

ELDRED V. ASHCROFT: LA AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS DE PROTECCIÓN DEL *COPYRIGHT* FRENTE AL DOMINIO PÚBLICO *

por Rafael HERRANZ CASTILLO
Doctor en Derecho. Abogado

RESUMEN:

La Constitución de los EE.UU. de 1787, en su art. I, 8, 8.^a, establece la posibilidad de conceder, durante plazos limitados, a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos. El Congreso ha ampliado los plazos de *copyright* en varias ocasiones, incluso retroactivamente, y nunca esta práctica había sido jurídicamente cuestionada hasta ahora. La Ley de Ampliación de Plazos de los Derechos de Autor de 1998 (*Copyright Term Extension Act*, CTEA) añadió veinte años adicionales de tutela a todos los derechos de *copyright* ya existentes, así como a los futuros. En enero de 1999 Eric Eldred y otros demandantes iniciaron un pleito contra el Gobierno norteamericano, persiguiendo una declaración de inconstitucionalidad de la CTEA basada en dos factores: violaba la regla de «plazos limitados» de la Constitución, y el derecho de libre expresión garantizado por la Primera Enmienda. El tribunal de distrito rechazó los argumentos y desestimó la demanda. El fallo fue ratificado por el tribunal de apelación, que afirmó que los derechos de *copyright* eran categóricamente inmunes ante cualquier objeción bajo la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo de los EE.UU. admitió a trámite el recurso contra esta resolución, y resolvió decidir sobre el fondo del asunto. El punto central objeto del litigio era si el art. I, 8, 8.^a de la Constitución supone una limitación efectiva sobre la facultad legislativa del Congreso en materia de derechos de *copyright* y, en particular, sobre su ampliación temporal. El proceso generó un notable interés entre colectivos de derechos civiles y especialistas en derechos de autor, y obtuvo gran repercusión pública. En enero de 2003 el Tribunal Supremo desestimó el recurso por una mayoría de 7 a 2. El Tribunal señaló que el Congreso había actuado dentro de sus legítimas facultades al otorgar la misma duración ampliada, tanto a los derechos futuros como a los preexistentes; y que, mientras el Congreso no alterase los contornos tradicionales del

* La oportunidad de este trabajo me fue sugerida por Luis Cueto Álvarez de Sotomayor. Un breve avance fue publicado en el portal web www.madrimasd.org el 4 de octubre de 2007 con el título «La imparable extensión del copyright: el ejemplo de los EE.UU.». Deseo dar las gracias a Ana Noguerol y a Tomás Rosón por su constante estímulo, así como al referí designado por esta Revista, por las numerosas (y oportunas) sugerencias realizadas al texto inicial.

copyright, no era necesario profundizar en un análisis más minucioso. Este artículo repasa las diferentes fases del proceso judicial seguido por la CTEA, los argumentos esgrimidos por sus defensores y detractores, la sentencia dictada por el Supremo, y examina las consecuencias del caso *Eldred* para el Derecho de *copyright* en los EE.UU.

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Supremo EE.UU., libertad de expresión, propiedad intelectual, derecho de autor, derechos exclusivos, duración, plazos, ampliación de los plazos, retroactividad, Primera Enmienda de la Constitución EE.UU., usos honestos (»fair use«), dominio público.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN POCO DE HISTORIA. 1. LA *COPYRIGHT CLAUSE* DE LA CONSTITUCIÓN DE 1787. 2. LA LEGISLACIÓN SOBRE *COPYRIGHT* Y SUS REFORMAS. III. LA LEY DE AMPLIACIÓN DE PLAZOS DE *COPYRIGHT* DE 1998. IV. EL PROCESO. 1. LOS DEMANDANTES. 2. LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO. V. LA SENTENCIA: ¿UNA OCASIÓN PERDIDA? VI. CONSECUENCIAS. 1. UN DEBATE ABIERTO. 2. LOS HEREDEROS DE *ELDRED*

TITLE: *ELDRED V. ASHCROFT: COPYRIGHT EXTENSION TERM VERSUS PUBLIC DOMAIN*

ABSTRACT: The U. S. Constitution Copyright Clause provides that patents and copyrights may only be granted «for limited times». Congress has extended copyright term in many occasions, prospectively and retroactively, and this practice had gone unchallenged until now. In the 1998 Copyright Term Extension Act (CTEA), Congress enlarged the duration of copyrights, adding an additional twenty years to the terms of all existing and future copyrights. On January 1999 Eric Eldred and another several plaintiffs filed a suit against U. S. Attorney General, seeking a judicial declaration that the CTEA was unconstitutional, on the ground that it violates the «limited terms» provision of the copyright clause and the First Amendment free speech guarantee. The district court rejected these arguments and dismissed the plaintiff's case entirely. Also made the court of appeals, stating that «copyrights are categorically immune from challenges under the First Amendment». The U. S. Supreme Court agreed to decide whether the CTEA (extending the duration of existing copyrights) was constitutional. The central issue was whether the copyright clause contains any real limitation on how the Congress exercise this power. The case garnered wide support from concerned groups, from many scholars and from the public opinion. On January 2003 the Supreme Court rejected the challenge by a vote of 7-2. The Court stated that Congress acted within its authority in placing existing and future copyrights in parity, that the extension in twenty years did not transgress constitutional li-

mitations, and that if Congress doesn't alter «the traditional contours of copyright protection», further First Amendment scrutiny is unnecessary. This article explore the passage of the CTEA through the federal courts system, the proponent's and the opponent's arguments, and the Supreme Court decision. Also explores the consequences of *Eldred* for U. S. Copyright Law.

KEY WORDS: *U.S. Supreme Court, free speech, intellectual property, copyright, exclusive rights, term, term extension, retrospective effect, First Amendment, enumerated powers, fair use, public domain.*

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. A LITTLE HISTORY. 1. THE COPYRIGHT CLAUSE IN THE CONSTITUTION OF 1787. 2. COPYRIGHT LEGISLATION AND HIS REFORMS. III. THE 1998 COPYRIGHT TERM EXTENSION ACT (CTEA). IV. THE SUIT. 1. THE PLAINTIFFS. 2. THE ARGUMENTS OF THE CHALLENGE BEFORE THE SUPREME COURT. V. THE RULING. VI. CONSEQUENCES. 1. AN OPEN DEBATE. 2. *ELDRED'S* HEIRS.

I. INTRODUCCIÓN

En 1998 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley Sonny Bono de Ampliación de Plazos de los Derechos de Autor (*Copyright Term Extension Act*, CTEA), que modificaba la hasta entonces vigente *Copyright Act* de 1976¹. Esta Ley, que había supuesto el primer paso para la incorporación de EE.UU. al sistema internacional del Convenio de Berna, establecía como regla general, para los derechos de *copyright*, un plazo de duración de cincuenta años después de la muerte del autor (ampliando la duración de los derechos de *copyright* fijada hasta 1976). La CTEA amplía los plazos de duración en otros 20 años más, hasta los setenta años después de la muerte del autor (en el caso más común). Esta ampliación afecta a los derechos sobre las obras que se creen en el futuro, y también a los derechos de *copyright* preexistentes. El conocido personaje Mickey Mouse, registrado en 1928, ya no pasará a dominio público, al menos, hasta 2023².

Esta medida, según sus promotores, se proponía equiparar la duración de estos derechos a la prevista en la Unión Europea, que era también de setenta años desde la muerte del autor: Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, art. 1.º (esta Directiva ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de di-

¹ La CTEA fue ratificada por el Presidente William Clinton el 27 de octubre de 1998. El conocido músico y congresista Sonny Bono (del dúo *Sonny and Cher*) fue uno de los principales promotores de esta ley.

² Matthew RIMMER: «*The dead poets society: The copyright term and the public domain*», *First Monday* 8,6 (2003), publicado en www.firstmonday.org/issues/issue8_6/rimmer, aquí «*Introduction*». Salvo indicación en contrario, los enlaces a páginas de internet estaban activos a fecha 31 de marzo de 2008.

ciembre de 2006). Según sus numerosos detractores, en cambio, la Ley se limita a prorrogar una situación de monopolio en favor de los titulares de derechos de autor, por un lado hijos y nietos de los creadores, y por otro (más significativo en términos económicos) las grandes productoras musicales y audiovisuales³. Por otra parte, la CTEA se enmarca dentro de un proceso constante de expansión del *copyright* y, en general, de los derechos de propiedad intelectual, que se van extendiendo por nuevos territorios y adoptando nuevas formas de articulación económica y jurídica⁴.

El 11 de enero de 1999 Eric Eldred, un editor que publicaba en internet obras en dominio público, a través de la editorial Eldritch Press, presentó una demanda dirigida contra la *Attorney General* de EE.UU., Janet Reno, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la CTEA⁵. A Eldred se le unieron después otros nueve litigantes, convencidos de que la extensión de los plazos de *copyright* llevada a cabo por la CTEA para las obras anteriormente registradas violaba la Constitución de EE.UU.⁶.

Con fecha 15 de enero de 2003 el Tribunal Supremo de los EE.UU. declaró, por siete votos contra dos, la validez de la CTEA, y rechazó los argumentos de los demandantes. Para entonces, el caso había pasado a denominarse *Eldred v. Ashcroft*⁷, al ser este último el apellido del Fiscal General designado por el Presidente George Bush Jr. en lugar de su antecesora Janet Reno.

La demanda presentada por Eric Eldred ha terminado por convertirse en «el caso más importante en materia de *copyright* en décadas», según han reconocido varios autores⁸. La práctica totalidad de los profesores y profesionales norteamericanos

³ William F. PATRY: «*The Failure of the American Copyright System: Protecting the Idle Rich*», en *Notre Dame Law Review* 72 (1997), pp. 907 y ss., aquí p. 932. Patry es uno de los más conocidos y prestigiosos tratadistas norteamericanos, y su solvencia en materia de derechos de autor es indiscutida.

⁴ Sobre el proceso de expansión del *copyright*, ver en general Lawrence LESSIG: *Free Culture*, Penguin Press, Nueva York, 2004 (hay traducc. esp., *Cultura Libre*, por Antonio Córdoba, con licencia Creative Commons, accesible en www.elastico.net/archives/001222.html), Jessica LITMAN: *Digital Copyright*, Prometheus Books, Nueva York, 2001, Neil W. NETANEL: «*Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique*», en Fiona MACMILLAN (ed.): *New Directions in Copyright Law* 6, Edward Elgar, 2008, pp. 3-34, así como las obras citadas en Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause, and the Constitutionalization of Fair Use*», en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 10 (Summer 2003), pp. 95-137, aquí especialmente nota 10.

⁵ En EE.UU. la impugnación de las leyes aprobadas por el Congreso se articula, procesalmente, como una demanda contra el Fiscal General o, más propiamente, Ministro de Justicia (*Attorney General*).

⁶ Una amplísima documentación sobre el caso *Eldred v. Ashcroft*, y otros procesos relacionados con éste, incluyendo los textos de presentación y de contestación a la demanda, sentencias, votos particulares, recursos, los *briefs* de los diferentes *amici curiae*... pueden encontrarse en el sitio web eldred.cc/legal. Otros diversos materiales de interés pueden asimismo encontrarse en los sitios web writ.news.findlaw.com y homepages.law.asu.edu/~dkarjala/OpposingCopyrightExtension.

⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 769 (2003). Todas las traducciones al español de ésta y de las otras resoluciones judiciales citadas, así como de los artículos y textos en inglés, han sido efectuadas por el autor, salvo que se indique lo contrario.

⁸ Linda GREENHOUSE: «*Justices to Review Copyright Extension*», en *The New York Times* (20 febrero 2002). El profesor L. Ray PATTERSON, reputado especialista en la materia, ya fallecido, lle-

en propiedad intelectual han tomado postura sobre el asunto, a menudo publicando artículos en revistas especializadas, e incluso expresando sus opiniones en los medios de comunicación y en los blogs de internet. Ha podido hablarse de una «sorprendente unanimidad» por parte de la academia a la hora de criticar al Congreso, exigiendo la introducción de un agresivo activismo judicial en la materia⁹, y mostrando su rechazo a la respuesta proporcionada por el Supremo¹⁰.

A la vista de la abundante doctrina que la discusión sobre la oportunidad y sobre la constitucionalidad de la CTEA ha generado en EE.UU.¹¹, entiendo que puede resultar provechoso para el público español interesado conocer más datos sobre el proceso y su resolución. En primer lugar, porque a mi juicio el desarrollo del proceso *Eldred* no recibió en España toda la atención que en su momento merecía dado el alcance e importancia de los problemas suscitados en él (en forma de publicaciones, quiero decir, si bien el caso atrajo el interés de los especialistas, como no podía ser menos); y en segundo lugar, porque el tema de la duración de los plazos de protección de los derechos exclusivos (vida del autor más sesenta años en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, y vida del autor más setenta años, en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) no ha generado prácticamente debate público en nuestro país, debate que sí se ha producido en torno a otros aspectos de la normativa en vigor sobre propiedad intelectual. El presente trabajo es eminentemente descriptivo, y su propósito es aportar información sobre una experiencia norteamericana reciente.

II. UN POCO DE HISTORIA

1. LA COPYRIGHT CLAUSE DE LA CONSTITUCIÓN DE 1787

La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su artículo I, § 8, cláusula 8.^a (en adelante, la «*copyright clause*»¹²), señala que el Congreso tendrá la facultad de promover el progreso de las artes útiles y de las ciencias garantizan-

gó más lejos, hablando de «el caso más importante desde 1834»: ver «*The U.S. Supreme Court Hears the Mickey Mouse Case*», en digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/83. Coincide con esta opinión, si bien desde una interpretación muy distinta de las cuestiones de política legislativa en juego, Stephen C. MUFFLER: «*Eldred v. Ashcroft: Steamboat Willie Rides the Wave of International Copyright Term Harmonization Efforts*», en *ALSB International Business Law Journal* 3 (2003), pp. 32-39.

⁹ Una introducción concisa, Javier DORADO PORRAS: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.

¹⁰ Así lo reconocen Paul M. SCHWARTZ y William M. TREATOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*», en *The Yale Law Journal* 112, 8 (junio 2003), pp. 2.331-2.414, aquí p. 2.332, que no obstante adoptan un enfoque crítico hacia la línea mayoritaria.

¹¹ Algunos de estos trabajos se relacionan en Pamela SAMUELSON: «*The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*», en *Journal of the Copyright Society of the USA* 50 (2003), pp. 547 y ss., notas 1-11.

¹² Este precepto es denominado *patent clause*, *copyright clause*, *intellectual property clause*, *progress clause*..., según el contexto de que se trate y según los autores. Edward WALTERSCHEID ha propuesto denominarla «*science and useful arts clause*»: «*To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution*», en *Journal*

do, durante plazos limitados, a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos. La norma se configura a la vez como un poder y como un límite al Congreso de la Unión (en el marco de un modelo federal), ubicándose dentro de un listado cerrado de competencias («*enumerated powers*»), a la vez que, con un carácter finalista, típico de las normas promocionales, fijaba un propósito u objetivo que debía ser perseguido de forma consistente en todas las leyes sobre *copyright*¹³.

En este sentido, la *copyright clause* otorga una facultad peculiar, diferente a todas las otras competencias reguladas en la Constitución¹⁴, ya que impone al legislativo una doble limitación: en primer lugar, los derechos de propiedad intelectual sólo pueden ser reconocidos y tutelados durante un plazo limitado, no son perpetuos, lo que los diferencia nítidamente de los derechos de propiedad sobre activos materiales; en segundo lugar, la protección constitucional y legal del *copyright* tiene un carácter funcional, sirve a fines superiores, al progreso y al interés público. En concreto, Walterscheid apunta que la estructura de la cláusula es dual: mientras las patentes sobre inventos y descubrimientos, por tiempo limitado, facilitan el progreso de la técnica y de las ciencias, los derechos de autor sobre los escritos originales, por tiempo limitado, facilitan el progreso de las artes¹⁵. Patry ha señalado que el término «ciencia», en el uso habitual del siglo XVIII en el mundo de habla inglesa, era sinónimo de educación, ilustración, conocimiento, y saber¹⁶.

