? ¿Se aplicaría la DMCA a los libros electrónicos, impidiendo así el uso legítimo del texto y su paso al dominio público?

Ahora mismo se están ya explorando esas posibilidades. Cuando Simon & Schuster hicieron la experiencia con una venta en línea de una nueva novela de Stephen King, el libro no estaba a disposición de las bibliotecas bajo licencia alguna, ni se podía acceder a ella en ordenadores que no utilizaran el sistema operativo Windows. La novela ``se hizo privada", eludiendo cualquier responsabilidad de facilitar el acceso público al tiempo que retenía una protección completa del *copyright*. Las implicaciones culturales de esta evolución son escalofrantes y, sin embargo, fundamentalmente desconocidas para el público lector y los agentes políticos.

B. La reclamación de la ``propiedad" de hechos públicos

En la medida en que las tecnologías de la computación han hecho posible reunir un enorme número de hechos en bases de datos ordenadas, han creado nuevas incertidumbres en torno a la protección del valor comercial de la información agregada. Los vendedores que elaboran bases de datos de precios de libros, de títulos de CDs, investigaciones científicas o estadísticas, por lo general quieren conservar un rígido control de la propiedad de sus compilaciones. Sería claramente ilegítimo que alguien grabara gratuitamente la base de datos de un vendedor y que luego la vendiera impunemente. Pero, por otra parte, existe un serio peligro de que los hechos -que nunca han podido someterse a un *copyright*- pudieran de repente quedar bajo la propiedad de alguien y ser retirados del dominio público. Buena parte de la educación, la investigación científica, el periodismo y la vida civil no funcionarían si los *hechos* pudieran ser propiedad de alguien y se restringiera su libre flujo.

Estos asuntos han estado planeando por el Congreso durante los pasados seis años, en los que los vendedores de bases de datos han tratado de obtener el derecho de impedir cualquier extracción o reutilización de la información contenida en las mismas. Su instrumento legislativo, el *Collections of Information Antipiracy Act*, H.R. 354, sobreprotegería significativamente las compilaciones en bases de datos de una manera que excede los principios tradicionales del *copyright*. Según una solicitud firmada por numerosas universidades, sociedades académicas, motores de búsqueda y compañías de telecomunicaciones, esa ley concedería al compilador de cualquier información ``un derecho sin precedentes a controlar usos de la recopilación resultante -o de cualquier fragmento útil de esa recopilación- que impliquen un valor añadido, a controlar su transformación o su utilización final".

Una rígida protección de las bases de datos podría dar a la Bolsa de Nueva York un control monopolístico de las cotizaciones, en perjuicio de los agentes de bolsa que operan a través de la Red y en detrimento de la

eficacia del comercio. La página de subastas eBay podría prohibir que los agentes accedieran a ella para establecer comparaciones de precios con otros vendedores en línea. El uso de enlaces a otra páginas podría interpretarse como un uso no autorizado de una base de datos protegida bajo *copyright*. Los datos deportivos pasarían a estar en propiedad. Recientemente, la organización de los Juegos Olímpicos de verano de Sidney trató de impedir que los medios de comunicación utilizaran las tablas de resultados de las pruebas deportivas expuestas en su página *web*. Temían que el uso por parte de la prensa de sus datos en tiempo real redujera el valor comercial de su *web*, patrocinada por IBM y Swatch. Y en el *Masters* de golf los periodistas tenían que pagar por acceder a la *web* con las estadísticas al minuto.

Las propiedad sobre hechos públicos está siendo también reclamada al amparo de nuevas teorías legales en torno a la "dilución de marca comercial por intrusión" y la infracción de *copyright*. Un caso pionero es el de *eBay contra Bidder's Edge*, iniciado en diciembre de 1999 por la casa de subastas en línea, eBay. eBay acusaba a Bidder's Edge -un servicio que ayuda a los compradores a encontrar los mejores precios de bienes y servicios- de utilizar programas de exploración de la red para compilar datos comparativos de precios de docenas de páginas *web* de subastas, incluida eBay. Aun cuando cualquiera tiene acceso a los datos de precios de eBay a través de internet, esta compañía alegaba que esa exploración representaba una "intrusión" en su propiedad personal (sus servidores), así como una forma de infracción del *copyright* y dilución de la marca comercial. Un juez federal, en mayo de 2000, dio la razón a eBay y ordenó a Bidder's Edge que dejara de recoger datos de la página de eBay. La sentencia ha sido recurrida.

Las acusaciones de dilución de marca comercial se han disparado desde la aprobación del *Federal Anti-Dilution Act*, que sostiene que una persona puede incurrir en responsabilidad por utilizar una marca ajena, incluso si no se engaña o confunde a los consumidores sobre la procedencia de los bienes o servicios. Lo que importa es que los rasgos distintivos de la marca quedan "empaños" por el uso no autorizado, "desluciendo" de ese modo la valía de la marca. Este argumento legal ha permitido a las compañías perseguir a las páginas de internet que las criticaban (las omnipresentes páginas ".sucks"), a las páginas que tratan asuntos culturales (p.e., parodias y críticas), así como a motores de búsqueda.