Hasta 1787, fecha de aprobación de la Constitución, las leyes de *copyright* eran competencia de cada Estado. Entre 1783 y 1787 siete Estados (Connecticut, Georgia, Maryland, Nueva Jersey, Nueva York, Pennsylvania, y Carolina del Sur) ya habían adoptado leyes de *copyright* en la línea marcada hasta entonces por el Derecho inglés (el Estatuto de la Reina Ana de 1710), fijando un plazo de duración de catorce años prorrogable por otros catorce. Otros cinco Estados (Carolina del Norte, New Hampshire, Massachussets, Rhode Island, y Virginia) adoptaron normas similares fijando plazos diferentes, sin prórroga, y Delaware no adoptó ley alguna en la materia¹⁷.

of *Intellectual Property Law* 2 (1994), pp. 1 y ss. Yochai BENKLER ha propuesto, por el contrario, llamarla «*exclusive rights clause*»: «*Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*», en *Law & Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 173-224, nota 10. Ver asimismo Yemi ADEYANJU: «*The Sonny Bono Copyright Term Extension Act: A Violation of Progress and Promotion of the Arts*», en *Syracuse Law and Technology Journal* 6 (2003), aquí nota 10.

¹³ William F. PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., en su Apartado II «*Why Have Copyright?*». Esta postura fue asimismo sostenida por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Graham v. John Deere* (1966).

¹⁴ Edward C. WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term: Term Limits and the Intellectual Property Clause*», en *Journal of Intellectual Property Law* 7 (2000), pp. 315-394, aquí p. 316, p. 318, entre otras.

¹⁵ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., aquí pp. 353 y ss.

¹⁶ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., nota 18.

¹⁷ Tyler T. OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution: A Historical Perspective*», en *Journal of the Copyright Society of the USA* 49 (2002), pp. 19-125, que cita a su vez numerosas obras de otros historiadores, y que manejaré para las consideraciones que siguen; L. Ray PATTERSON: *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1968,

Los Estados habían seguido las recomendaciones efectuadas en mayo de 1783 por un Comité parlamentario de trece miembros, del que formaba parte James Madison. Madison participó posteriormente en el debate constitucional sobre la *copyright clause* que hemos señalado antes, y dejó una brevísima referencia al respecto en *El Federalista*: «en la Gran Bretaña se ha declarado solemnemente por los tribunales que los derechos de autor forman parte del *Common Law*... el bien público coincide plenamente... con las pretensiones de los individuos»¹⁸.

Los miembros del Congreso Continental, que habían proclamado la Declaración de Independencia en 1776, y que se rigieron durante los años siguientes por los Artículos de la Confederación, eran conscientes de que si la Constitución no recogía una atribución expresa al Legislativo para conceder derechos de *copyright*, no existirían estos derechos en un nivel federal. Sólo si esta facultad aparecía con claridad, dentro de los poderes del Congreso de la Unión, podría mantenerse una protección legislativa homogénea de los derechos de propiedad intelectual en todo el ámbito territorial de los EE.UU. La alternativa era: *copyright clause*, o inexistencia de *copyright* federal¹⁹.

La anterior referencia de Madison al *Common Law*, en *El Federalista*, es en gran medida inexacta, pues el *copyright* del Derecho inglés era ya, en esos momentos, a finales del siglo XVIII, de base eminentemente estatutaria. En la jurisprudencia norteamericana, el Tribunal Supremo, en el caso *Wheaton v. Peters* (1834)²⁰, ratificó con rotundidad que no existía un derecho de autor fundamentado en el *Common Law*, y que toda la protección federal del *copyright* se originaba en las leyes aprobadas por el Congreso²¹. Pero este fallo sólo se explica si tenemos en cuenta su contexto histórico.

pp. 183-92; Irah DONNER: «*The Copyright Clause of the U.S. Constitution: Why Did the Framers Include It with Unanimous Approval?*», en *American Journal of Legal History* (1992), pp. 361 y ss., aquí 369-77; William PATRY, «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., notas 23 y 24; Howard B. ABRAMS: «*The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright*», en *Wayne Law Review* 29 (1983), pp. 1.119 y ss., aquí pp. 1.173-74. Según WALTERSCHEID, cit., p. 349, que cita a Patterson, las leyes aprobadas por los Estados carecieron totalmente de efectividad: no existían mecanismos de cooperación entre los Estados, y las normas sobre registros eran muy diferentes entre sí y técnicamente deficientes.

¹⁸ James MADISON, en A. HAMILTON, J. MADISON, y J. JAY: *El Federalista, o la nueva constitución* (versión española de G. R. Velasco), Fondo de Cultura Económica, México, 1943, XLIII, pp. 185-86.

¹⁹ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., p. 347. La *copyright clause* puede interpretarse, así, como una medida de transición, que buscaba el mayor consenso y los mínimos daños a los entonces titulares del *copyright*: ver Paul J. HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress*», en *University of Illinois Law Review* 2000 (2000), pp. 1.119-1.197, aquí pp. 1.151 y ss.

²⁰ El caso es muy curioso, porque enfrentaba a los dos editores de repertorios de jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquellas fechas. Sobre el caso *Wheaton* ver Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», en *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* 5 (2003), pp. 1 y ss., aquí p. 16; Patrick H. HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*», en *University of Cincinnati Law Review* 70 (2002), pp. 651 y ss., aquí p. 656; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., p. 1.156; y Tyler T. OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., p. 32.

²¹ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., notas 28 y 29; Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 381-83; L. Ray PATTER-

Siguiendo a Walterscheid, podemos indicar aquí cuáles eran los antecedentes, propios del Derecho inglés, que los signatarios de la Constitución de EE.UU. (*framers* o padres constituyentes) conocían y tenían sobre la mesa durante sus debates²². La imprenta fue introducida en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XV, y ya en 1518 existe noticia de un privilegio real que garantizaba al editor derechos exclusivos sobre la impresión de una obra, y le protegía contra su copia e importación no autorizadas. La historia del *copyright* en la Edad Moderna no se distingue de la historia de la patente, y en ambos casos el fundamento legal era el mismo: privilegios concedidos discrecionalmente por el monarca (cartas de patente), a menudo a sus favoritos, y que configuraban una situación de monopolio. Situación que era vista con notable recelo por la opinión pública. Como colectivo, los grandes beneficiarios de este sistema eran los editores y los libreros agrupados en un fuerte gremio (la *Stationer's Company*)²³.

En mayo de 1557 la Corona inglesa concedió el monopolio de la impresión, encuadernación, publicación, y venta de libros a la *Stationer's Company*²⁴. Como contrapartida, todas las obras impresas y comercializadas por los *stationers* estaban sometidas a censura previa. Se implantó un sistema de registro, que facilitaba el ejercicio de los derechos exclusivos sobre las obras registradas. Este privilegio fue renovado en diferentes ocasiones, pero llegó a su término finalmente en 1694. Entre 1695 y 1710 no existió marco legal regulador del privilegio de publicación de obras literarias. Los *stationers* promovieron la adopción de un nuevo privilegio, a través de un proyecto de ley, pero la opinión pública se había vuelto en su contra en los últimos años, y así el trámite parlamentario resultó muy distinto al que preveían²⁵.

El Estatuto de la Reina Ana, de 1710²⁶, es considerado comúnmente como la primera ley sobre derechos de autor. Es interesante tener en cuenta que el proyecto inicial no incluía ninguna referencia a plazos: los derechos que regulaba no se encontraban limitados en el tiempo. Durante el debate parlamentario se

SON: *Copyright in Historical Perspective*, cit., pp. 207 y ss. Una interpretación alternativa de *Wheaton* realiza el tribunal de distrito en el caso *Golan v. Gonzales* en su sentencia de 20 de abril de 2005 (vid. *infra*, nota 232 de este trabajo).

²² Ray Patterson ha insistido especialmente en el hecho de que los *framers* conocían bien los antecedentes ingleses: *Copyright in Historical Perspective*, cit., p. 3.

²³ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 331 y ss. Este autor cita en extenso a John FEATHER: *Publishing, Piracy and Politics: An Historical Study of Copyright in Britain* (1994), y a Mark ROSE: *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1993. Más reciente, Joseph LOEWENSTEIN: *The Author's Due: Printing and the Prehistory of Copyright*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002. El competente revisor de *pe.i.* me llama la atención sobre el hecho de que el Diccionario de la Real Academia contempla el término «estacionario» como sinónimo de «librero», algo que yo desconocía.

²⁴ Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., p. 1.144-45; y Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*», cit., nota 22. Otros autores, como Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 333, datan la concesión del monopolio en 1556.

²⁵ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 332-34, y Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», cit., p. 3.

²⁶ Algunos libros y artículos fechan el Estatuto de la Reina Ana en 1709.

expresó con claridad la preocupación existente por la implantación de un monopolio perpetuo en esta materia. En consecuencia, los Comunes optaron por fijar la misma duración que existía, en aquellos momentos, para las patentes: catorce años de protección para las obras originales²⁷. El título completo del Estatuto fue «Una ley para el fomento del saber mediante la concesión de derechos sobre las copias de libros impresos a sus autores, o sus adquirentes, durante los plazos aquí mencionados»²⁸. Ante la presión de los *stationers*, la ley fue modificada en la Cámara de los Lores, incorporando un plazo de prórroga de catorce años adicionales a los catorce primeros, si el autor continuaba con vida al término del plazo inicial.

Una consecuencia significativa de la aprobación del Estatuto de la Reina Ana fue la introducción de un plazo de duración del *copyright*, que afectaba a todos los derechos de autor, mientras que antes no había límites a la discrecionalidad de la Corona y los privilegios podían ser, y a menudo eran, indefinidos²⁹. Los derechos atribuidos por esta ley no beneficiaban sólo a los editores, sino (en primer lugar) a los escritores y creadores en general. Este dato es uno de los hitos más significativos en la evolución histórica de la tutela de los derechos de autor. Además, el Estatuto introducía, por primera vez, desde su propio título, el elemento del interés general como fin primario del *copyright*: el público debía beneficiarse de las creaciones protegidas por la ley³⁰.

Sin embargo, la situación jurídica de los derechos de autor en Inglaterra no estuvo demasiado clara durante el siglo XVIII³¹. En 1774 los tribunales ingleses tuvieron que pronunciarse sobre la relación entre unos presuntos derechos de autor perpetuos, fundados en el *Common Law*, y previos a 1710, y el derecho de carácter temporal basado en el Estatuto. En el caso *Donaldson v. Becket*, la Cámara de los Lores se inclinó por considerar que todos los derechos de *copyright*, sin excepción, estaban limitados por el plazo de 28 años, y sometidos, en general, a las reglas del Estatuto. El juez De Grey afirmó, rechazando la postura de quienes defendían un derecho natural o suprallegal de los autores, que «por hermoso que pudiera resultar en teoría, incorporarlo a la práctica y a la aplicación del Derecho Común crearía una intolerable confusión, volvería inútiles las leyes, y a los jueces arbitrarios»³².

Los argumentos subyacentes al debate inglés del siglo XVIII, y que seguían vivos en el tiempo de la aprobación de las primeras leyes norteamericanas sobre

²⁷ Mark ROSE: *Authors and Owners...*, cit., pp. 44 y ss.

²⁸ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 334-35.

²⁹ Edward WALTERSCHEID, op. cit., pp. 335-37.

³⁰ Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., pp. 3-4.

³¹ Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.145-46; Matthew RIMMER: «*The dead poets society*», cit., Part One: «*A Bounty to Genius and Learning: A History of the Copyright Clause*», recoge un panfleto anónimo de 1735 que rechaza la pretensión de los *stationers* de ampliar nuevamente el plazo del *copyright* y de reinterpretar el Estatuto de 1710.

³² Cito por WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», op. cit., pp. 339 y ss., con una detallada exposición de los antecedentes del caso, y del procedimiento seguido por los Lores.

copyright, pueden agruparse en dos grandes grupos: por un lado, los proporcionados por teorías iusnaturalistas como la de John Locke (1632-1704), que ponían el acento en que las obras protegidas son el resultado del esfuerzo y del talento creativo de sus autores; por otro, argumentos de tipo instrumental, que insistían en la utilidad del *copyright* para incentivar la creación artística y literaria, en paralelo con la utilidad de las patentes para incentivar las invenciones y descubrimientos técnicos³³. Quienes defendían un derecho natural del autor sobre sus creaciones proponían un *copyright* perpetuo, pues dicho derecho natural era difícilmente compatible con un término limitado. Quienes rechazaban dicha postura se inclinaban por dotar al *copyright* de un fundamento puramente legal y estatutario, negando que las ideas pudieran ser objeto de propiedad de la misma forma que las cosas materiales. A partir de aquí, en el contexto de una reformulación de las teorías iusnaturalistas, los defensores de la primera tesis fueron articulando un cuerpo de doctrina sobre las propiedades especiales, y en particular relativa a la propiedad sobre activos inmateriales³⁴.

La redacción de la *copyright clause* en la Constitución de 1787 parece inclinarse por la tesis pragmática y desechar el argumento iusnaturalista: el Congreso tiene la facultad de «promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles», y para conseguir este objetivo cuenta con un medio específico y limitado: garantizar un derecho exclusivo a los autores sobre sus obras. Este derecho no es algo que pertenezca al autor por naturaleza, sino que se configura jurídicamente, como construcción legal, en función de un interés público prioritario³⁵. En un trabajo reciente, Dotan Oliar ha dado nuevos argumentos, textuales e históricos, a quienes piensan que la *copyright clause* impone una limitación sustantiva a las facultades del Congreso en materia de *copyright*, y ha insistido en que su finalidad es, precisamente, evitar cualquier exceso legislativo en la concesión de derechos exclusivos³⁶.

La primera Ley de *copyright* de EEUU, de mayo de 1790, fijaba un plazo de duración de este derecho de catorce años desde la fecha de publicación de la obra, renovable por otro plazo de catorce años si el autor continuaba vivo. Varios autores apuntan que una de las líneas inspiradoras de esta Ley, así como de la *copyright clause* de la Constitución, era el rechazo frontal a toda clase de monopolios, en concreto al monopolio que los editores ingleses habían conseguido

³³ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», notas 21 y 22. Algunos argumentos en defensa del *copyright* desde la perspectiva del Derecho Natural son analizados por Justin HUGHES: «*The Philosophy of Intellectual Property*», en *Georgetown Law Journal* 77 (1988), pp. 287 y ss., Apartado II. «*A Lockean Justification*» y Robert L. OSTERGARD: «*Intellectual Property: A Universal Human Right?*», en *Human Rights Quarterly* 21,1 (1999), pp. 156 y ss.

³⁴ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., p. 346, citando a Rose; y Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.147-48.

³⁵ Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.153-55.

³⁶ Dotan OLIIAR: «*Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power*», en *Georgetown Law Journal* 94 (2006), pp. 1.771 y ss.

do adquirir sobre las obras impresas durante los siglos anteriores. El enfoque antimonopolista ha sido resaltado por autores como Mark Rose, Tyler Ochoa y Edward Walterscheid, entre otros³⁷.

Este contexto explica por qué la facultad de conceder el *copyright* a los autores aparece, en el texto constitucional de 1787, condicionada y ligada a un objetivo: «promover el progreso de la ciencia». En concreto, James Madison y Charles Pinckney aparecen como los verdaderos inspiradores de la *copyright clause*, y sus ideas antimonopolistas (sobre todo del primero) son bien conocidas; para Madison, los derechos de propiedad intelectual son un monopolio en toda regla, pero uno de carácter especial que, por razones de interés público, merece ser tolerado durante un tiempo cierto y limitado³⁸.

Una posición más radical era sostenida por Thomas Jefferson: «es preferible abolir todos los monopolios»³⁹. Para él, el libre intercambio de ideas y de expresiones no podía ni debía ser restringido, y la simple noción de «propiedad intelectual» le resultaba un contrasentido: la expresión de las ideas no es susceptible de apropiación exclusiva, ni puede ser objeto de propiedad como las cosas materiales. El ejemplo de Inglaterra era el de la única nación del mundo que había puesto un obstáculo a la libre circulación del conocimiento. Jefferson contaba con una experiencia muy sólida en la materia, pues no en vano se había dedicado durante años, como Secretario de Estado, al reconocimiento y registro de patentes, tema que le interesaba especialmente. Hasta 1836 no se creó una oficina pública dedicada específicamente al examen y al registro de patentes, con los recursos administrativos y técnicos apropiados⁴⁰.

Del intercambio epistolar que se conserva entre Madison y Jefferson podemos determinar cuán fuerte era el sentimiento antimonopolista entre los constituyentes (*framers*). Todos ellos, prácticamente sin excepción, rechazaban este tipo de privilegios; consideraban que las patentes y los *copyrights* suponían una excepción a la regla general; y que, en razón de este carácter excepcional, debían interpretarse restrictivamente y en función de los objetivos fijados en la propia Constitución. Los constituyentes eran muy conscientes de los problemas planteados en Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII, que achacaban a los

³⁷ Tyler OCHOA y Mark ROSE: «*The Anti-Monopoly Origins of the Patent and Copyright Clause*», en *The Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 49 (2002), pp. 675 y ss.; Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit, pp. 318-20; del mismo autor «*To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin...*», cit., pp. 1 y ss.

³⁸ Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.143 y ss.; Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit, pp. 352-53; Robert P. MERGES y Glenn H. REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», en *Harvard Journal on Legislation* 37 (2000), pp. 45 y ss., aquí p. 57.

³⁹ Robert P. MERGES y Glenn H. REYNOLDS, loc. cit. Una tesis diferente sostiene James BOYLE: «*The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*», en *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, aquí pp. 53 y ss. «*Anti-Monopoly and a Tax on Reading*», afirmando que Jefferson era también un antimonopolista moderado y flexible, como Madison.

⁴⁰ Robert P. MERGES y Glenn H. REYNOLDS, op. cit., p. 50; Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», cit., pp. 4-5.

privilegios concedidos por la Corona, y deseaban evitar que esa situación se repitiera en Norteamérica⁴¹.

En este contexto, puede explicarse el contenido y alcance de la *copyright clause* como un equilibrio entre el interés público y el interés del autor, una transacción entre intereses que entran en conflicto, si bien el balance no resulta plenamente simétrico, dada la preeminencia que adquiere el «progreso de las ciencias y de las artes útiles» como valor constitucional especialmente protegido⁴².

Es curioso observar cómo en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Eldred*⁴³, el voto particular del juez Breyer aborda precisamente el perfil antimonopolista de la *copyright clause*, indicando que «los privilegios que ésta confiere no son ilimitados, ni están dirigidos a suministrar un beneficio particular»⁴⁴. La cláusula encuentra su fundamento en los escritos de Madison, en el ambiente de lucha contra los monopolios en el cual los constituyentes la redactaron, y en la historia de sus antecedentes ingleses, asumiendo la tesis según la cual el Estatuto de la Reina Ana fue, en realidad, un freno a los privilegios sin límite en el tiempo de los *stationers*⁴⁵. Cita la frase de Macaulay según la cual el *copyright* es un impuesto a los lectores con el propósito de recompensar a los autores⁴⁶. Breyer insiste en que, en el marco de la Constitución de los EE.UU., los derechos de autor no son un fin en sí mismo, sino un medio para promover el progreso de la ciencia: la retribución o remuneración del autor es una consideración secundaria, no esencial, desde la perspectiva de la tutela constitucional del *copyright*⁴⁷.

Sin embargo, la jueza Ruth B. Ginsburg, que actúa como ponente y expresa la decisión mayoritaria, rechaza este punto de vista (y con él, el de los historia-

⁴¹ Tyler T. OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., pp. 28-30; Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., pp. 5-6; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.149-50; Matthew RIMMER: «*The dead poets society...*», cit., notas 20-24, y nota 25 sobre el caso *Eldred*.

⁴² Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., p. 7. L. Ray PATTERSON: «*Eldred v. Reno: An Example of the Law of Unintended Consequences*», en *Journal of Intellectual Property Law* 8 (Spring 2001), pp. 223-243, aquí p. 231, afirma con énfasis que la *copyright clause* sugiere tres políticas: promover la ilustración de los ciudadanos, proteger el dominio público, y asegurar el acceso público al material protegido. Otro trabajo en la misma línea argumental es el de Marvin AMMORI: «*The Uneasy Case for Copyright Extension*», en *Harvard Journal of Law and Technology* 16,1 (Summer 2002), pp. 287-325.

⁴³ *Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 769 (2003).

⁴⁴ Id., Apartado I del Voto Particular del Juez Breyer, citando la postura del Tribunal Supremo en el caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* (1984). También el Voto Particular del Juez Stevens llega a plantear este argumento, discutiendo los antecedentes ingleses en su Apartado III, último párrafo.

⁴⁵ Id., Apartado II.A del Voto Particular del Juez Breyer: «Madison, Jefferson y otros de la generación de los Fundadores, advirtieron contra el peligro de los monopolios».

⁴⁶ La frase de Thomas B. Macaulay pertenece a su famoso discurso ante la Cámara de los Comunes, de 5 de febrero de 1841. Accesible, p. ej., en la página web www.liberalismo.org/articulo/230/69.

⁴⁷ Apartado II.A del Voto particular del Juez Breyer, citando la postura del Tribunal en los casos *Mazer v. Stein* (1954) y *Harper & Row v. Nation* (1985). El Juez Stevens sostuvo una opinión similar: Apartado I de su Voto Particular; ver al respecto Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., nota 27.

dores que actuaron en el proceso como *amici curiae* a favor de los demandantes)⁴⁸. En su opinión, la *copyright clause* se separa nítidamente de la tradición inglesa en la materia: en los EE.UU. no existía, en 1787, nada parecido al gremio de los *stationers*, sino que existía un mercado fuertemente competitivo y abierto, por lo que el propósito antimonopolista no estaba a la orden del día en los planes de los constituyentes⁴⁹. Para la mayoría del Tribunal Supremo, la *copyright clause* sí reconoce, de modo directo y primario, el incentivo del beneficio privado en los derechos de explotación de las obras: el beneficio es el motor que asegura el progreso de la ciencia⁵⁰.

De este modo, desde el enfoque adoptado por el Tribunal, la relación entre ambos términos cambia por completo: no es que el *copyright* sea un medio, un instrumento al servicio del interés general; es un fin en sí mismo que, además, garantiza a la larga dicho interés. No existe conflicto entre el interés privado y el público, ni entre los intereses protegidos por el *copyright* y el derecho a la libertad de expresión, ni hay por ello que buscar un equilibrio entre posiciones contrapuestas; más bien el interés colectivo se sirve a través de la persecución de beneficios privados por cada sujeto⁵¹. Al pronunciarse así, el Supremo adopta explícitamente lo que Michael Birnhack ha llamado la narrativa del no-conflicto⁵², que ha sido, según este autor, el discurso dominante en la jurisprudencia estadounidense (pero no en la doctrina) en las últimas décadas. Más adelante ampliaremos esta observación.

2. LA LEGISLACIÓN SOBRE COPYRIGHT Y SUS REFORMAS

Volviendo a los antecedentes históricos, debe recordarse que la primera Ley de *Copyright* en EE.UU. data de 1790, y que adoptó un modelo muy similar al inglés del Estatuto de Ana: un plazo inicial de protección de catorce años, con la posibilidad de prorrogar el plazo por otros catorce años más si el autor seguía vivo. Estos plazos coincidían, además, con los fijados en la Ley de Patentes de 1790, por lo que resulta obvio que los constituyentes abordaban ambos sectores con un enfoque común⁵³.

El Congreso de EE.UU. formalizó la primera ampliación del *copyright* en 1831 (fue la única ampliación en todo el siglo XIX). Por una ley aprobada el 3 de

⁴⁸ La Jueza Ginsburg cita en particular a Thomas B. NACHBAR, y su trabajo «*Constructing Copyright's Mythology*» de 2002.

⁴⁹ Apartado II.A de la Sentencia, y especialmente la extensa nota 5.

⁵⁰ Apartado II.B.2 de la Sentencia, en nota 18, citando el caso *Geophysical Union v. Texaco Inc.* (1999).

⁵¹ Ver *supra*, nota 18 de este trabajo. La Sentencia *Eldred* desarrolla esta posición en las notas 15 a 17, en debate con el Voto Particular del Juez Breyer.

⁵² Michael BIRNHACK: «*Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*», en *Southern California Law Review* 76 (2003), pp. 1.275-1.330, aquí pp. 1.280-92.

⁵³ L. Ray PATTERSON: *Copyright in Historical Perspective*, cit., p. 197; Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 367-68, p. 381; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., p. 1.151.

febrero de 1831 el plazo de protección se amplió a cuarenta y dos años de duración: 28 años desde la fecha de publicación, renovable por otro plazo adicional de 14. Estos plazos se aplicaban tanto a obras ya existentes como a obras futuras. En ningún caso se recuperaba el *copyright* sobre obras que ya hubieran pasado a dominio público. Además, un aspecto muy importante de la ley de 1831 era que la renovación o prórroga del *copyright* revertía directamente sobre el autor o sus familiares causahabientes, poniendo fin a la práctica, muy extendida, de que los contratos de transferencia de derechos de autor se formalizaran desde un principio por la vigencia íntegra y total del plazo, comprendiendo tanto el inicial como el prorrogado⁵⁴.

El propósito de la Ley de 1831, según sus autores, fue ampliar la duración del *copyright* para mejorar la posición de los creadores, situándoles en pie de igualdad con los autores de otros países. Todavía muchos congresistas consideraban al derecho de autor como un derecho natural de la persona; sin embargo esta postura se vería derrotada sólo tres años después en el caso *Wheaton v. Peters*⁵⁵. Uno de los principios sentados en esta sentencia por el Tribunal Supremo fue que los derechos de los creadores (derechos de autor) y de los inventores (derechos de patente) eran homologables y debían ser tratados jurídicamente de modo similar⁵⁶.

La *Copyright Act* fue nuevamente reformada en 1870, pero no se introdujo ninguna ampliación de los plazos de protección. En cambio en 1890, con ocasión del planteamiento de nuevas reformas en la Ley, sí se puso sobre la mesa la cuestión de los plazos. Varios congresistas propusieron la reducción del tiempo de protección a catorce, a diecisiete, o a dieciocho años. No se llegó a acuerdo alguno⁵⁷.

En 1905 comenzó un largo proceso de trabajos legislativos para reformar la *Copyright Act*. Asociaciones de autores y de editores propusieron ampliar la duración del *copyright*, insertando la fórmula de cómputo de los plazos dentro del sistema internacional del Convenio de Berna: la vida del autor más 50 años. Durante la discusión parlamentaria se expresó fuerte rechazo a esta modalidad de ampliación: para un sector de la opinión pública, un plazo tan prolongado podía ser inconstitucional⁵⁸. En enero de 1907 la *Copyright Office*

⁵⁴ William F. PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado III «*Who Should Be the Beneficiaries of Copyright?*», afirmando que esta ley se inclinó por los autores en su conflicto frente a los editores; también Patrick H. HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*», cit., p. 656.

⁵⁵ Ver *supra*, notas 20 y 21; y Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., pp. 30-32.

⁵⁶ En esta interpretación coinciden Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit, p. 383, y nota 277; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., p. 1.156, pp. 1.164-65.

⁵⁷ Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., pp. 32-33.

⁵⁸ Tyler OCHOA, op. cit., pp. 33-34. Ver asimismo Jenny L. DIXON: «*The Copyright Term Extension Act: Is Life Plus Seventy Too Much?*», en *Hastings Communication & Entertainment Law Journal* 18 (1996), pp. 945 y ss.

preparó una propuesta formal, que partía de un plazo inicial de 28 años, extensible por un plazo adicional, como máximo de la vida del autor más treinta años desde su muerte. Se iniciaron los trabajos del Congreso y del Senado, y se elaboró un proyecto de ley en esta línea. Sin embargo, fueron los autores los que, finalmente, tuvieron dudas de que esta fórmula mixta redundara finalmente en una verdadera ampliación de los plazos de protección ya existentes⁵⁹.

El dictamen del Congreso que acompañó a la Ley finalmente aprobada tiene un notable interés: en él se afirma que el *copyright* no existe primariamente para el beneficio del autor, sino ante todo en beneficio del público en general; y que cualquier legislación sobre el tema debe generar unas ventajas colectivas que contrapesen los males de un monopolio temporal⁶⁰.

Por fin la *Copyright Act* de 1909 mantuvo la fórmula de cómputo tradicional en EE.UU., y amplió el plazo de duración de los derechos de *copyright* a cincuenta y seis años: un plazo inicial de 28 años desde la publicación de la obra, renovable por un plazo adicional de otros 28 años. Estos plazos se aplicaban siempre tanto a obras ya existentes (retroactividad) como a obras futuras. No se recuperaba la protección sobre ningún *copyright* ya vencido. Este sistema se mantuvo vigente durante unas décadas, coincidiendo con un periodo de expansión de los derechos de propiedad intelectual, primero en un contexto de acelerado crecimiento económico (los años 20), y después en un contexto de conflicto internacional, guerra y posguerra⁶¹.

En 1961 el *Register of Copyrights* preparó un informe para el Congreso, sentando las bases de una nueva reforma en profundidad de la legislación. Sin embargo, en cuestión de plazos, el informe se limitaba a sugerir una nueva ampliación a partir de la fórmula de un plazo inicial más otro de prórroga. Desde otros sectores se propuso adoptar la fórmula del Convenio de Berna. Una vez planteado el debate, resultó evidente que, en esos momentos, no cabía un compromiso más o menos rápido entre las diferentes partes interesadas: el tema tenía una gran complejidad, e iba a requerir un largo proceso de negociaciones⁶². Así que en septiembre de 1962 el Congreso extendió la duración de todos los derechos de *copyright* vigentes por tres años más⁶³.

Entre 1962 y 1974 se aprobaron diferentes leyes extendiendo el plazo de duración de los derechos de *copyright* existentes por uno, dos o tres años: de esta forma, ninguna obra pasó a integrar el dominio público durante ese periodo.

⁵⁹ Tyler OCHOA, op. cit., pp. 37-38.

⁶⁰ Cito por Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., p. 384.

⁶¹ Una breve y clara exposición del contexto económico puede verse en William W. FISHER III: «*The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*», accesible en la web cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf.

⁶² Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., pp. 39-40; Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 384-85.

⁶³ Tyler OCHOA, op. cit., p. 40.

En 1965 se amplió por dos años; entre 1967 y 1972 se fue ampliando anualmente; en 1972 y en 1974 se aprobaron ampliaciones por dos años⁶⁴.

La *Copyright Act* de 1976, por tanto, fue el resultado de quince años de trabajos parlamentarios⁶⁵ y, sin duda, supuso un giro radical en la regulación de los derechos de propiedad intelectual en los EE.UU., pues supuso la cristalización de un cierto cambio de paradigma: de promover las artes y las ciencias desde la perspectiva del interés público se pasó a proteger los intereses particulares de los titulares de derechos de autor⁶⁶. Si diferenciamos dentro del colectivo de titulares de derechos, la Ley de 1976 se tradujo en una serie de mejoras significativas para las empresas productoras y editoras, en detrimento de los artistas y creadores⁶⁷. La *Copyright Act* incorporó diversos aspectos del sistema de protección de estos derechos propio del Convenio de Berna, incluyendo la forma de computar los plazos que éste establece: la protección se otorga desde el mismo momento de la creación de la obra (no desde su publicación o registro), y se prolonga hasta los cincuenta años después de la muerte de su autor. Esta norma se aplicó a todas las obras creadas a partir del 1 de enero de 1978⁶⁸.

La *Copyright Act* de 1976 garantizó a las obras que ya estaban protegidas a esa fecha un plazo adicional de 19 años que añadir a la duración que ya tenían: los 56 años de protección con que contaban pasaron a ser 75, contados desde la fecha de la publicación (o 100 años desde la fecha de su creación, el más corto de los dos plazos)⁶⁹. Para las obras anónimas, publicadas con seudónimo, y para las obras por encargo⁷⁰, se establecía asimismo un plazo de 75 años desde la publicación o 100 años desde la creación, el más breve de ambos. Finalmente, debe resaltarse que esta Ley no hacía revivir ninguna protección para las obras que ya habían pasado a dominio público con anterioridad al 1 de enero de 1978⁷¹.