Estos nuevos intentos de hacerse con la propiedad de los hechos públicos podría causar graves daños a la investigación científica, al debate académico y a la vida política. Someter bienes de la información como los hechos públicos a un régimen mercantil anularía e impediría toda clase de creatividad y debate. J.H. Reichman y Pamela Samuelson, estudiosos del tema, citan el caso de las imágenes tomadas por el satélite Landsat, que muchos científicos utilizan para hacer mapas y observar los ecosistemas terrestres, y para desarrollar modelos que evalúen la calidad del suelo, la productividad de la tierra y los riesgos de erosión. Cuando ese banco de datos fue privatizado, los precios se dispararon de 400 \$ a 4.400 \$ por imagen, paralizando por completo la investigación científica en ese campo.⁴

Además de privatizar y mercantilizar hechos que en la actualidad están disponibles a bajo coste, o gratis, en el dominio público, la legislación sobre bases de datos (y otras protecciones legales) proporcionaría a los vendedores de datos un control monopolístico sobre sus mercados, con todos los abusos en los precios y efectos contrarios a la innovación que ello conlleva. Más aún, el atractivo fundamental de la internet -la posibilidad de localizar y agregar información, a gran escala, de una manera sencilla y barata- se echaría a perder.

C. El rescate de viejas formas de abusar del consumidor

Al convertirse la internet en algo valioso para la actividad comercial, diversos negocios están aprovechando la ocasión para revocar una serie de derechos básicos que los consumidores dan por hechos desde hace tiempo. La iniciativa más inquietante es un esquema universal de licencia para las transacciones a través de la Red conocido como UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*).

UCITA es una ley estatal que establece un modelo para los contratos relativos a productos de la información, pensado para su futura adopción por los legisladores de los Estados. Redactada en un primer término por Microsoft, otros grandes productores de *software*, empresas de bases de datos y muchas compañías con base en la internet, UCITA plantea una serie de reglas contractuales "por defecto" para las transacciones realizadas mediante información computerizada. Dichas reglas serán de aplicación a menos que las partes acuerden unas cláusulas diferentes (algo improbable o imposible en la mayor parte de transacciones masivas). Ahora las condiciones se establecen generalmente, en el caso de los paquetes de *software*, en contratos cerrados e inamovibles, y en el caso de las transacciones electrónicas, mediante licencias previas en las que hay pulsar el botón "acepto".

Antes, los contratos no negociados, contratos de "lo tomas o lo dejas", se consideraban "contratos de adhesión" y la ley no podía obligar a su cumplimiento ya que no se había producido un "acuerdo consciente" de las partes contratantes. UCITA altera la definición tradicional de contrato al considerar que el mero uso de información del consumidor -tras haber tenido la oportunidad de leer los términos de la licencia- significa que existe un acuerdo con los términos de la licencia.

El principal problema de UCITA es que se lleva por delante una serie de principios legales que han constituido la espina dorsal de la protección del consumidor a lo largo de toda una generación. UCITA rescinde el supuesto legal de que a los consumidores ha de facilitárseles la información pertinente antes de la venta. Permite a los vendedores comerciar con programas que saben que son defectuosos, y estipular restricciones sobre el uso que de ellos hagan los consumidores. Los vendedores, por ejemplo, podrían exigir a los consumidores su consentimiento previo a la publicación de una reseña del producto. A los consumidores que criticaran un servicio de información al que se encuentran suscritos se les podría imponer silencio o dejar de prestárseles el servicio. Los vendedores podrían también prohibir a los consumidores que transfieran a otros la propiedad del producto, y podrían limitar el tiempo de utilización del *software*. UCITA podría también autorizar a los vendedores a prohibir ciertas formas de "ingeniería inversa" del *software* (p.e., tomando por separado un programa para ver cómo funciona). Los defensores del *software* libre sostienen que UCITA permitiría a los productores de *software* en propiedad sabotear el *software* libre mediante la inserción de formatos y protocolos secretos en sus productos.

Fundamentalmente, la ley sería una puerta trasera que las compañías utilizarían para extender la protección de sus *copyrights* vía ley de contratos, obstaculizando a la vez la competencia y la innovación. (Imagine que la General Motors suelda por completo sus motores y hace que, para sus clientes y los mecánicos de éstos, los ajustes y reparaciones del motor constituyan una violación de contrato.) Para desentenderse aún más de su responsabilidad ante los consumidores, los vendedores de *software* e información han introducido en UCITA estipulaciones que les permitirían decidir qué tribunales tendrían que resolver cualquier litigio en relación con sus productos y servicios. Muchos procesos no llegarían siquiera a iniciarse si los consumidores tuvieran que acudir a Kings County, en Washington (el lugar donde Microsoft se encuentra más segura) para ejercer sus derechos legales fundamentales; ése es precisamente el objetivo.⁵

Varias cláusulas de UCITA pretenden servir de salvaguarda contra los abusos de los vendedores permitiendo a la ley de PI federal vetar leyes de contratos de los Estados, y autorizando a los tribunales federales a anular términos contractuales que entren en contradicción con "usos públicos fundamentales" (en cualquier caso, serían los tribunales los que en cada caso decidirían qué entienden por tales). Pero la posibilidad real de los

consumidores de hacer uso de estas medidas para anular términos contractuales desfavorables, que registrarán por defecto, es más que dudosa. Redactado durante deliberaciones dominadas por la industria, UCITA es un intento concertado de retrotraer las normas básicas de las relaciones entre vendedores y consumidores a los años 50, cuando los vendedores podían comerciar con productos defectuosos, sin garantía alguna y en condiciones abusivas, con total impunidad.

Aparte de sus implicaciones constitucionales y de lo que atañe a los consumidores, UCITA representa una insidiosa forma de proteccionismo gubernamental. La Prof. Julie Cohen escribe: "Imagine, si es capaz, que en los 60 los Tres Grandes fabricantes de automóviles hubieran convencido al Congreso de que aprobara una ley que les permitiera utilizar 'licencias' mercantiles para impedir la crítica de sus productos." "A corto plazo, podrían haber evitado desagradables comparaciones con importaciones de superior calidad; a la larga, sin embargo, las restricciones habrían protegido productos con diseños defectuosos de las presiones competitivas de un mercado sano."⁶ La DMCA y UCITA, juntas, tendrán exactamente ese efecto. Los mercados (por no mencionar nuestra democracia) no funcionarán correcta ni justamente si es posible suprimir la información precisa.

UCITA no es el único instrumento para legalizar abusos del consumidor en la internet y en el mercado digital. En el plano internacional, una poco conocida serie de negociaciones denominada Convención de La Haya acerca de la Jurisdicción trata de aprobar normas legales para las transacciones en el ciberespacio entre las compañías y los consumidores. Uno de sus puntos clave es la determinación de la legislación de qué país prevalecerá en el caso de transacciones en las que estén involucrados dos o más países. En una jugada que recuerda a las disposiciones de la UCITA en relación a la jurisdicción territorial, el gobierno de los EE.UU. pretende establecer unos términos que echarían abajo el tradicional derecho de los consumidores a emprender acciones legales en su país de residencia. Esto significa que un consumidor agraviado que deseara ejercer sus derechos legales contra una compañía de *software* con sede en Bangalore (India) tendría que litigar en Bangalore. "El posible impacto e indefensión para las actividades relacionadas con la internet es enorme, es algo desconocido para la mayoría y está pendiente de ser discutido por todos y no sólo por un puñado de expertos", dice James Love, uno de los pocos defensores del consumidor que está siguiendo las negociaciones del tratado de La Haya.

Nos están preparando un escenario todavía peor: la sustitución de estrictos preceptos gubernamentales para la protección del consumidor, por débiles normas industriales establecidas en privado. Según Love, se está proponiendo un sistema según el cual las empresas de comercio electrónico podrían eludir las leyes de protección del consumidor de un país con tan sólo obtener una "certificación" industrial de que ellos proporcionan una buena protección del consumidor. La Convención de La Haya podría acabar sancionando un sistema internacional de auto-regulación respecto de la privacidad personal. (La auto-regulación ha sido un lamentable fracaso en los EE.UU.) De adoptarse, las propuestas del tratado "abren la posibilidad de que se utilice la Convención de La Haya para privatizar partes de nuestro sistema legal y hacer que el control político, ahora en manos de gobiernos elegidos democráticamente, pase a estar en manos de poderosos grupos industriales", dice Love.⁷

El auge de la internet ha abierto la puerta a formas completamente novedosas de abuso del consumidor, para las cuales no existen aún remedios legales o prácticos. Ahí se incluye la confusión entre publicidad y contenido editorial, a menudo sin ninguna advertencia; manipulaciones en los motores de búsqueda, como resultado de pagos comerciales, de las que no se da ninguna noticia; nuevos riesgos de seguridad, sin advertencia alguna, que plantean los servicios de banda ancha de conexión permanente y algunos programas comerciales; nuevas intromisiones en la privacidad personal por parte de empresas que elaboran estudios de mercado explorando el uso que los individuos hacen de la Red; nuevos riesgos de "suplantación de

identidad", como resultado de la recientemente aprobada ley de "firmas digitales"; y nuevas clases de prácticas comerciales anti-consumidor, del tipo de las lideradas por Microsoft (licencias restrictivas, intencionadas incompatibilidades de programas, etc.)

D. El empobrecimiento del dominio público mediante la ampliación de los plazos del *copyright*

El dominio público es el espacio común de conocimiento y arte que hace posible el surgimiento de nuevas creaciones. Para asegurar la supervivencia del dominio público la Constitución obliga al Congreso a conceder a los autores un derecho exclusivo sobre sus obras "por un periodo limitado de tiempo". Una vez ha expirado el plazo, la obra pasa al dominio público y puede ser utilizada libremente por cualquiera. Pero la vitalidad del dominio público fue bruscamente reprimida en 1998 con la aprobación de la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, que amplía por 20 años la protección de las obras culturales con *copyright* posterior a 1923. Miles y miles de obras tales como "El gran Gatsby", películas como "El cantor de jazz", el musical "Show Boat" y las obras de Robert Frost y Sherwood Anderson, no pasarán al dominio público al menos hasta el año 2019.

La ley no tiene más objeto que satisfacer los intereses corporativos de las grandes compañías, proporcionando también a los autores una propina inesperada. El sentido constitucional del *copyright* es que éste constituye un estímulo para que los autores creen nuevas obras. Pero es evidente que un beneficio retroactivo para autores ya fallecidos no puede servir a tal propósito. El Tribunal Supremo ha mantenido constantemente que el objetivo primordial del *copyright* es el acrecentamiento del dominio público, que es precisamente lo contrario de lo que consigue la *Bono Act*. El efecto real de la ley es retrasar el paso al dominio público de miles de obras, obligando a los consumidores a pagar cientos de millones de dólares por creaciones y personajes que por derecho les pertenecen.