⁶⁴ Tyler OCHOA, op. cit., pp. 40-42. Una tabla con todas las ampliaciones puede encontrarse en Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Term Extension Act of 1998*», cit., en su Nota 8, citando la web cyber.law.harvard.edu/eldredvreno/complaint_orig.html.

⁶⁵ Jenny DIXON: «*The Copyright Term Extension Act...*», cit., p. 959, señala que en realidad los trabajos del Congreso comenzaron hacia 1955, por lo que el proceso fue aún más largo.

⁶⁶ Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., p. 12.

⁶⁷ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado III.D, *in fine*.

⁶⁸ Un análisis en profundidad de la historia legislativa de la *Copyright Act* de 1976 puede encontrarse en Jessica LITMAN: «*Copyright, Compromise, and Legislative History*», en *Cornell Law Review* 72 (1987), pp. 857 y ss. Esta autora resalta el papel de las grandes industrias de la cultura y del ocio en la elaboración y aprobación final de la Ley, y en la posición reforzada que en ésta adquieren las corporaciones titulares de derechos. Ver también William F. PATRY: «*Copyright and the Legislative Process: A Personal Perspective*», en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 14 (1996), pp. 139 y ss.; y Jane C. GINSBURG y John M. KERNOCHAN: «*One Hundred and Two Years Later: the U. S. Joins the Berne Convention*», en *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 13 (1988), pp. 1 y ss.

⁶⁹ Sección 304 de la *Copyright Act*. William PATRY, «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., apunta que uno de los aspectos más espinosos de la Ley fue el derecho que otorga a los autores para dar por terminadas las licencias de explotación que hubieran concedido con anterioridad.

⁷⁰ Sobre la regulación de las obras por encargo, Marci HAMILTON, «*Commissioned Works as Works Made for Hire Under the 1976 Copyright Act: Misinterpretation and Injustice*», en *University of Pennsylvania Law Review* 135 (1987), pp. 1.281-1.320.

⁷¹ Claro que las únicas obras que a esa fecha estaban en dominio público por razón de antigüedad (dejando aparte las que pudieran estarlo por no cumplir los requisitos de registro o prórro-

La *Copyright Act* incorporó por primera vez al Derecho de los EE.UU., de forma explícita, una relación de tipos de obras protegidas (literarias, musicales, audiovisuales, gráficas y pictóricas, teatrales...), y una definición precisa de los diferentes derechos que sus titulares tienen sobre ellas (de reproducción, adaptación, distribución, comunicación pública). Asimismo, esta ley introdujo una regulación pormenorizada (y según algunos autores, demasiado restrictiva) de los supuestos de *fair use*, que suponen usos no autorizados, pero lícitos, de una obra protegida («usos honrados»)⁷². Sin embargo, la legislación estadounidense seguía exigiendo requisitos formales para la protección de las obras originales a través del *copyright* (por ejemplo, llevar el aviso © en lugar visible)⁷³.

La homologación con el sistema de Berna no llegó hasta doce años después, con la *Berne Convention Implementation Act*⁷⁴, que introdujo diferentes reformas en la legislación norteamericana de derechos de autor. El Informe de la Cámara de Representantes hacía especial hincapié en que el propósito constitucional del *copyright* es facilitar la circulación de ideas y promover el conocimiento, asegurar para el público los beneficios de la creación, y no la remuneración de los autores por sus obras. Pero este planteamiento no se tradujo en medidas concretas⁷⁵.

El proceso de armonización normativa continuó en 1992 con la *Copyright Renewal Act* (CRA) y en 1998 con la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)⁷⁶. La DMCA consta de cinco títulos, uno de los cuales se destina a la adaptación de la normativa interna al Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI⁷⁷, e introduce modificaciones no sólo en la *Copyright Act*, sino en otras normas. Sin embargo, la DMCA va más allá de lo necesario para alcanzar esa homologación y desbordó ampliamente las exigencias del Tratado de la OMPI. La regulación que la DMCA hace de las medidas tecnológicas de protección ha sido muy discutida⁷⁸, y sólo se entiende en el marco de la lucha contra la reproducción ilegal en formatos digitales⁷⁹. En su Título II la DMCA aborda el problema de la responsabilidad por actos de tercero en internet, definiendo las condiciones («*safe harbors*») en que los prestadores de servicios de la sociedad de la información quedan exonerados de responsabilidad por los contenidos que alojan o a los que facilitan acceso: si no tienen conocimiento actual de la

ga) eran las que habían sido publicadas antes de septiembre de 1906: ver Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension and the Constitution...*», cit., p. 43, nota 139.

⁷² Sobre el *fair use*, ver Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause, and the Constitutionalization of Fair Use*», cit., pp. 128-33, y notas correspondientes.

⁷³ Nadine FARID: «*Not in my Library...*», cit., pp. 11-12.

⁷⁴ H. R. No. 100-609 (1988).

⁷⁵ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., p. 387.

⁷⁶ *Copyright Renewal Act*, Pub. L. No. 102-307, 106 Stat. 264 (1992); *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2.860 (1998).

⁷⁷ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996.

⁷⁸ Pamela SAMUELSON: «*Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*», en *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999), pp. 519 y ss.

⁷⁹ El proceso legislativo que condujo a la aprobación de la DMCA se describe en Jessica LITMAN: *Digital Copyright*, cit., Capítulo 9 «*The Bargaining Table*».

infracción, ni son conscientes de hechos o circunstancias que apunten a ella, y en el momento de contar con este conocimiento actúan diligentemente para retirar el contenido ilícito o suprimir el enlace⁸⁰.

Dos años después se hizo algo similar en el ámbito de la Unión Europea mediante la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DCE). En España la DCE fue transpuesta por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), recientemente reformada parcialmente por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información⁸¹.

III. LA LEY DE AMPLIACIÓN DE PLAZOS DE COPYRIGHT DE 1998

En el mes de febrero de 1995 varios congresistas, liderados por Carlos Moorhead, presentaron un proyecto de ley que extendía la duración del *copyright* por otros veinte años más. A lo largo de ese año se desarrollaron los trabajos parlamentarios en relación con este proyecto, y con otro de contenido muy similar, presentado en el Senado por Orrin Hatch (republicano) y Diane Feinstein (demócrata)⁸². El proyecto del Senado fue informado favorablemente en julio de 1996, pero el del Congreso quedó estancado. La razón principal fue que el proyecto incorporaba, junto a la extensión de plazos, una norma que, modificando la Sección 110 de la Ley, permitía a determinados establecimientos (bares, restaurantes...) la comunicación pública de música sin autorización de los titulares, regla que encontró la fuerte oposición de las asociaciones de autores y editores musicales, como ASCAP y BMI⁸³.

Sin embargo, otras grandes empresas tenían un fuerte interés en la ampliación de los plazos de *copyright*, sacando adelante el proyecto de una forma u

⁸⁰ La bibliografía norteamericana sobre este tema es realmente amplísima, destacando las contribuciones de autores como Niva Elkin-Koren, Jane Ginsburg, David Post, Alfred Yen, Pamela Samuelson y Neil Netanel, entre otros.

⁸¹ Ver, por ejemplo, Raquel XALABARDER PLANTADA: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 2 (2006), UOC, en www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf; y, para un supuesto más específico, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P: Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», en *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16 (2004), pp. 55-104.

⁸² El propio senador Hatch ha desarrollado sus argumentos a favor de la CTEA en «*Toward a Principled Approach to Copyright Legislation at the Turn of the Millennium*», en *University of Pittsburgh Law Review* 59 (1998), pp. 719 y ss., aquí pp. 733-34, y posteriormente en Orrin G. HATCH y Thomas R. LEE: «*To Promote the Progress of Science: The Copyright Clause and Congress's Power to Extend Copyrights*», en *Harvard Journal of Law and Technology* 16,1 (2002), pp. 1 y ss.

⁸³ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV; también Arlen W. LANGVARDT y Kyle T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term Extension Act, the Eldred Decision, and the Freezing of the Public Domain for Private Benefit*», en *Minnesota Intellectual Property Review* 5,2 (2004), pp. 193-292, aquí nota 50.

otra. El caso más conocido es, probablemente, el de Disney: los primeros derechos de *copyright* sobre el personaje Mickey Mouse expiraban en 2003 (Mickey había debutado en la gran pantalla en un film de 1928 «*Steamboat Willie*»⁸⁴), sobre Pluto en 2005, sobre Goofy en 2007, y sobre el Pato Donald en 2009⁸⁵.

Disney y otras grandes productoras audiovisuales desarrollaron una campaña de presión muy agresiva, que incluyó importantes donaciones a los congresistas y senadores que apoyaban el proyecto. El Comité de Acción Política de Disney realizó en su favor unas contribuciones directas de casi 150.000 dólares, la mayor parte a políticos demócratas. Más en general, las industrias musicales y audiovisuales donaron más de 6.500.000 dólares a los congresistas entre 1997 y 1998⁸⁶.

Una de las críticas que se hicieron al proyecto fue que introducía un flujo de subvenciones encubiertas hacia las industrias culturales y de ocio, subvenciones que no quedaban sometidas al mismo proceso de debate político que un subsidio directo (que implica incremento de gasto público) o una tasa fiscal (con efectos directos sobre los consumidores)⁸⁷. Para evaluar el impacto de la Ley, a título de ejemplo, se estima que los herederos del compositor George Gershwin percibirán más de cuatro millones de dólares, por cada una de sus obras, en ingresos adicionales durante los 20 años de ampliación⁸⁸.

⁸⁴ Esta película de 1928, la primera cinta de dibujos animados sincronizados con sonido, no era otra cosa que una obra derivada de *Steamboat Bill, Jr.* (El héroe del río), de Buster Keaton, del mismo año, por la que Disney nunca pagó derechos de autor: ver L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., Capítulo Uno: Creadores.

⁸⁵ Dejando aparte otros derechos, como los de marca. Ver Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft...*», cit., p. 16; Matthew RIMMER: «*The dead poets society...*», cit., «*Introduction*». El papel jugado por la empresa Disney, y otras grandes productoras audiovisuales, en la aprobación de la CTEA ha sido resaltado a menudo: vid. Chris SPRIGMAN: «*The Mouse That Ate the Public Domain: Disney, the Copyright Term Extension Act and Eldred v. Ashcroft*», en writ.news.findlaw.com/commentary/20020305_sprigman.html, así como Phyllis SCHAFLEY: «*Why Disney Has Clout with the Republican Congress*», 25 de noviembre de 1998, y John HORN: «*Cartoon Copyrights Coming Up*», Associated Press, nota de 2 de febrero 1998, ambos citados como referencia en homepages.law.asu.edu/~dkarjala/OpposingCopyrightExtension/commentary.

⁸⁶ Orrin Hatch recibió 50.000 dólares de los estudios de cine y las productoras de música; Howard Coble, otro promotor de la CTEA, recibió 63.000 dólares; Patrick Leahy recibió 56.000 dólares aportados «por trabajadores de Disney y de Time Warner», según los registros del Senado; Trent Lott recibió 21.000 dólares para acción electoral unos días después de suscribir el proyecto de ley. Ver los datos en FREE EXPRESSION POLICY PROJECT: *The Progress of Science and Useful Arts: Why Copyright Today Threatens Intellectual Freedom*, 2.^a edición, capítulo II «*Freezing the Public Domain: The Battle over the Sonny Bono Law*», accesible en www.fepproject.org; L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 241-42; Daren FONDA: «*Copyright Crusader Eric Eldred Says the Latest Copyright Law Goes Too Far*», en *Boston Globe Magazine* (29 agosto 1999); y Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term...*», cit., pp. 677-78, nota 202, citando a Jessica LITMAN: *Digital Copyright*, cit.

⁸⁷ Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.174-76: «*Term Extension and Political Accountability*».

⁸⁸ Cito por Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension...*», cit., nota 144.

Después de un tortuoso proceso legislativo, la CTEA fue finalmente aprobada en octubre de 1998 por el presidente Clinton⁸⁹. La CTEA amplía el plazo de duración del *copyright* para las obras de nueva creación hasta los setenta años después de la muerte del autor. Asimismo, para las obras que ya se encontraban anteriormente protegidas por el *copyright*, así como para las obras anónimas y obras hechas por encargo, amplía el plazo de esta protección en veinte años más: noventa y cinco años desde la fecha de su publicación, o ciento veinte desde su creación, el más corto de ambos⁹⁰.

Uno de los rasgos más característicos de la CTEA, y que generaron un profundo malestar entre los especialistas (por su pobre técnica legislativa), es que su Título I «Extensión de plazos de *copyright*» se limita a reemplazar los plazos anteriormente vigentes por los mismos plazos más veinte años («suprimir 50 e insertar 70», etc.), sin introducir apenas ninguna modificación de contenido. Por tanto, y a diferencia de lo ocurrido en 1976, no se trata de introducir reformas en el Derecho de *Copyright*, que incluyeran la revisión de su duración, sino única y exclusivamente de ampliar ésta (sumar nuevos plazos sobre los ya existentes) sin revisar otras cuestiones relevantes⁹¹.

Tampoco debe olvidarse que la CTEA se aprobó finalmente de forma conjunta con la *Fairness in Music Licensing Act*, que (como antes dijimos) permite a pequeños establecimientos reproducir música grabada sin autorización, y sin pagar derechos, en ciertas condiciones. Pero en enero de 1999 la Unión Europea impugnó esta ley ante la Organización Mundial de Comercio (OMC), alegando que violaba el Acuerdo ADPIC, suscrito en Marrakech el 15 de abril de 1994. En junio de 2000 un panel de resolución de disputas de la OMC dio la razón a la UE⁹².

Las razones principales que se expusieron, durante la tramitación de la CTEA, para la ampliación de la duración del *copyright* fueron las siguientes:

- Reciprocidad: las normas internacionales, y en particular las de la UE, garantizan derechos de propiedad intelectual sobre la base de la reciprocidad. Los Estados miembros de la UE protegen a los titulares de obras publicadas en países extracomunitarios, pero sólo durante la duración de la protección en el país de origen (art. 7 de la Directiva 93/98/CEE, hoy reempla-

⁸⁹ Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft...*», cit., p. 16, notas 100-105; A. W. LANGVARDT y K. T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term...*», cit., pp. 236-42 «*What was Congress Thinking?*», y notas 269-96.

⁹⁰ Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2.827 (1998). Título I «*Copyright Term Extension*», Secciones 101 a 106.

⁹¹ Ver L. Ray PATTERSON: «*The U.S. Supreme Court Hears the Mickey Mouse Case*», cit.

⁹² Decisión WTO/DS160, Informe del Grupo Especial de 15 de junio de 2000; cito por Sue Ann MOTA: «*For limited times: The Supreme Court Finds the Copyright Term Extension Act constitutional in Eldred v. Ashcroft, but when does it End?*», en *Boston College Intellectual Property & Technology Forum* (5 noviembre 2005), aquí notas 71 a 77. Un claro y completo resumen del proceso puede encontrarse en el portal web de la OMC, en www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s/htm. Esta referencia se la debo, nuevamente, al revisor de este artículo.

zada por la Directiva 2006/116/CE, como se dijo en su momento). Los titulares de derechos de *copyright* norteamericanos sólo podrían disfrutar en la UE de un plazo de protección de setenta años desde la muerte del autor si los EE.UU. garantizaban ese mismo plazo a los autores europeos. Ello implicaba que los autores norteamericanos podían estar «perdiendo dinero» en Europa, si se les comparaba con sus colegas de la UE, que gozaban desde 1998 de una protección más duradera⁹³.

- Armonización: la ampliación de plazos que lleva a cabo la CTEA equipara la legislación de EE.UU. con la de otros países, proporcionando un marco legal unitario para los derechos de autor en buena parte del mundo. Ello conducirá a una unificación de los plazos de protección de los derechos de propiedad intelectual en cada vez más países y, en consecuencia, a un mejor balance comercial en esta materia para EE.UU., manteniendo una posición dominante como exportador de derechos de *copyright*, contando éstos con el máximo de protección durante el plazo más prolongado posible⁹⁴.
- Incremento de la esperanza de vida: una duración del *copyright* de cincuenta años desde la muerte del autor no es actualmente suficiente para cubrir con sus beneficios la vida de dos generaciones de descendientes del autor, hijos y nietos. La extensión a los setenta años se ajusta mejor a la esperanza de vida de los países desarrollados en estos momentos, así como a los más amplios periodos de explotación comercial de las obras (no se deterioran con el paso del tiempo)⁹⁵.
- Crecientes costes de conservación: solamente una ampliación como la realizada hará posible que los titulares de derechos procedan a invertir en la conservación de obras clásicas (grabaciones musicales, películas de cine...), evitando que se pierdan definitivamente.
- Crecientes costes de producción: buena parte de las obras que se realizan actualmente, especialmente en sectores como la música, el cine, videojuegos..., son cada vez más caras, y suponen mayores costes de producción, por lo que se requiere una vida comercial más prolongada para recuperar la inversión efectuada. Sin la ampliación, es dudoso que los creadores, y las

⁹³ Para las siguientes consideraciones, ver William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.A «*Reciprocity*»; Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., pp. 659 y ss., y notas 64-67; Joseph A. LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer Via the Copyright Term Extension Act of 1996*», en *University of Detroit Mercy Law Review* 73,2 (1996), pp. 311-360; Yemi ADEYANJU: «*The Sonny Bono Copyright Term Extension...*», cit.; Matthew DEAN STRATTON: «*Will Lessig Succeed in Challenging the CTEA, Post-Eldred?*», en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 15 (2005), pp. 893-945, aquí pp. 898-900.

⁹⁴ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.B «*Harmonization*»; Joseph LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer...*», cit., Apartado IV.A.; y Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft...*», cit., pp. 10-11.

⁹⁵ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.C «*Increased Lifespan*»; Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., pp. 660-61; y Joseph LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer...*», cit., Apartado IV.A.

empresas productoras de contenidos, cuenten con incentivos para continuar desarrollando sus obras⁹⁶.

Todos estos argumentos fueron rechazados por los detractores de la ley. Las críticas que éstos formularon pueden resumirse como sigue:

- Reciprocidad: la CTEA, como vimos antes, se limita a sumar veinte años más a todos los plazos de protección previstos en la Ley de 1976. Por tanto, no se limita a resolver un problema concreto de reciprocidad en el ámbito internacional. Si así fuera, la Ley tendría un ámbito de aplicación mucho más reducido, y se hubiera diseñado con mayor precisión para abordar esta materia específica. Sin embargo, el trazo grueso aplicado en la Ley se traducirá, primordialmente, en mayores ingresos para los titulares de derechos norteamericanos, a costa de los consumidores norteamericanos, ya que este mercado es, todavía, el más significativo para aquéllos. Además, esos mayores ingresos no beneficiarán a los autores, ni siquiera a sus hijos (por lo dilatado de los plazos), sino que en la mayoría de los casos irán a parar a manos de las empresas productoras y distribuidoras⁹⁷. Durante la tramitación parlamentaria de la CTEA, sus proponentes fueron incapaces de aportar datos contrastados sobre el valor económico de los derechos que se perderían sin su aprobación, ni un análisis coste/beneficio de las consecuencias de la ampliación de los plazos de *copyright*⁹⁸.
 - Armonización: la ampliación de plazos, en la forma en que la lleva a cabo la CTEA, no se dirige hacia la armonización de la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual. Hasta 1978 (al entrar en vigor el Convenio de Berna) los EE.UU. no contaron con nada parecido a una armonización legislativa, y ello no constituyó un problema insoluble. Si el objetivo real de la CTEA fuera armonizar el Derecho norteamericano con el de otros Estados,
- 1.º la Ley tendría una redacción mucho más precisa y discriminaría entre diferentes tipos de supuestos de hecho, en función de la regulación internacional en cada aspecto;

⁹⁶ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.D «*Increased Costs of Protection and Extended Commercial Life*»; Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., p. 661; y Yemi ADEYANJU: «*The Sonny Bono Copyright Term...*», cit., notas 70-74.

⁹⁷ Sigo aquí los argumentos de William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.A «*Reciprocity*», y notas 84-97, con un análisis muy detallado de la cuestión.

⁹⁸ Yemi ADEYANJU: «*The Sonny Bono Copyright Term Extensión Act...*», cit., notas 83-85. Una crítica de la CTEA desde la perspectiva teórica de la «*public choice*» puede encontrarse en Robert MERGES y Glenn REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit., pp. 52-56, tratando el asunto como un problema de acción colectiva: los partidarios de la CTEA son pocos, pero perfectamente conscientes de lo que se dilucida, y están decididos a «poner toda la carne en el asador» y hacer valer sus intereses al máximo; mientras que el perjuicio se distribuye difusamente entre todos los consumidores, incapaces de ejercer presión con tanta eficacia como la industria.

- 2.º la posición de los EE.UU. en el Acuerdo ADPIC, y en general en las rondas negociadoras de la OMC, hubiera sido distinta, y se hubiera incidido específicamente en esta cuestión, lo que entonces no se hizo; y
- 3.º se hubieran armonizado otros aspectos en los que actualmente se detectan discrepancias relevantes⁹⁹.

Quienes han rechazado el argumento de la armonización han destacado cómo una ley nacional no puede, en ningún caso, conseguir por sí sola este objetivo. Lo que hizo la Directiva 93/98 es delinear un marco común para las normas vigentes en los países miembros de la UE, pero no unificarlas, ni en ningún caso sugerir una convergencia similar con terceros países. Por ello no es de extrañar que sigan vivas numerosas e importantes diferencias entre ambos ordenamientos: sin entrar en el tema del derecho moral de autor¹⁰⁰, que constituye una divisoria casi insalvable, el tratamiento de las obras anónimas, o con seudónimo, es muy distinto; la concepción norteamericana de las obras corporativas (obras de encargo) es totalmente desconocida en la UE, donde se otorga primacía al creador individual; en línea con esto, la regulación de las obras audiovisuales es también muy diferente, como también lo es la de las grabaciones musicales; la doctrina anglosajona del *fair use* resulta extraña al Derecho de la UE, y en particular a la tradición continental europea, que prevé excepciones y límites explícitos (codificados) a los derechos de propiedad intelectual¹⁰¹.

— En cuanto al incremento de la esperanza de vida, los detractores de la CTEA insisten en que la protección de los herederos del autor no es, en ningún caso, una exigencia constitucional, y que el propósito originario de los derechos de *copyright* no era tanto dar a los creadores (y no a otras personas, físicas o jurídicas) unos medios de vida dignos, remunerando su talento, como sobre todo estimular la creación artística¹⁰². Por otra parte, la mayor longevidad afecta también a los propios autores, que viven más años, y con ello sus *copyrights* duran más en términos globales¹⁰³.

Pero la crítica decisiva es aquí, como en otros casos, el deficiente diseño legislativo de la CTEA, que extiende sus beneficios no sólo a los descendientes

⁹⁹ William PATRY: «*The Failure of the American Copyright System...*», cit., Apartado IV.B «*Harmonization*», y nota 99; y Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., pp. 661-62.

¹⁰⁰ Joseph LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer...*», cit., Apartado IV.B.1, recogiendo estas declaraciones de Orrin Hatch, uno de los principales promotores de la CTEA: «si se aplicaran en los EE.UU., estos derechos morales alterarían drásticamente las relaciones de *copyright*... como mínimo, los derechos morales causarían montañas de litigios...».

¹⁰¹ Joseph LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer...*», cit., Apartado IV.B.1., sección b); Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., nota 83, y nota 265; y Yemi ADEYANJU: «*The Sonny Bono Copyright Term Extension Act...*», cit., notas 77-82.

¹⁰² E. WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 393-94, notas 323 y ss.

¹⁰³ Esta fue la crítica formulada por el profesor Jerome Reichman en su intervención ante el Congreso.

del autor, en varias generaciones, sino a las empresas titulares de sus derechos, que lógicamente no pueden invocar este argumento para defender la Ley¹⁰⁴.

- Crecientes costes de conservación: es muy dudoso que la ampliación de plazos, por sí sola, ofrezca incentivos eficaces para realizar inversiones significativas en la conservación de obras clásicas; y, por otra parte, es discutible que estas inversiones no pudieran abordarse al margen de la ampliación de los plazos de *copyright*¹⁰⁵.
- Por último, es también muy discutible que la ampliación de plazos ofrezca incentivos eficaces para la creación de nuevas obras originales. Quienes se benefician de la ampliación son los actuales titulares de derechos, que pueden emplear estas ganancias adicionales para lo que deseen, no necesariamente para promover nuevas creaciones. Y resulta imposible saber si lo que se gana (hipotéticamente) con la ampliación, desde esta perspectiva, pesa más en la balanza que lo que se pierde al permanecer en el ámbito del *copyright* y no en el dominio público¹⁰⁶.

Desde esta misma perspectiva, precisamente, varios autores han criticado la reducción o congelación del dominio público impuesta forzosamente por la CTEA, que va correlativa a un fuerte incremento de costes para aquellos que desarrollan su actividad (comercial o no) a partir de obras accesibles en dominio público. Debe tenerse en cuenta que éstos no sólo encuentran con esta ley una barrera para acceder a obras de interés comercial, sino a muchas obras con titulares desconocidos, o cuyos titulares no tienen particular interés en licenciarlas¹⁰⁷.

IV. EL PROCESO

1. LOS DEMANDANTES

Como dijimos anteriormente, en enero de 1999 varios litigantes plantearon la inconstitucionalidad de la CTEA ante un tribunal de distrito de Washington DC. El primer firmante de la demanda era Eric Eldred (dando nombre al

¹⁰⁴ Joseph LAVIGNE: «*For Limited Times? Making Rich Kids Richer...*», cit., Apartado IV.B.4. Esta fue una de las críticas formuladas por el profesor de Arizona St. Univ. Dennis Karjala ante el Congreso.

¹⁰⁵ Lawrence LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 247-49 ; A. W. LANGVARDT y K. T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term Extension ...*», cit., pp. 242-48.

¹⁰⁶ Esta fue otra crítica formulada por Dennis Karjala ante el Congreso: ver Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono...*», cit., p. 663, notas 93-95. Ver también Erwin CHERMERINSKY: «*Balancing Copyright Protections and Free Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional*», en *Loyola of L. A. Law Review* 36 (2002), pp. 83-97, aquí pp. 96-97; A. W. LANGVARDT y K. T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term Extension...*», cit., pp. 248 y ss.

¹⁰⁷ Lawrence LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 236-38, pp. 244-47, entre otras. Sobre la noción contemporánea de dominio público en el ámbito estadounidense son útiles David LANGE: «*Recognizing the Public Domain*», en *Law & Contemporary Problems* 44 (1981), pp. 147-178; Jessica LITMAN: «*The Public Domain*», en *Emory Law Journal* 39 (1990), pp. 965-1.023; L. Ray PATTER-

caso), y junto a él la suscribían diferentes individuos y entidades cuya actividad creativa se desarrolla a partir de obras en dominio público, con carácter comercial en algunos casos (como las editoriales Dover, Higginson, y Tri-Horn), y sin ánimo de lucro en otros (como la American Film Heritage Foundation).

Eldred era un programador informático retirado que se había convertido en editor en internet de obras clásicas. Comenzó realizando versiones de obras de N. Hawthorne, Henry James, O. W. Holmes, con notas e ilustraciones, y con enlaces a páginas web con referencias bibliográficas e información adicional. Llegó a crear una biblioteca de libros electrónicos en lenguaje *html* a partir de obras literarias en dominio público. Al aprobarse la CTEA, numerosas obras que iban a ser, en breve, accesibles en su biblioteca digital quedaron «bloqueadas» y los derechos de *copyright* sobre ellas prorrogados. Eldred anunció públicamente que iba a promover una campaña de desobediencia civil contra la ley¹⁰⁸. Finalmente resolvió impugnarla en los tribunales.

El caso fue prontamente asumido por el profesor Lawrence Lessig¹⁰⁹. Con él trabajaron abogados del Despacho *Jones, Day, Reavis & Pogue*, de Washington, coordinados por Geoffrey Stewart, e independientes como Charles Nesson y Jonathan Zittrain, y más tarde profesores universitarios como L. Ray Patterson y Edward Walterscheid¹¹⁰. Junto a ellos participarían o presentarían informes en las diferentes fases del proceso (en calidad de *amici curiae*¹¹¹) otros muchos profesores y académicos, como se indicará más adelante. El interés del proceso radicaba, entre otras cosas, en que se trataba del primer desafío directo contra la constitucionalidad de una ley federal sobre *copyright* en más de 120 años¹¹².

SON y Stanley W. LINDBERG: *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*, University of Georgia Press, 1991; y el influyente y más reciente trabajo de Yochai BENKLER: «*Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*», en *New York University Law Review* 74 (1999), pp. 354-446.

¹⁰⁸ Sobre el concepto y sobre el tratamiento jurídico de la desobediencia civil pueden verse RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, trad. de M.^a Dolores González Soler, F. C. E., México, 1978, §§ 55-57, pp. 404-18; DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, capít. 7-8, pp. 276-326, y la Nota «*Sentencing in Cases of Civil Disobedience*», en *Columbia Law Review* 68 (1968), pp. 1.508-37.

¹⁰⁹ Lawrence LESSIG, nacido en 1961, formado en Yale y en Cambridge, y profesor de Derecho Constitucional en la Stanford Law School, es uno de los juristas con mayor impacto en los medios de comunicación, y cuyas iniciativas suscitan un mayor interés. Es fundador del Center for Internet and Society, miembro del Consejo de la Electronic Frontier Foundation y del Software Freedom Law Center. En los Capítulos Trece y Catorce de *Cultura Libre*, cit., hace una amplia exposición del caso *Eldred*, su historia, antecedentes, y consecuencias.

¹¹⁰ Sus nombres aparecen, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia, de 16 de febrero de 2001.

¹¹¹ Literalmente, «amigos del tribunal»: personas físicas o jurídicas que, no siendo parte en el proceso, aportan voluntariamente al tribunal información sobre algún aspecto de aquél, o una opinión legal, a veces a través de un informe o «*brief*».

¹¹² Michael BIRNHACK: «*Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*», cit., pp. 1.276-78, y notas 5-8, sobre el panorama jurídico que rodeaba al caso.

Los demandantes se apoyaron inicialmente en tres argumentos principales:

- 1.º) la CTEA es, en su integridad, susceptible de un análisis específico y pormenorizado de constitucionalidad en el marco de la Primera Enmienda, que protege el derecho fundamental a la libertad de expresión («*free speech*»)¹¹³. Sometida a este escrutinio reforzado, la CTEA resulta inconstitucional por entrar en conflicto con la libertad de expresión, y restringirla de forma indebida e injustificada¹¹⁴.
- 2.º) al extender los plazos de protección de obras anteriores, la CTEA no respeta la exigencia de «plazos limitados» de la *copyright clause*, que ésta vincula al objetivo de promover el progreso de las artes y las ciencias, y abre la puerta a una duración indefinida de los derechos de *copyright*¹¹⁵.
- 3.º) al extender retroactivamente los plazos de protección de obras creadas y divulgadas bajo otro marco legal, la CTEA no respetaba la exigencia de «originalidad» de la *copyright clause*¹¹⁶. Los demandantes sostenían que sólo las obras creadas con posterioridad a la ley podían considerarse «originales» en este sentido, como sinónimo de «nuevas», y gozar así de la ampliación de plazos de protección.

El Tribunal de Distrito (Jueza June Green) falló en su contra el 28 de octubre de 1999, rechazando completamente las pretensiones de la demanda, sin haber convocado vista oral¹¹⁷. Se interpuso recurso de apelación. Para el año 2000 el caso había adquirido cierta notoriedad, y las organizaciones *Copyright's Commons* y *Eagle Forum* se unieron, entre otras, a los demandantes¹¹⁸.

¹¹³ Una referencia fundamental a este respecto es el trabajo del profesor de U.C.L.A. Neil W. NETANEL «*Locating Copyright within the First Amendment Skein*», en *Stanford Law Review* 54,1 (2001), pp. 1-86, en el que se critica la tesis clásica de Melville B. NIMMER: «*Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*», en *U.C.L.A. Law Review* 17 (1970), pp. 1.180 y ss. Nimmer consideraba que los mecanismos de libertad internos, propios de las leyes de *copyright* (la distinción entre forma e idea, el límite del *fair use*, y la limitación de los plazos de protección) eran suficientes por sí solos para proteger la libertad de expresión sin tener que recurrir a la Primera Enmienda. Netanel señala (pp. 12 y ss.) que las transformaciones producidas desde 1970 hacen insostenible esta posición, y que desde esa fecha se ha asistido a seis ampliaciones de plazos (pp. 23 y ss.), lo que desborda ampliamente las previsiones constitucionales y debe hacer entrar en juego consideraciones sobre la tutela sustantiva de la libertad de expresión. Ver también Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term...*», cit., pp. 681-87.