La ley supone también un nuevo obstáculo a la libertad de expresión de autores que quieren servirse del dominio público para crear nuevas obras. Un usuario de ese tipo es Eric Eldred, un aficionado que abrió una página *web* de literatura de dominio público, que incluía muchos libros que habían dejado de editarse. Pronto la página de Eldred empezó a tener 20.000 visitas diarias, y la Fundación Nacional para las Humanidades la clasificó entre las veinte mejores páginas de humanidades de la Red. Pero la *Bono Act* obligó a Eldred a retirar de su página un buen número de obras. Con ayuda del Profesor Lawrence Lessig y del *Berkman Center for Internet and Society*, Eldred ha presentado un recurso de inconstitucionalidad, *Eldred contra Reno*, que ahora mismo se está tramitando en los tribunales.⁸

E. El nacimiento de un "régimen policial del *copyright*"

La ampliación de la protección del *copyright* a nuevas áreas tiene una consecuencia turbadora: una nueva intromisión en la esfera privada mediante la vigilancia de los hábitos de lectura y del comportamiento en cuanto espectadores de la gente. A fin de cuentas, en el mundo del "pago por uso", un solo uso no autorizado constituye "piratería". Ahora que la tecnología hace posible la detección de tales "violaciones", las industrias del *copyright* se ven impulsadas a implantar sistemas de observación de sus lectores o espectadores. El derecho de ser un "lector anónimo" queda anulado por los intereses corporativos en el "control de los derechos digitales".⁹

A fin de conseguir un control más estricto de la distribución del mercado y del uso, se están desarrollando nuevas técnicas informáticas para permitir a los titulares de *copyrights* registrar con precisión quién accede a qué obras digitales y bajo qué circunstancias. El reforzamiento del *copyright* es sólo uno de los objetivos. El control de los derechos digitales permite también a una compañía establecer regímenes de precios discriminatorios para diferentes sectores del mercado (particulares, empresas, bibliotecas, etc.) También pueden recoger valiosos datos del uso de los consumidores para reajustar sus propias estrategias comerciales, o para la reventa o el arriendo a terceras partes (anunciantes, empresas que elaboran estudios de mercado, etc.)

Las inquietantes consecuencias de estos planteamientos se hicieron evidentes hace unos meses, cuando los estudios de Hollywood demandaron con éxito a una compañía de internet canadiense, iCraveTV.com, que a través de su página retransmitía programas de televisión en directo. Mientras que, al parecer, en Canadá esto es legal, no lo es en los EE.UU., y los usuarios de internet estadounidenses tenían acceso a la página de iCraveTV.com. Para dar satisfacción a los estudios, que acusaban a la página de facilitar violaciones de *copyright*, y para asegurarse de que sólo los usuarios canadienses accedían (legalmente) a ella, el presidente y cofundador de la compañía inventó un sistema para determinar la localización geográfica de cualquier usuario que intentara acceder a la página.

De este modo, la administración de los derechos digitales nos conducirá lógicamente al siguiente final en: un sistema de acceso estrictamente administrado de "pago por uso", sujeto a un control centralizado y a una estrecha vigilancia; esto es, un modelo de control perfecto.¹⁰ Es la antítesis de la internet de hoy en día, y de nuestras normas abiertas y democráticas. Un sistema de identificación de usuarios podría llevarnos a una mayor vigilancia de éstos, a la balcanización de la internet en enclaves nacionales regulados, y a la pérdida de los tipos de creatividad y expresión diversa que sólo son posibles mediante el libre y -sin contadores- intercambio de información. Esa es la razón de nuestro aprecio por las bibliotecas públicas, la libertad de cátedra y las sociedades abiertas, a las que protegemos con la Primera Enmienda: proporcionan el "espacio libre" en el que puede tener lugar la experimentación y la creatividad. Una protección excesiva del *copyright* en el terreno digital tiende a suprimir tal intercambio y socava la robustez de los bienes de la información.

F. Las nuevas regulaciones de la IP destruyen la libertad de expresión

El verdadero significado de la Primera Enmienda en el ciberespacio, señala el Prof. Lessig, hay que buscarlo en la *arquitectura* de los protocolos de internet, de la propiedad intelectual, de las estructuras de mercado y de las normas sociales. La internet tal y como es en la actualidad hace posible una riqueza de libertad de expresión como nunca antes había existido. Pero estos logros no son intocables. Los requisitos legales de la *Digital Millenium Copyright Act*, UCITA, diversas iniciativas en materia de PI, las normas que están siendo adoptadas por el organismo que gobierna la internet (ICANN¹¹) y las reglas para los suscriptores de las compañías dominantes de la internet, pueden ser decisivas para determinar qué sentido va a tener en la práctica la libertad de expresión en la internet.

Yochai Benkler, profesor de Derecho en la Universidad de Nueva York, se ha ocupado extensamente de cómo la mayor incidencia de la propiedad en la información está amenazando la libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información en nuestra sociedad.¹² Uno de los ejemplos más crudos lo tenemos en lo que ocurrió en 1998, cuando el *Washington Post* y el *Los Angeles Times* trataron de que el servicio denominado *Free Republic*, proporcionado por una página *web* de tendencia conservadora, dejara de facilitar recortes de prensa en línea como parte de un foro de opinión. Los diarios adujeron que tal uso era ilegal, y no

un uso legítimo de material bajo *copyright*. Que dos de los diarios nacionales más importantes, grandes defensores de la Primera Enmienda, trataran de poner fin, en nombre del *copyright*, a un debate político serio, da pie a pensar que valores como la PI y la Primera Enmienda pueden estar entrando en grave conflicto.