¹¹⁴ Ver diferentes versiones de esta crítica en Lawrence LESSIG: «*Copyright's First Amendment*», en *U.C.L.A. Law Review* 48 (2001), pp. 1.057-1.073; Dan L. BURK: «*Patenting Speech*», en *Texas Law Review* 79 (2000), pp. 99-162; y Alfred C. YEN: «*A First Amendment Perspective on the Idea/Expression Dichotomy and Copyright in a Work's 'Total Concept and Feel'*», en *Emory Law Journal* 38 (1989), pp. 393-436.

¹¹⁵ L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 252-53, y Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term...*», cit., pp. 675-81.

¹¹⁶ El marco general en que operan estos argumentos se delinea con claridad en Yochai BENKLER: «*Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*», cit., aquí pp. 175-80 y notas 9-36.

¹¹⁷ *Eldred v. Reno*, 74 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 1999).

¹¹⁸ L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., p. 256.

El Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia confirmó la sentencia de instancia con fecha 16 de febrero de 2001 (esta vez sí con audiencia de las partes), por dos votos contra uno¹¹⁹. El voto particular disidente fue suscrito por David Sentelle, un juez conservador, que se unió a otro de perfil liberal, David Tatel, para apoyar la petición de los demandantes de que el Tribunal adoptara una resolución *en banc* (en plenario, con presencia de todos sus miembros). La mayoría rechazó la petición¹²⁰.

Varios autores criticaron fuertemente la radicalidad de la decisión del Tribunal de Apelación de Columbia. Esta resolución afirmaba, entre otras cosas, que las normas sobre *copyright* eran «categóricamente inmunes» a cualquier revisión bajo la Primera Enmienda, y que los demandantes carecían de cualquier interés legítimo, apoyado en la Primera Enmienda, para utilizar obras cuyos derechos de *copyright* pertenecían a terceros¹²¹. También afirmaba, por ejemplo, que el requisito de la originalidad sólo es exigible en un primer momento, para otorgar protección a la obra al inicio, pero que después no impone ningún límite a los plazos de protección¹²².

Finalmente, el Tribunal de Apelación consideró que el Preámbulo de la Constitución de EE.UU. no imponía ningún tipo de restricción a los poderes del Congreso, y que el Congreso podía adoptar cualquier medida legislativa, en sede de *copyright*, que los legisladores consideraran razonable¹²³. Los críticos, por el contrario, sostenían que el Preámbulo debe informar cualquier interpretación de las leyes federales; y que los derechos exclusivos de *copyright* sólo pueden crearse, o prolongarse en el tiempo, si como contrapartida contribuyen a estimular la creación artística y científica, lo que obliga a analizar con detalle la fórmula legal empleada para la ampliación de plazos¹²⁴.

El voto discrepante de Sentelle argumenta a partir de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de EE.UU. en el caso *Lopez*¹²⁵. Se pregunta si los argumentos que sustentan la ampliación de plazos tienen un límite o punto final en el tiempo. La respuesta es que los argumentos del Gobierno, y de los promotores de la CTEA,

¹¹⁹ *Eldred v. Reno* 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001). El voto disidente del Juez Sentelle se circunscribe a la segunda cuestión planteada: si la CTEA violaba el requisito de «plazos limitados» de la *copyright clause*, y no aborda el tema de un hipotético conflicto con el derecho de libertad de expresión.

¹²⁰ *Eldred v. Ashcroft* 255 F.3d 849 (D.C. Cir. 2001).

¹²¹ Apartado II.A de la Sentencia, «*First Amendment*».

¹²² Apartado II.B «*Requirement of Originality*».

¹²³ Apartado II.C «*The Limitation of 'limited times'*».

¹²⁴ Yochai BENKLER: «*Through the Looking Glass...*», cit., pp. 198-201, pone en relación la sentencia del Tribunal de Apelación con otras resoluciones coetáneas que aplicaban, por ejemplo, la DMCA, y que igualmente incidían en una significativa reducción del dominio público. Una visión histórica de estas críticas en Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 388-94.

¹²⁵ *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549 (1995). Esta sentencia declaró la invalidez de una ley federal que, entre otras cosas, prohibía portar armas en la cercanía de centros escolares, con el argumento de que se extralimitaba en la competencia del Congreso. Lessig se apoyó en esta jurisprudencia durante su alegato oral en *Eldred*: ver *Cultura libre*, cit., pp. 242-44.

conducen lógicamente a una extensión indiscriminada e ilimitada de los plazos de protección, con lo que el poder de conceder derechos exclusivos sería ilimitado, y se subvertiría por completo el sentido de la *copyright clause* de la Constitución, que obliga a que estos derechos tengan una contrapartida: «el progreso de la ciencia y de las artes». Ampliar los plazos ya existentes no genera este tipo de progreso¹²⁶.

Los litigantes elevaron su caso al Tribunal Supremo de los EE.UU., que admitió el recurso el 19 de febrero de 2002 concediendo un *certiorari* (un auto de prerrogativa, mediante el cual el TS avoca para sí una causa planteada ante un tribunal inferior), con el fin de dar respuesta a dos cuestiones, que habían sido contestadas afirmativamente por el Tribunal de Apelación: si el Congreso tiene el poder de ampliar retroactivamente la duración de los derechos de *copyright* ya existentes, y si una ley que amplía la duración del *copyright* es categóricamente inmune frente a las exigencias de la Primera Enmienda¹²⁷. El proceso tuvo un amplísimo eco en los medios de comunicación (especialmente en internet, llegando a abrir su propio sitio web¹²⁸ con toda la documentación del caso). En mayo de 2002 se presentaron todos los documentos por parte de los recurrentes, en agosto se presentó la contestación al recurso por parte del Gobierno, y en septiembre de 2002 la réplica de los recurrentes¹²⁹.

Junto al equipo inicial de abogados participaron o presentaron informes en el proceso ante el Tribunal Supremo cinco profesores de Derecho Constitucional¹³⁰ y otros muchos de Propiedad Intelectual¹³¹, miembros de universidades prestigiosas (como Stanford, Yale, y Berkeley), diecisiete economistas (incluyendo cinco Premios Nobel: George Akerlof, Kenneth Arrow, James Buchanan, Ronald Coase y Milton Friedman), asociaciones de defensa de los derechos civiles, sindicales, y de otro tipo (de artistas, escritores...), quince asociaciones de bibliotecas, la Free Software Foundation (conocidos defensores del *software* libre y de las licencias *copyleft*), Internet Archive, Project Gutenberg, e, incluso (parcialmente) la multinacional Intel Corporation. También se unió al equipo y suscribió la demanda el conocido jurista Charles Fried¹³².

¹²⁶ Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright...*», cit., pp. 666-71, refleja las posiciones de la mayoría y del voto particular.

¹²⁷ 70 U.S.L.W. 3324 (U.S. Feb. 19, 2002) (No. 01-618).

¹²⁸ Se trata del sitio web *eldred.cc*. De aquí he extraído los datos detallados y los documentos del proceso que se indican en el texto. También puede encontrarse en él documentación sobre otras iniciativas relacionadas, por ejemplo, con el dominio público y su acrecimiento.

¹²⁹ Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause...*», cit., pp. 96-98, señala cómo el caso obtuvo una atención creciente por parte de los profesionales y de los ciudadanos en general, porque se percibió por la opinión pública que se dirimía un conflicto entre los derechos exclusivos de los titulares del *copyright* y el interés general que representa el dominio público. Por ello, también, se trataba de un caso impredecible, especialmente abierto para el Tribunal Supremo.

¹³⁰ Jack Balkin, Yochai Benkler, Burt Neuborne, Robert Post, y Jed Rubenfeld. Algunos de ellos se citan en las notas de este trabajo porque publicaron también trabajos académicos al respecto.

¹³¹ Un total de cincuenta y ocho profesores. Muchos de ellos habían firmado, en su momento, una Declaración oponiéndose a la aprobación de la CTEA en 1998: ver Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension...*», cit., p. 24, nota 23.

¹³² Charles FRIED había sido profesor de Teoría del Derecho («*Jurisprudence*») en Harvard hasta 1985, año en que fue nombrado *Attorney General* de los EE.UU. por el presidente Ronald Reagan.

En la primera semana de octubre se celebró la vista oral ante el Tribunal Supremo de EE.UU. Lessig ha ofrecido una vibrante descripción de estas sesiones y de la orientación que en ellas quiso dar al caso¹³³. Los argumentos del recurso ante el Supremo arrancaban, como punto de partida, de la exigencia de determinar los límites implícitos al poder del Congreso; en última instancia, se estaba discutiendo si el Congreso está constitucionalmente facultado, o no, para aprobar una ley con el contenido y el alcance de la CTEA¹³⁴.

2. LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

a) *La aplicación retroactiva (y «en blanco») de la ampliación de plazos operada por la CTEA viola la exigencia de limitación temporal de la copyright clause*

1.º Utilizando el método de ampliar periódicamente la duración de los plazos del *copyright*, cada vez por más años, el Congreso está infringiendo un mandato constitucional, que le obliga a que estos derechos se garanticen sólo «por un plazo limitado». Dicho de otro modo, el Supremo debía pronunciarse sobre dónde radica el punto límite, o punto de equilibrio, más allá del cual sería inconstitucional seguir ampliando el plazo de *copyright* (¿cien, doscientos, mil años...?). De lo contrario el Congreso tendría un cheque en blanco en este tema: no existe ninguna diferencia práctica entre el poder de otorgar derechos de *copyright* perpetuos, y el poder de prolongar indefinidamente la vigencia de los derechos ya existentes¹³⁵.

El Congreso no dispone de facultades ilimitadas para ampliar los plazos del *copyright* (como no lo tiene tampoco para las patentes). Por el contrario, la expresión constitucional «por plazos limitados» implica, necesariamente, un límite al poder del Legislativo en la materia (y debería entenderse en el sentido de, por ejemplo, una «edición limitada» u «oferta limitada»). De hecho, la representación del Gobierno en este proceso no pudo identificar ese punto límite o de equilibrio: si-

¹³³ L. LESSIG: *Free Culture*, cit., pp. 259 y ss. Lessig es muy autocrítico, y ha reconocido sin ambages que se equivocó en el planteamiento del caso, al que quiso dar una orientación demasiado académica o «profesoral», mientras que los abogados que colaboraban con él preferían adoptar el enfoque forense propio de un litigio o confrontación entre partes.

¹³⁴ Paul J. HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.159 y ss., desarrollan ampliamente esta cuestión. A su juicio, del análisis de la jurisprudencia constitucional pueden extraerse cuatro principios básicos que operan como límites al Congreso en relación con la *copyright clause*; éstos son:

- 1.º La concesión de derechos exclusivos resulta «sospechosa» y debe ser examinada con particular atención y minuciosidad.
- 2.º La concesión de derechos exclusivos sólo se justifica si viene acompañada por beneficios que los titulares de derechos aportan, con sus creaciones, al progreso científico y cultural.
- 3.º La concesión de derechos exclusivos sólo se justifica si radica en el propio autor, o en quien ha realizado directamente la contribución artística o científica.
- 4.º En ningún caso los derechos exclusivos deben limitar ni reducir el dominio público.

¹³⁵ Thomas R. LEE: «*Eldred v. Ashcroft and the (Hypothetical) Copyright Term Extension Act of 2020*», en *Texas Intellectual Property Law Journal* 12,1 (2003), pp. 1 y ss., plantea precisamente esa hipótesis y se pregunta qué argumentos podrían servir en 2020 para cuestionar la constitucionalidad de una nueva ampliación de plazos.

guiendo esta práctica en posteriores ocasiones, la *copyright clause* se vaciaría de contenido¹³⁶. Por el contrario, los tribunales disponen de la capacidad de definir y perfilar esos límites, estableciendo el «hasta cuándo» pueden extenderse los derechos de *copyright* en virtud de su contenido constitucional.

2.º La ampliación retroactiva de la duración de los plazos no puede promover el progreso de la ciencia, como exige la *copyright clause*.

Este objetivo o finalidad está fijado por la propia Constitución, y debe ser respetado por cualquier posible interpretación de ésta. El propio Tribunal Supremo de EE.UU. ha señalado en diversos casos¹³⁷ que la *copyright clause* no autoriza ningún monopolio ni derecho exclusivo allí donde no se dé un correlativo «progreso de la ciencia», donde no se estimule la actividad creativa de los autores. Y éste nunca es el caso si se trata de obras ya producidas con anterioridad, y que ya han generado los derechos que en cada momento regulaba la ley en vigor.

Es el argumento del *quid pro quo*: los derechos exclusivos pueden solamente ser garantizados por el Congreso a cambio de algo, de nuevas obras, de nuevas creaciones, pero no a cambio de nada (*quid pro nihilo*)¹³⁸. Debe tenerse en cuenta que los derechos de autor juegan un doble papel: por un lado, garantizan unos retornos a los creadores durante un tiempo determinado; por otro, garantizan al público (y, dentro de él, a otros creadores) que una vez transcurrido ese periodo la obra pasará a formar parte del acervo cultural común, y cualquiera podrá utilizarla para, por ejemplo, hacer versiones y obras derivadas. Una ampliación desmesurada de los plazos de protección rompe este equilibrio, y priva a los ciudadanos de un bien público (no solamente una mera expectativa) con el que ya contaban¹³⁹.

De hecho algún autor ha llegado a proponer que el tiempo transcurrido desde la creación o divulgación de la obra sea tenido en cuenta para determinar el alcance de los límites o excepciones a los derechos exclusivos, por ejemplo, a los supuestos de *fair use*. De este modo, las posibilidades de utilizar obras protegidas para la creación de obras derivadas irían creciendo con el tiempo, siendo los tribunales los que tendrían la función de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁴⁰.

¹³⁶ Esta línea de argumentación es la misma que siguió el Tribunal Supremo en su sentencia *United States v. Lopez*, cit., rechazando que los límites al Poder Legislativo pudieran ser definidos por éste. El argumento fue reiterado por el TS en *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

¹³⁷ *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966); *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984); *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989).

¹³⁸ Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., pp. 356 y ss., recuerda la doctrina sentada en *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* 422 U. S. 151, 156, 186 USPO (BNA) 65, 67 (1975), buscando un punto de equilibrio entre los intereses de los titulares de *copyright* y el interés público o social.

¹³⁹ Una enérgica defensa de este punto de vista puede encontrarse en Robert MERGES y Glenn REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit., pp. 62-64.

¹⁴⁰ Joseph P. LIU: «*Copyright and Time: A Proposal*», en *Michigan Law Review* 101,2 (noviembre de 2002), pp. 409-81.

3.º Utilizando el método de ampliar periódicamente la duración de los plazos del *copyright*, el Congreso está infringiendo la clara voluntad de los constituyentes, en 1787, de limitar en lo posible los derechos exclusivos de carácter monopolístico¹⁴¹. Entonces su intención fue frenar una comprensible tendencia de particulares y empresas a buscar en el Gobierno favores y privilegios, áreas de actividad exclusiva, concesiones..., que dejaran a otros emprendedores fuera de dichos sectores económicos, y limitaran la libre competencia y la innovación¹⁴².

En concreto, se ha defendido que esta cláusula tiene el propósito de instaurar, con rango constitucional, un sistema regular, reglado y no arbitrario, de concesión de derechos de patente y de *copyright*, que se alejara de la discrecionalidad imperante en el modelo inglés (y, en general, en Europa y América) hasta el siglo XVIII: frente al privilegio gubernativo, normas legales que proporcionaban seguridad jurídica, y garantizarían la primacía de los intereses generales¹⁴³.

Yochai Benkler ha argumentado, por ejemplo, que los constituyentes deseaban evitar un monopolio de la información y las ideas por parte de titulares individuales, ya que cualquier derecho exclusivo sobre la información implicaba, por sí, un daño al bien público que es el «Progreso de la Ciencia y de las Artes». Los derechos exclusivos poseen un carácter estrictamente privado, sólo benefician a quien es su titular. No es correcto identificar los derechos de propiedad intelectual con otros derechos de propiedad sobre activos tangibles¹⁴⁴.

4.º La *Copyright Act* de 1790, en cuanto se aplicaba a obras anteriores y ampliaba su protección, no puede servir como argumento para defender la constitucionalidad de la CTEA.

¹⁴¹ Ver Tyler OCHOA: «*Patent and Copyright Term Extension...*», cit., pp. 28-29. Lessig cita en el recurso dos trabajos de Marci HAMILTON: «*Copyright Duration Extension and the Dark Heart of Copyright*», en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 14 (1996), pp. 655-660, y «*The Historical and Philosophical Underpinnings of the Copyright Clause*», en *Occasional Papers in Intellectual Property* 5, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, Nueva York, 1999, pp. 6 y ss.

¹⁴² Una exposición de las características peculiares (e inusuales) de la *copyright clause* en Edward WALTERSCHEID: «*Defining the Patent and Copyright Term...*», cit., Apartado II, pp. 316 y ss.

¹⁴³ Robert MERGES y Glenn REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit., pp. 61-62, notas 65-69.

¹⁴⁴ Yochai BENKLER: «*Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*», en *Berkeley Technology Law Journal* 15 (2000), pp. 535 y ss., aquí pp. 569-74. Una curiosa pero argumentada crítica en Paul M. SCHWARTZ y William M. TREANOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.363 y ss. Estos autores (Treanor trabajaba para el Ministerio de Justicia) asimilan la argumentación de los demandantes de *Eldred* con la jurisprudencia sentada a partir del caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), cuando el TS de EE.UU. anuló una ley sobre jornada máxima por considerar que la libertad de contratación entre empresario y trabajador no podía ser restringida por el Legislativo (con el voto discrepante de O. W. Holmes). Es cierto que los demandantes en *Eldred* cuestionan el poder del Congreso para introducir una determinada regulación del *copyright*, y que lo hacen a partir de una interpretación (discutible) de cuál era la intención de los *framers*. Pero a mi juicio la distancia entre ambas posiciones es enorme, y no es en absoluto justo acusar a estos demandantes de compartir una filosofía de *laissez faire* neoliberal; por el contrario, Lessig, al igual que Neil Netanel y otros colegas, abogan por una intervención equilibrada y flexible de los poderes públicos en el tratamiento del *copyright* y de los efectos de las nuevas tecnologías sobre éste.

El Tribunal de Apelación había señalado que esta ley, elaborada por los mismos constituyentes, ya establecía una extensión de plazos con efecto retroactivo. Por tanto, esta práctica no sería en modo alguno ilegítima, sino válida desde un primer momento¹⁴⁵. Lessig se apoya en otros autores, y en sentencias del Tribunal Supremo de EE.UU., para afirmar que la Ley de 1790 no reconoció (ni amplió) derechos de *copyright* anteriores, sino que los creó *ex novo*, en el marco de un proceso de transición de una federación de estados a un gobierno nacional. Al hacerlo así, derogó todas las regulaciones anteriores, fuera cual fuera su origen, naturaleza, y ámbito territorial, terminó con la incertidumbre que existía sobre ellas, proporcionando seguridad jurídica, y estableció un nuevo marco normativo (de base estatutaria, y no de *common law*) para los derechos de propiedad intelectual¹⁴⁶.

b) *La aplicación retroactiva de la ampliación de plazos operada por la CTEA viola la exigencia de originalidad de la copyright clause*

Al extender los plazos de protección de obras anteriores, la CTEA no respeta la exigencia de «originalidad» de la *copyright clause*. Este argumento guarda relación con una tesis defendida por el Tribunal Supremo al formular su postura en un caso anterior, *Feist v. Rural Telephone*¹⁴⁷. El Supremo consideró que los contenidos de una guía telefónica (los listados de números de teléfono que conocemos como «páginas amarillas») no se encontraban protegidos por el *copyright* porque no eran originales. La *Copyright Act* sólo protege las compilaciones que son elaboradas de forma que la obra resultante constituya una obra original («*an original work of authorship*»): allí donde no exista aportación de trabajo o talento, no hay protección mediante *copyright*.

Para los demandantes, es inconstitucional que la ampliación alcance a las obras creadas con anterioridad: mientras que las obras nuevas, futuras, sí serían «creaciones originales», las anteriores no lo son actualmente (aunque sí lo fueran en un momento anterior), por lo que aquí la norma no «promueve el progreso de la ciencia», no incentiva la creación de obras originales, ni genera por ello un interés público defendible, sino que se limita a extender el ámbito temporal del monopolio (y de los beneficios privados) sobre las obras que ya cuentan con anterioridad con protección mediante el *copyright*. Estaríamos ante una situación similar a la que los constituyentes querían evitar: los titulares de derechos exclusivos bloquean indefinidamente el acceso a las obras protegidas, generando transferencias de renta de los usuarios a dichos titulares durante los años en que se prolonga la ampliación. Se trata de una retroactividad que la Constitución de los EE.UU. no permite¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Apartado II.B «*Requirement of Originality*».

¹⁴⁶ Lessig cita en el propio escrito de recurso, en este sentido, obras de L. Ray PATTERSON (*Copyright in Historical Perspective*, cit.), y de Edward WALTERSCHEID (*The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, cit.), entre otros.

¹⁴⁷ *Feist Publications v. Rural Telephone Services Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹⁴⁸ Michael H. DAVIS: «*Extending Copyright and the Constitution: 'Have I Stayed Too Long?'*», en *Florida Law Review* 52,5 (2000), pp. 989-1.037; Richard B. GRAVES III: «*Private Rights, Public*

Dicho de otro modo, el Supremo debe pronunciarse sobre dónde radica el punto de equilibrio (congruencia, proporcionalidad...) entre los intereses en conflicto: por un lado un poderoso y amplio dominio público, como cimiento de una creación cultural dinámica, y por otro lado los legítimos intereses de los titulares de derechos exclusivos. Las obras en dominio público pueden ser reproducidas, modificadas, adaptadas, reutilizadas de múltiples formas; las obras protegidas sólo pueden ser empleadas en las condiciones autorizadas por sus titulares¹⁴⁹.

Existen dos tipos de principios subyacentes a la protección de los derechos de autor. En primer lugar, los que ponen un énfasis especial en el interés público y el bien común, y tienen en cuenta, de modo preferente, los importantes beneficios que la tutela de los derechos de autor tiene para la sociedad en su conjunto, al facilitar a los individuos talentosos la creación de obras originales y la obtención de una justa remuneración desde el momento en que éstas se comunican y distribuyen entre el público. En segundo lugar, los que resaltan el aspecto de la «justicia» de la retribución al artista por su trabajo, en términos de mérito o de talento, de compensación por su esfuerzo, unidos a la necesidad de respetar su derecho de propiedad sobre las obras intelectuales por él creadas.

La aplicación de la CTEA supone que, en los próximos 20 años, no se incorpora ninguna obra anteriormente protegida a la esfera del dominio público¹⁵⁰. Este hecho supone, sin duda, una depreciación sustancial del dominio público y del acervo cultural de la sociedad en todas sus manifestaciones: literatura, música, cine, y otras artes¹⁵¹.

En el dominio público se encuentran las obras que no están protegidas por derechos de autor, así como todos aquellos aspectos de las obras protegidas que escapan a la protección¹⁵². El enfoque defendido por los demandantes en *Eldred*, a diferencia del sostenido por otros autores (como Benkler)¹⁵³, se centra en la visión del dominio público como una esfera de posibilidades de actuar, en la

Uses, and the Future of the Copyright Clause», en *Nebraska Law Review* 80 (2001), pp. 64 y ss.; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause...*», cit., pp. 1.169-72; Robert MERGES y Glenn REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit., pp. 61-63.

¹⁴⁹ Patrick HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright...*», cit., pp. 676-77.

¹⁵⁰ L. Ray PATTERSON: «*The U.S. Supreme Court Hears the Mickey Mouse Case*», cit.

¹⁵¹ Sobre el contenido y alcance de lo que llamamos «dominio público», ver Yochai BENKLER: «*Through the Looking Glass...*», cit. (analiza en detalle las normas sobre *copyright* en tanto implican una regulación política de los recursos informativos y culturales); y Ashley PACKARD: «*Copyright Term Extensions, the Public Domain and Intertextuality Intertwined*», en *Journal of Intellectual Property Law* 10,1 (2002), pp. 1 y ss. (toda obra original, sin excepción, surge de creaciones anteriores y enlaza con ellas). También Julie E. COHEN: «*Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain*», en L. GUIBAULT y P. B. HUGENHOLTZ (eds.): *The Future of the Public Domain*, Kluwer, 2006, pp. 121-66.

¹⁵² La definición es de Jessica LITMAN: «*The Public Domain*», cit., p. 968.

¹⁵³ James BOYLE «*The Second Enclosure Movement and the Construction...*», cit., pp. 62 y ss.: «*Discovering the E-Commons*», sobre las diferencias entre los enfoques de Lessig y de Benkler.

que no existen barreras que impidan el ejercicio de la libre expresión; y estas barreras se definen en términos de la voluntad o la decisión de terceras personas que limitan esta libertad. Por tanto, mientras las obras protegidas puedan ser utilizadas (reproducidas, distribuidas, comunicadas...), aunque sea mediante el pago de una contraprestación, no debe entenderse que existe una limitación del dominio público: acceso libre a las obras no se confunde, en esta interpretación, con acceso gratuito. Desde esta perspectiva, el dominio público abarcaría, además de la esfera de las obras protegidas por derechos de remuneración legalmente tasados (que son el correlato a la posibilidad de que todos usen esas obras sin autorización del titular), aquellas obras protegidas mediante una licencia abierta¹⁵⁴.

Así planteado el argumento, la crítica que se hace a la CTEA no es que, simplemente, encarezca los usos de las obras protegidas durante veinte años más; es que no garantiza que todos puedan acceder (incluso pagando) a esos usos, y por tanto ha extirpado esas obras por completo del dominio público, entendido como un ámbito de acceso posible (aun limitado) a las obras.

c) *La ampliación de plazos del copyright operada por la CTEA viola la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU.*

Una ampliación reiterada y significativa de la duración de estos derechos exclusivos, que implica correlativamente una reducción del dominio público y de la esfera de libre apropiación de ideas, ha de ser analizada con especial detalle (al menos con «*intermediate scrutiny*») desde la perspectiva de la libertad de expresión, de la libre comunicación y circulación de ideas y de la formación de la opinión pública. La extensión de los plazos recorta y limita la libertad de expresión de ideas¹⁵⁵.

Los argumentos del recurso dan por sentado que existe, o puede existir, una doble tensión en la aplicación de las normas sobre *copyright*: por un lado está la tensión interna, propia de esta rama del Derecho, entre los intereses particulares de los titulares de derechos y los intereses del público en general, como ya hemos visto anteriormente; pero por otro lado nos encontramos con un conflicto externo, que se proyecta sobre otro ámbito jurídico: el Derecho de la libertad de expresión, cuyas relaciones con los derechos exclusivos de *copyright* no son siempre fluidas. En el caso concreto de la CTEA, los demandantes sugieren que los medios empleados para promover (y prolongar en el tiempo) los intereses de los titulares de derechos de *copyright* no sólo entran en conflicto

¹⁵⁴ James BOYLE, op. cit., pp. 65 y ss., presenta claramente la distinción entre el *software* libre y el *software* de código abierto, y resalta que las licencias *copyleft*, Creative Commons, la licencia GPL, y otras herramientas jurídicas similares, se apoyan, no en la idea de dominio público, sino en la existencia de derechos de *copyright* a disposición del titular (y que el titular puede, por ello, flexibilizar o ceder).

¹⁵⁵ Apartado II del recurso, pp. 33-47: «la extensión en blanco, tanto retroactiva como prospectiva, de los plazos de *copyright* no es inmune al escrutinio de la Primera Enmienda».

con los intereses de los usuarios y del público, como acabamos de ver, sino que cuestionan aspectos importantes del derecho fundamental de libertad de expresión¹⁵⁶.

En concreto, Lessig y sus colegas plantearon en el recurso ante el Supremo que la CTEA, y todas las demás leyes sobre *copyright*, son en principio neutrales en cuanto a su contenido (*content-neutral*)¹⁵⁷, esto es, que no proscriben ciertas manifestaciones de la libertad de expresión por los contenidos expresados, sino por la forma, modo, tiempo o lugar en que éstos se expresan. Desde esta perspectiva, la CTEA no es inmune por completo a la Primera Enmienda¹⁵⁸, y debe ser sometida a un método de contraste específico para determinar su conformidad con las reglas constitucionales sobre libertad de expresión, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia. Y en particular, a un análisis o escrutinio de nivel medio (*intermediate*), no especialmente minucioso ni exhaustivo.

El patrón, el estándar de revisión adecuado era, según los demandantes, el utilizado en el caso *Turner*¹⁵⁹. Esto suponía que el Gobierno estaba obligado a demostrar que la CTEA promovía importantes intereses públicos al margen de la limitación de la libertad de expresión, y que no imponía a ésta más cargas o límites que los estrictamente imprescindibles para promover aquellos intereses. Según el recurso, la ampliación retroactiva de los plazos de *copyright* no promueve intereses suficientemente acreditados, y las razones aducidas en su favor durante la tramitación parlamentaria son poco significativas o, como vimos anteriormente, susceptibles de fuertes críticas. Por otro lado, la CTEA no está diseñada cuidadosamente para limitar al mínimo posible sus efectos negativos sobre la libertad de expresión, ya que éstos alcanzan a la práctica totalidad de las

¹⁵⁶ Sobre este tema, un trabajo fundamental, muy citado, es el de Jack M. BALKIN: «*Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*», en *New York University Law Review* 79,1 (abril de 2004), pp. 1-55. Ver también Michael BIRNHACK: «*Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*», cit., pp. 1.276-77 y pp. 1.280-83; Erwin CHERMERINSKY: «*Balancing Copyright Protections and Free Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional*», cit.; Yochai BENKLER: «*Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*», cit., pp. 201-210; y también, con amplitud, Neil W. NETANEL: «*Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses - and Portends*», en Jonathan GRIFFITHS y Uma SUTHERSANEN (eds.): *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, Londres, 2005.

¹⁵⁷ Esta es también la posición sostenida, con argumentos convincentes, por Neil NETANEL: «*Locating Copyright within the First Amendment Skein*», cit., pp. 54 y ss. En contra Eugene VOLOKH: «*Freedom of Speech and Intellectual Property: Some Thoughts after Eldred, 44 Liquormart, and Bartnicki*», en *Houston Law Review* 40 (2003), pp. 697-748. Este autor considera que las restricciones impuestas por el *copyright* a la libertad de expresión sí dependen del contenido que se expresa, y no de su forma. Coincide con Volokh el profesor Mark Lemley: M. A. LEMLEY y E. VOLOKH: «*Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*», en *Duke Law Journal* 48 (1998), pp. 147 y ss.

¹⁵⁸ Los demandantes citan la sentencia *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539 (1985): el TS analizó el caso de una revista que había publicado, sin autorización, fragmentos de la autobiografía del ex-presidente Gerald Ford, sujeta a *copyright*, para concluir que no existe una inmunidad general para la legislación sobre propiedad intelectual, sino que hay que estudiar caso a caso.

¹⁵⁹ *Turner Broadcasting Sys. v. F.C.C.* 520 U. S. 180 (1997).

obras protegidas desde los años 20, sean hoy comercialmente atractivas o no, mientras que las obras merecedoras de tutela son una ínfima porción de ellas¹⁶⁰.