Hay muchos ejemplos parecidos. Junto al episodio Microsoft/Slashdot, mencionado más arriba, hay numerosos casos en los que los críticos de determinadas compañías han registrado nombres de dominio que o bien criticaban abiertamente una marca (p.e., walmartsucks.com) o que se parecían mucho a alguna conocida marca comercial (p.e., etoys.com, un colectivo de artistas). Si bien la legalidad o no de tales nombres no ha sido aún determinada, a menudo las compañías han tratado de intimidar a los poseedores de esos nombres de dominio para hacerles renunciar a ellos. Entretanto, ICANN se ha pronunciado a favor de los derechos de marca sobre la libertad de expresión a la hora de asignar nombres de dominio. James Love, del *Consumer Project on Technology*, ha solicitado formalmente a ICANN que cree una nueva categoría de nombres de dominio con sufijos correspondientes a la "sociedad civil", tales como ".union" o ".unite", entre otros, que podrían ser utilizados por los ciudadanos para organizarse y discutir problemas comunes.¹³ Pero todavía está por ver si ICANN (o WIPO, la World Intellectual Property Organization) sancionarán un sistema de dominios que incomodaría a los intereses comerciales.¹⁴

La futura situación legal de los enlaces electrónicos es otro asunto que podría tener una grave incidencia en el derecho a la libre expresión en la internet. Una de las características más importantes de la Red es la posibilidad de insertar dentro de una página *web* enlaces que permiten a los usuarios pasar directamente a otro documento o a otra página. Esta posibilidad es tremendamente útil para localizar y compartir información, y ha hecho de la Red el medio de comunicación más participativo de la historia. Por costumbre, se considera que la creación de una página *web* implica la concesión de un permiso para que otros creen hiperenlaces que remitan a los usuarios a esa página. Sin embargo, cada vez más las empresas comerciales pretenden controlar quiénes usan sus nombres comerciales y crean hiperenlaces a sus páginas.¹⁵

En 1997, por ejemplo, Ticketmaster Corp. desaprobó que una guía de Microsoft incluyera un enlace a Ticketmaster, aduciendo que eso impedía a Ticketmaster explotar su propio negocio y sus posibilidades publicitarias. Algunas compañías se han opuesto a los enlaces cuando éstos permitían a los usuarios saltarse los "marcos" de sus páginas (esto es, el material visual que rodea la parte principal de la página, y que a menudo contiene publicidad). Quizás el ataque más famoso a los enlaces sea el que se refiere a Napster, el servicio que permite a los usuarios registrados buscar archivos específicos de MP3 en los servidores de otros usuarios. Como muchos de esos archivos contienen música con *copyright*, la industria discográfica está pidiendo el cierre de ese servicio para compartir archivos, por cuanto se trataría de un medio ilegal de infracción de *copyrights*. Se están iniciando también otros procesos judiciales por infracción de *copyright* contra la recopilación automática de hiperenlaces mediante motores de búsqueda. Si estos desafíos tienen éxito, podrían acabar cerrando motores de búsqueda perfectamente legítimos y útiles, más allá de aquellos que facilitan la infracción de *copyrights*. Por si las objeciones a los enlaces no fueran ya suficientemente inquietantes, British Telecom ha planteado una reclamación de propiedad todavía más sorprendente: pretende exigir pagos por una patente que tiene, desde 1989, sobre la tecnología de los hiperenlaces. Si esta reclamación es admitida por los tribunales, eso podría incrementar de manera drástica el coste de los hiperenlaces, y reducir la libre expresión.

Uno de los aspectos del programa de los "maximalistas del *copyright*" pasa a menudo desapercibido: su tendencia a favorecer la concentración de medios y a constreñir *el campo* de la expresión. El Tribunal Supremo siempre ha mantenido que en nuestros procesos democráticos es fundamental "que garanticemos 'la más amplia posible difusión de información de fuentes diversas y antagonistas'". Sin embargo, como

apunta Benkler en su artículo de 1999 para la Revista Jurídica de la Universidad de Nueva York, los derechos de propiedad sobre la información ``requieren que el Estado impida a la gente hablar, a fin de incrementar la producción de información en la sociedad... [Más aún], el mecanismo de los derechos de propiedad tiende a favorecer el incremento de cierta clase de producción, la de un número relativamente pequeño de grandes organizaciones comerciales. Por contra, esto choca con el compromiso de la Primera Enmienda de lograr un diverso y descentralizado 'mercado de ideas'."

Ya hemos visto cómo las corporaciones mediáticas dominantes, como AOL, ofrecen una ciberestructura que registra cada movimiento de los usuarios en la Red, interviene para evitar una amplia serie de comportamientos no aceptables de los usuarios y ofrece ``espacios (*no*) públicos", en los que un suscriptor puede dirigirse a todos los miembros de AOL (las ``multitudes" en línea se limitan a no más de 23 personas). Puesto que los suscriptores de AOL representan el 43% de los usuarios particulares de internet, la capacidad de una compañía privada para redefinir la libre expresión y el carácter de los espacios públicos es significativo; sería como sustituir la Calle Principal (abierta a todos, con una variedad de usos ciudadanos y comerciales, con derecho a la libre expresión) por centros comerciales (estrictamente privados y comerciales, y con una garantía muy limitada de libertad de expresión). El impacto homogeneizador en el mercado se ve agudizado por una ola de fusiones sin precedentes de medios de comunicación, motivadas principalmente por ``sinergias" (p.e., el desarrollo de expresiones comerciales más homogéneas que puedan vender a través de diferentes medios).

La cantidad de discursos libres disponibles en la Red -su diversidad, frescura y contenido no comercial- probablemente disminuirá drásticamente si la FCC (Comisión Federal de Comunicaciones) fracasa en su intento de que se promulguen normas rigurosas para un acceso abierto al servicio de internet por cable de alta velocidad (``banda ancha"). Desde siempre, la ley federal de telecomunicaciones ha exigido que los propietarios de los ``canales" de las comunicaciones fueran distintos de los propietarios del ``contenido". Se quería así evitar que los propietarios de los medios que hacen llegar la información a su destino se deshicieran de la competencia cargando precios discriminatorios o suprimiendo el discurso que no fuera de su gusto. Pero este principio tantos años vigente puede cambiar si los grandes gigantes de la comunicación consiguen controlar el acceso de alta velocidad a internet y a la televisión interactiva estableciendo ellos mismos un grupito de ``porteros" que decidan qué contenidos llegarán a los estadounidenses y cuáles no. En torno a esto giraba fundamentalmente la disputa de mayo de 2000 entre Time Warner y ABC (y que llevó a la censura de ABC por Time Warner), y por eso es importante para la FCC que se promulguen normas rigurosas de ``acceso abierto" para los sistemas de cable de banda ancha.

Es imprescindible que la estructura de las comunicaciones públicas -tanto en el caso de la internet como en el de los medios tradicionales- continúe siendo abierta y variada, y que la regulación de la PI no promueva simplemente un entorno comunicativo más concentrado y homogeneizado. Esto significa que las formas de creatividad y expresión que surgen ``desde abajo", en particular las de naturaleza no comercial, necesitan una protección específica en las normativas que regulan la PI y demás asuntos públicos relevantes.

G. Las tecnologías transparentes fortalecen los valores democráticos

Como se decía más arriba, en el *software* se hallan implícitos valores políticos. El código del *software* es un poderoso mecanismo para la estructuración de los mercados, de las comunidades virtuales y de la vida política. El código puede determinar el modo de interacción de la gente en la Red, las clases de contenidos que son accesibles, qué vigilancia de los usuarios tendrá lugar y qué gama de elecciones se permitirá a los

usuarios. La cuestión que se plantea de cara al futuro es: ¿será la ``política del *software* un asunto abierto o cerrado"? ¿serán las nuevas tecnologías transparentes y evaluables, o serán opacas y se prestarán a abusos?

El ``código fuente" de la mayor parte del *software* comercial -el patrón del producto- es considerado un secreto comercial de primer orden. Eso significa que nadie puede aprender cómo funciona el *software*, ni conocer qué características anti-competitivas pueda contener su diseño, ni qué fallos no visibles o problemas de compatibilidad pueda haber en sus entrañas. Por contra, hay dos tipos de *software* relacionados entre sí -el *software* libre y el de código fuente abierto- que permiten a los usuarios conocer el diseño del código, modificarlo a su gusto y compartirlo con quien quieran. El código abierto (expresión que emplearé para referirme tanto al *software* libre como al de código fuente abierto)¹⁶ refuerza enormemente el papel de los usuarios. Además, neutraliza los intentos de utilizar el diseño de los programas para limitar la competencia y la innovación, cargo principal de la acusación del Departamento de Justicia contra Microsoft en su diseño de Windows, un sistema operativo en propiedad.

El código en propiedad coloca las ``decisiones políticas" implícitas en el *software* a resguardo del escrutinio público. El código abierto, sin embargo, ``funciona como una especie de Decreto de Libertad de la Información para la regulación de la Red", tal y como afirma el Prof. Lessig. ``Al igual que sucede con las leyes ordinarias, el código abierto requiere que la legislación sea pública, y, de ese modo, que sea también transparente. En un sentido que George Soros habría de comprender muy bien, el código abierto es uno de los pilares de una sociedad abierta." En la internet, el poder catalizador de la apertura y la franqueza es un hecho demostrable.¹⁷ La internet se ha desarrollado de la manera que lo ha hecho -como un sólido medio global, de alcance y diversidad insuperables, precisamente porque se ha basado en una variedad de sistemas de *software* y protocolos de red de código abierto. Cualquiera podía desarrollar enlaces para la interoperatividad de los programas porque tanto los estándares como el código eran abiertos. Esto hizo posible la explosión de información e innovación de la internet en los 90, en particular tras la popularización de la Red. Eso permitió también la creación de GNU/Linux (sistema operativo y núcleo) que ha surgido como una alternativa a los sistemas operativos Windows y NT, al ser mucho más estable y técnicamente superior a éstos.

Con ``tecnología transparente" nos referimos no sólo al *software*, sino a todo sistema técnico -protocolos de internet, sistemas de cable de banda ancha, especificaciones técnicas del *hardware*, etc.- que permita el acceso, legítimo y competitivo, a la base tecnológica. Por contra, las tecnologías cerradas emplean diseños en propiedad para establecer *de facto* estándares que pueden servir para frustrar la competencia, la innovación y para eludir responsabilidades.

A medida que las compañías comerciales tratan de ampliar sus ventajas competitivas por medio de la ley de PI, los intentos de transformar tecnologías transparentes en sistemas cerrados, en propiedad, son cada vez más intensos. Como reveló el proceso iniciado por el Departamento de Justicia, Microsoft ha adoptado una clara estrategia de ``abrazar, extender y eclipsar": adopta un estándar de *software* abierto, amplía su alcance con nuevas características en propiedad y luego margina el estándar abierto a medida que más usuarios, especialmente los usuarios de Windows, pasan a confiar en el *software* de Microsoft. El intento de Microsoft de ``eclipsar" el Java mediante extensiones en propiedad -objeto de un proceso emprendido por el Departamento de Justicia, así como de otro emprendido por Sun Microsystems- es un buen ejemplo.

A medida que la gran promesa de GNU/Linux y de otras alternativas de código abierto se va afianzando, están creciendo los intentos de sabotear los programas de código abierto mediante las restricciones de UCITA a la ingeniería inversa y mediante patentes que se apropian de una tecnología antes abierta. Esta marginación del *software* libre y de los programas de código fuente abierto es peligroso porque subvierte ricas fuentes de innovación, la posibilidad de elección de los consumidores y la disciplina del mercado.

Un cercamiento similar de bienes -y una similar erosión de la diversidad creativa- está teniendo lugar mediante una profusa concesión de patentes para métodos de negocio y algoritmos de *software*. Hace diez años, desarrollos tales como Windows, hojas de cálculo y redes electrónicas se creaban sin protección de patentes. Pero ahora, los excesivos derechos de PI están poniendo barreras de peaje por todo el mercado, acabando así con competidores con ideas mejores, elevando los precios para los consumidores e introduciendo un nuevo e ineficaz campo para el juego legal. Scott McNealy, ejecutivo de Sun Microsystems, reprochó con dureza a Microsoft que se hiciera con la propiedad de estándares básicos de redes y *software*, declarando que "nadie debería tener en propiedad el alfabeto". Precisamente eso es lo que está sucediendo ahora al patentarse algunos métodos básicos de comercio en la Red y diseños de *software* elementales: se está privatizando el alfabeto del comercio electrónico. Amazon.com tiene la patente de la "compra con un solo 'click'", Priceline.com es propietaria del proceso de "ventas dirigidas por el comprador" en la internet y British Telecom, como se ha apuntado más arriba, reclama una patente sobre los hiperenlaces.

Hay una anécdota histórica que nos da alguna pista sobre a dónde puede conducirnos todo esto. Durante nueve años los hermanos Wright defendieron con éxito una amplia patente sobre su aeroplano, impidiendo de ese modo el progreso de la aviación norteamericana, que iba siendo adelantada por la europea. Finalmente, a fin de facilitar el empeño bélico de los EE.UU. durante la Primera Guerra Mundial, el gobierno de los EE.UU. forzó a los hermanos Wright a permitir el uso de su tecnología. Del mismo modo, hoy en día sucede que los derechos de patente se han ampliado tanto que se está cercenando la creatividad. Las compañías adquieren patentes de una manera obsesiva no sólo para evitar la competencia, sino también como elementos de trueque en los acuerdos de patentes cruzadas y como escudos defensivos. Comparen este comportamiento con lo que sucedía en los primeros tiempos de la computación y el desarrollo del *software*, en los cuales no se patentaba ningún programa y miles de programadores construían, unos y otros, sobre la creatividad de los demás. Estos bienes produjeron un auge sin precedentes de la innovación.

Estas tendencias hacen que la defensa de los principios y de la existencia de tecnologías transparentes sea importantísimo y fundamental. Esas tecnologías son importantes no sólo porque promueven un mercado competitivo y la innovación, sino porque reafirman una apertura que es la seña de identidad de nuestra sociedad democrática. Este imperativo es hoy más importante que nunca, ya que los estándares del *software* y de la internet se están convirtiendo en unos elementos nuevos, centrales, en la estructuración de multitud de aspectos de nuestra sociedad.

Conclusión

Con mucha rapidez se están tomando decisiones cruciales que modelarán la estructura del mercado y la cultura democrática por espacio de una generación o más. A menos que tenga lugar -y se popularice- una crítica de la propiedad intelectual más acorde al interés público -tarea esta que requerirá un fuerte liderazgo institucional y el empleo de numerosos recursos-, algunas decisiones políticas cruciales quedarán, por defecto, en manos de oscuros intereses comerciales. Y ya sabemos hacia dónde apuntan esas tendencias, y las preocupantes consecuencias que tienen para la libre expresión, los derechos del consumidor, la privacidad y los mercados abiertos. Cada semana que pasa vemos nuevos asaltos sobre los bienes de la información.

Los actuales representantes de la abogacía trabajan duro y con arrojo, pero tal y como ahora están organizados, simplemente no tienen el mandato o las habilidades suficientes para desarrollar una nueva política en torno a la propiedad intelectual. No obstante, existe toda una plétora de valiosos recursos (incluidos estos mismos grupos) que, con la dirección adecuada y los fondos precisos, podrían formar una

¿Es posible salvaguardar los bienes de la información? De cómo las p...emocrática, y algunas estrategias para favorecer el interés público.

poderosa alianza defensora. Y a los electores podrían unirles un compromiso en torno a unos sólidos bienes de la información.

La red estratégica del activismo actual, las escuelas de Derecho, los estudios legales, el análisis económico, la publicidad a través de la prensa económica y general, y las herramientas innovadoras en la internet podrían contribuir a crear un nuevo movimiento para la preservación del dominio público, el uso legítimo y los bienes de la información. Si la internet y otras tecnologías digitales son verdaderamente revolucionarias -una pretensión que cada día que pasa parece menos exagerada-, quizás haya llegado el momento de actuar sobre esa convicción. Tenemos que garantizar que las nuevas normas sobre PI que entran de lleno en la Economía de la Información, sirven de verdad al interés público.

*Se pueden enviar comentarios sobre este trabajo a David Bollier, a la siguiente dirección:
bollier@essential.org*

Sobre este documento...

¿Es posible salvaguardar los bienes de la información?

De cómo las políticas en materia de propiedad intelectual están socavando la cultura democrática, y algunas estrategias para defender el interés público.

This document was generated using the [LaTeX2HTML](#) translator Version 99.2beta8 (1.42)

Copyright © 1993, 1994, 1995, 1996, [Nikos Drakos](#), Computer Based Learning Unit, University of Leeds.

Copyright © 1997, 1998, 1999, [Ross Moore](#), Mathematics Department, Macquarie University, Sydney.

The command line arguments were:

`latex2html -no_subdir -split 0 -show_section_numbers`

`/tmp/lyx_tmpdir1233sIOP6m/lyx_tmpbuf1233jkoxwi/Inform_commons,Bollier.tex`

The translation was initiated by on 2001-10-17

Notas al pie

[1](#)

La Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU. reza como sigue: ``El Congreso no hará ley alguna en la que se establezca una religión como oficial o se prohíba el libre ejercicio de la misma, ni que coarte la libertad de expresión o de prensa, o el derecho de las personas de reunirse pacíficamente o de solicitar al gobierno reparación por agravios. (N. del T.)

[2](#)

BOYLE, James; *Sold Out*, en The New York Times, 31 de marzo, 1996.

Véase, también de Boyle, *A politics of Intellectual Property: Enviromentalism for the Net?*, en Duke Law Journal, 1997; tambien disponible en <http://www.wcl.american.edu/pub/faculty/boyle/intprop.htm>.

[3](#)

COHEN, Julie E.; *Call it the Digital Millenium Censorship Act*, en The New Republic, 23 de mayo de 2000. V., también, <http://www.tnr.com/online/cohen052300.html>.

4

NATIONAL RESEARCH COUNCIL; *Bits of power: Issues in Global Access to Scientific Data*, cap. 4, punto 4.2. Citado en REICHMAN, J. H. y SAMUELSON, Pamela; *Intellectual Property Rights in Data?*, Vanderbilt Law Review (1997), p. 121.

5

V. la crítica a UCITA de Vergill Bushnell, *Consumer Project in Technology*, en su carta al gobernador de Maryland, Parris Glenening, del 11 de abril de 2000, disponible en <http://www.cptech.org/ecom/MD-ucita.html>.

V. también KANER, Cem y PELS David L.; *UCITA: A Bad Law that Protects Bad Software*, publicado en Network World, 1999, y disponible en <http://www.badsoftware.com/networld.htm>.

6

COHEN, Julie E.; *Unfair Use*, The New Republic, 23 de mayo de 2000

7

LOVE, James; *Meeting in Ottawa on the Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, marzo de 2000, en <http://www.cptech.org/ecom/hague-march-2000.html>

8

V. <http://cyber.law.harvard.edu/eldredvreno>. Puede consultarse una lista de obras a las que afecta la *Bono Act*, en <http://kingkong.demon.co.uk/ccer/ccer.htm>.

9

COHEN, Julie E.; *A Right to Read Anonimously: A Closer Look at ``Copyright Management''*, Connecticut Law Review, 1996.

10

Cfr. COHEN, Julie E.; *Copyright and the Perfect Curve*, Vanderbilt Law Review, noviembre de 2000, y en <http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/publications.html>.

11

Siglas correspondientes a *Internet Corporation for the Assignment of Names and Numbers* (Sociedad de internet para la asignación de nombres y números), una organización sin ánimo de lucro, establecida en California, encargada de determinar las normas técnicas y los usos que regulan la internet.

12

BENKLER, Yochai; *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, NYU Law Review, mayo de 1999.

13

Cfr. <http://www.cptech/ecom/icann/tlds-march1-2000.html>

14

V. *Consumer Protect on Technology Comments on Terms of Reference, Procedures and Timetable for the Second WIPO Internet Domain Name Process*, 11 de agosto de 2000, disponible en <http://www.cptech.org>.

15

Para una visión general, V. EFFROSS, Walter A; *Withdrawl of the Reference: Right, Rules, and*

Remedies for Unwelcomed Web-Linking, South Carolina Law Review, vol. 49, n°4, 1998, pp. 651-691.

[16](#)

El ``*software libre*" , más asociado quizás a Richard Stallman, de la *Free Software Foundation*, hace hincapié en la libertad moral de utilizar el código fuente como uno vea conveniente, y en la libertad de escribir y utilizar programas derivados sin ningún tipo de restricciones. Los defensores del *software* de código abierto comparten ese mismo interés por el acceso al código fuente y la posibilidad de modificarlo, pero, a diferencia de los defensores del *software libre*, no encuentran problema alguno en que las versiones derivadas del código fuente pasen a estar en propiedad.

[17](#)

Cfr. BOLLIER, David; *The Power of Openness*, Harvard Law School, Berkman Center on Internet and Society, 10 de marzo de 1999, en <http://www.opencode.org/h2o>.

2001-10-17