V. LA SENTENCIA: ¿UNA OCASIÓN PERDIDA?

Como es conocido, el Tribunal Supremo de EE.UU. rechazó estos argumentos. Con fecha 15 de enero de 2003 declaró finalmente, por siete votos contra dos, la validez de la CTEA, desestimó el recurso y, con él, las pretensiones de los demandantes. Fue ponente de la sentencia la Jueza Ruth Bader Ginsburg¹⁶¹. La correlación de fuerzas mayoría/minoría en esta sentencia no se ajustó a la división entre magistrados conservadores y progresistas, ni se aproximó a la que los demandantes habían supuesto¹⁶². El contenido de la sentencia *Eldred v. Ashcroft* dejó insatisfechos a la mayoría de los especialistas: muchos deseaban un pronunciamiento de fondo sobre los aspectos constitucionales más relevantes del Derecho de *copyright*, ya que, en este sentido, se trataba de un pronunciamiento que carecía de precedentes¹⁶³. Incluso quienes han rechazado públicamente los argumentos de la demanda, y no simpatizan con las posiciones de Lessig y de sus colegas, han podido afirmar que el Supremo no ha ofrecido un razonamiento convincente¹⁶⁴.

¿Cuáles son los puntos más significativos de esta sentencia? Vamos a exponer sucintamente los argumentos del Tribunal Supremo, agrupados en cuatro apartados.

A) Para el Supremo, el Congreso de EE.UU. tiene el poder legítimo de ampliar la duración de los plazos de *copyright*, tanto pasados como futuros, por tiempo cierto, y es lo que ha venido haciendo hasta ahora. La historia revela

¹⁶⁰ En la documentación aportada con el recurso se indica que el número de obras afectadas supera las 400.000, que siguen sin ingresar en dominio público, mientras que sólo un 2-3 % de los libros y un 6-7 % de las películas están disponibles comercialmente: «*The Myth of the 1976 Copyright 'Chaos' Theory*».

¹⁶¹ La Jueza Ginsburg disponía de una asesora privilegiada para afrontar su tarea; su hija, Jane Ginsburg, es profesora en la Universidad de Columbia y una prestigiosa especialista en Derecho de la Propiedad Intelectual (sobre todo, en sus aspectos internacionales). Ver Jane C. GINSBURG: «*The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*», en *De Paul Law Review* 52 (2003), pp. 1.063 y ss.; o *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, con Sam RICKETSON, Oxford University Press, 2006 (dos vols.). La profesora Jane C. Ginsburg ha sido, asimismo, muy crítica con la DMCA: ver «*Copyright Legislation for the 'Digital Millennium'*» *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 23 (1999), pp. 137 y ss., y «*Copyright and Control over new Technologies of Dissemination*», en *Columbia Law Review* 101 (2001), pp. 1.613-47.

¹⁶² LESSIG ha explicado cómo, al diseñar la estrategia del proceso ante el Supremo, los abogados de los demandantes distinguieron entre una mayoría conservadora, proclive a limitar y restringir los poderes del Congreso, en vez de interpretarlos extensivamente, y una minoría menos compacta, más deferente con el Legislativo. Si bien Lessig creía contar con mayores opciones entre los miembros del bloque conservador, fueron finalmente dos jueces de la minoría (Breyer y Stevens) los que se pronunciaron a favor de los demandantes. Ver L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 259 y ss.

¹⁶³ Eugene VOLOKH: «*Freedom of Speech and Intellectual Property...*», cit., p. 698, señala cómo en los últimos cuarenta años apenas se habían registrado tres resoluciones del TS que versaran sobre la relación entre la Primera Enmienda y la Propiedad Intelectual, y *Eldred* sería la cuarta.

¹⁶⁴ Ver, por ejemplo, Paul M. SCHWARTZ y William M. TREATOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.359 y ss.

una práctica legislativa constante de ampliar los beneficios y duración del *copyright*, y de hacer partícipes de estos beneficios, tanto a los creadores de obras futuras, como a los titulares de derechos sobre las obras creadas anteriormente. Nada impide que un tiempo cierto (un plazo limitado) sea prorrogado o ampliado posteriormente por el Congreso, sin que ello equivalga a un periodo indefinido de protección de estos derechos¹⁶⁵.

Ampliaciones de la duración de los derechos de *copyright* han sido realizadas por el Congreso en diferentes ocasiones en el pasado. Como ocurre con las patentes, cuyos plazos de protección también han sido prolongados, no hay límite para esta facultad, y en ambos casos, como muestra la historia, la facultad ha sido ejercida frecuentemente por el Congreso¹⁶⁶. «Tiempo limitado» es (según los diccionarios) cualquier plazo de duración fijada y determinada, por amplio que pudiera ser; su opuesto no es «largo» o «prolongado», sino «indefinido» y «perpetuo», por lo que cualquier tiempo cierto cumple la exigencia constitucional¹⁶⁷.

El Supremo se apoya en precedentes jurisprudenciales sumamente remotos¹⁶⁸ para afirmar que lo exigible, desde la perspectiva constitucional, es que todos los titulares de derechos cuenten con el mismo plazo de protección, lo que implica dotar de fuerza retroactiva a las sucesivas ampliaciones: otra cosa supondría introducir una injustificable diferencia de trato entre los distintos autores¹⁶⁹.

Por otra parte, no resulta disparatado ampliar la duración del *copyright* actual en veinte años más, hasta los setenta años desde la muerte del autor, puesto que algo similar se ha hecho también en otros países (por ejemplo, en los miembros de la Unión Europea). La duración de los derechos de *copyright*, después de la aprobación de la CTEA, está en línea con los plazos existentes en la UE, lo que excluye que el Congreso se equivocara manifiestamente o que ejercitara arbitrariamente sus facultades. Es al Congreso a quien compete la definición, el contenido, y la duración temporal, del monopolio limitado que suponen los derechos exclusivos de *copyright*¹⁷⁰.

¹⁶⁵ *Eldred v. Ashcroft*, en sus Apartados I.A. y I.B. Citaré en lo sucesivo esta sentencia por su paginación tal como se recoge en eldred.cc/eldredvashcroft.html.

¹⁶⁶ Según la Jueza Ginsburg, citando a O. W. Holmes, «una página de historia es más valiosa que un volumen de lógica» para entender el alcance de los poderes del Congreso bajo la *copyright clause*: p. 9. Ver el Apartado II.A de esta sentencia, pp. 9-11, y notas 5-6. La tesis contraria es sostenida por el abogado Erik S. JAFFE: «*A Page of Logic: Eldred v. Ashcroft and the Logic of a Written Constitution*», en *Cato Supreme Court Review* 131 (2003), pp. 131-58, y, desde una posición completamente diferente, por Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft...*», cit., nota 33, recogiendo el voto particular del Juez Stevens: una práctica que resulta inconstitucional no se convierte en constitucional por ser consistentemente reiterada.

¹⁶⁷ *Eldred v. Ashcroft*, en Apartado II.A, p. 8: «no hay motivo para sospechar que el Congreso aprobara la CTEA con el propósito de incumplir la exigencia constitucional de plazos limitados»; y Apartado II.B.1, p. 18: «desde luego, un régimen de *copyright* perpetuo no es la situación actual» tras la CTEA.

¹⁶⁸ Especialmente en el precedente *McClurg v. Kingsland*, de 1843.

¹⁶⁹ Apartado II.A, p. 13. Sin embargo, partiendo de un plazo computado con la vida entera del autor más cincuenta años, como existía anteriormente en EE.UU., resulta difícil pensar que este autor queda, en algún sentido de la palabra, «desprotegido».

¹⁷⁰ Apartado II.A de la Sentencia, pp. 14-15, notas 10-12.

Un factor clave lo constituyen los antecedentes históricos: el Supremo indica que la CTEA no cruza ningún «punto límite» en el alcance de los plazos de protección, ni traspasa barreras que no hubieran traspasado ya las diferentes leyes que, desde 1790, han ampliado los plazos una y otra vez, y cuya constitucionalidad no fue cuestionada¹⁷¹.

La CTEA es un ejercicio racional del poder legislativo: al no tratarse de una ampliación manifiestamente absurda, sino apoyada (según muestra la documentación de los trabajos parlamentarios) en razones demográficas, económicas, de armonización del Derecho Internacional, y de adaptación a los cambios tecnológicos, no corresponde al Tribunal Supremo analizar si es oportuna, idónea, o adecuada. Si estas razones, esgrimidas por la mayoría del Congreso, son inadecuadas, lo serían a nivel político-legislativo, pero no constituyen una infracción constitucional¹⁷².

B) Tampoco corresponde al Supremo, a su juicio, fiscalizar si el Congreso se equivoca al considerar que esta ampliación del *copyright* «promueve el progreso de las artes y las ciencias». El Congreso puede valorar que una forma correcta de hacerlo es garantizando a los actuales titulares de derechos todas las ampliaciones de plazos que se aprueben en el futuro. Y esta decisión es libre y propia del Legislativo, no susceptible de un escrutinio minucioso por los Tribunales¹⁷³. En opinión de la mayoría, «no es papel de los jueces alterar el delicado equilibrio que el Congreso ha conseguido», ni sujetar a un examen crítico las opciones legítimas por las que se ha inclinado el legislativo. Para ellos, lo que los demandantes pretenden es una revisión de la bondad de la política de propiedad intelectual del Congreso, más que de su conformidad a Derecho¹⁷⁴.

El Supremo rechaza de plano el argumento de la «originalidad»: todas las obras que gozan ya de la protección conforme a las normas sobre *copyright* son igualmente originales a los efectos de la ley. Reconoce que los fines de la ley han de centrarse en torno al progreso de las ciencias y las artes, pero entiende que este objetivo puede alcanzarse de muy diversas formas y con diferentes técnicas normativas, y que la opción por una u otra de éstas corresponde al Congreso¹⁷⁵. Los legisladores pueden racionalmente interpretar que la extensión progresiva de los plazos de protección, aplicando éstos a obras anteriores, es una forma correcta de promover el progreso que la Constitución señala¹⁷⁶.

¹⁷¹ Apartado II.B.1 de la Sentencia, pp. 18-19.

¹⁷² Apartado II.A de la Sentencia, p. 16, notas 13-15.

¹⁷³ Chris SPRIGMAN: «*The Supreme Court's Copyright Extension decision: A Mickey Mouse Ruling*», accesible en la página web writ.news.findlaw.com/commentary/20030120_sprigman.html, considera que esta solución supone convertir al zorro en guardián del gallinero.

¹⁷⁴ Sentencia *Eldred v. Ashcroft*, en la p. 22, en nota 10, y en el Apartado IV. Este tema es objeto de un importante debate entre la opinión mayoritaria (Ginsburg) y el voto particular del Juez Breyer.

¹⁷⁵ Apartado II.B.2 de la Sentencia, pp. 22-23.

¹⁷⁶ Apartado II.B.2 de la Sentencia, pp. 24-25.

El Supremo opta, así, por una posición de deferencia hacia el Legislativo. Hablamos de deferencia para caracterizar una línea hermenéutica según la cual los jueces deben revisar las normas legales para declarar su inconstitucionalidad sólo cuando claramente violan preceptos precisos e inequívocos de la Constitución. Cuando ésta ofrece varias interpretaciones posibles, optar por una u otra de ellas corresponde a quien cuenta con legitimidad democrática para legislar, y no al Poder Judicial. El Supremo rechaza que exista una tensión interna en el Derecho de *copyright* mediante el expediente de otorgar al Congreso el poder de resolverla en todo caso.

C) Sobre el interés público, la sentencia apenas hace algunas consideraciones. Para la mayoría, la ampliación de los plazos del *copyright* puede ser globalmente beneficiosa, y esta valoración corresponde al Congreso. El punto de equilibrio entre los intereses particulares de los autores y el interés general de los consumidores debe fijarlo, en cada momento histórico, el Poder Legislativo. Por otro lado, la noción de «balanza», contrapartida, o *quid pro quo* (a cambio del derecho exclusivo, el autor deberá aportar algo al dominio público), es más típica de los derechos de patente, pero no de los derechos de *copyright*: en éstos el autor no busca una exclusividad en el aprovechamiento, sino que su primer objetivo es la divulgación, la publicidad de la obra creada¹⁷⁷. Finalmente, lo único que el *copyright* tutela en forma de derechos exclusivos es la forma de las obras, pero las ideas que subyacen a éstas entran plenamente en el dominio público¹⁷⁸.

El Derecho de Propiedad Intelectual es una esfera neutral, en la que se refleja un equilibrio entre diversos intereses contrapuestos. No hay por qué presumir que la competencia y el libre mercado no resolverán correctamente los problemas de distribución de las obras originales: las más valiosas tendrán siempre asegurado un público fiel. Los titulares de derechos de *copyright* tienen un interés objetivo en conservar sus obras y mantenerlas en el mercado a precios razonables¹⁷⁹.

Además, el Supremo parece asumir una filosofía utilitarista (y mercantilista) del *copyright*: el incentivo de obtener beneficios económicos de la explotación del *copyright* conduce al interés general a través de la proliferación del conocimiento; remunerar a los autores por su talento y promover el progreso de la cultura son la cara y la cruz de la misma moneda¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Apartado II.B.2 de la Sentencia, pp. 25-26.

¹⁷⁸ Apartado II.B.2 de la Sentencia, pp. 26-27.

¹⁷⁹ Apartado II.A, *in fine*, y Notas 14-15. Una crítica en Matthew RIMMER: «*The Dead Poets Society...*», cit., Part Three «*Intellectual Purgatory: The Copyright Term and Cultural Heritage*».

¹⁸⁰ Apartado II.B.2 de la Sentencia, p. 21, aquí nota 18. Sobre el interés del público en la expiración de patentes y *copyright*, ver Robert P. MERGES y Glenn H. REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit., pp. 62-63; las consecuencias negativas de la CTEA, por ejemplo para las bibliotecas, se exponen en Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», cit., pp. 26-28.

D) Tampoco es preciso realizar un especial análisis desde la perspectiva de la Primera Enmienda de la Constitución: para el Supremo, el *copyright* sólo protege la forma de expresión de la obra, y deja libres las ideas, a disposición del público. No existe conflicto entre la *copyright clause* y la Primera Enmienda puesto que se aprobaron a la vez, formando parte de un cuerpo jurídico unitario, por lo que son perfectamente compatibles¹⁸¹.

Un aspecto importante radica, para el Tribunal, en que la Primera Enmienda protege firmemente la libertad de expresar y hacer públicas las opiniones de uno mismo; pero el grado de protección es menor cuando se trata de difundir opiniones de terceros¹⁸². El derecho de *copyright* nada tiene que ver con las limitaciones que los poderes públicos pueden imponer sobre la libre expresión de opiniones por parte de los ciudadanos, que son las limitaciones que la Primera Enmienda prohíbe.

La regulación de los derechos de *copyright* sólo pretende evitar la explotación incontrolada, por terceros no autorizados, de obras originales de los autores, y cuenta con suficientes salvaguardas que impiden que opere como límite a la libertad de expresión. En primer lugar, la dicotomía forma/contenido garantiza la libertad de circulación de las ideas mientras se protege la forma específica en la que están expresadas; así todas las ideas, las teorías, y las exposiciones de hechos que se integran en una obra protegida pueden ser utilizados sin restricciones por cualquier otra persona, y están disponibles para el público. En segundo lugar, la doctrina del «*fair use*» garantiza que las obras protegidas podrán ser utilizadas sin autorización en contextos específicos (con fines educativos o docentes, para crítica o comentario, por ejemplo)¹⁸³.

Para el TS, las normas de la CTEA sobre *fair use* son suficiente garantía de la libertad de expresión. Las bibliotecas, archivos, e instituciones culturales de este tipo pueden reproducir obras protegidas, en sus últimos 20 años de protección, con fines de conservación y de docencia, siempre que la obra no sea objeto de explotación comercial. Además, los pequeños establecimientos pueden comunicar música de radio o TV sin abonar canon alguno, en los términos legales (y en el marco de la Decisión del Panel OMC de junio de 2000). De este modo, el monopolio que suponen los derechos exclusivos se hace perfectamente compatible con la libre expresión, al menos «mientras el Congreso no altere los contornos tradicionales de la protección por *copyright*»¹⁸⁴.

Esta es, probablemente, la formulación más oscura y discutida que incluye la sentencia. Algunos autores, como Birnhack o Netanel, consideran que deja

¹⁸¹ *Eldred v. Ashcroft*, en Apartado III, pp. 28-29.

¹⁸² Apartado III de la Sentencia, pp. 30-31.

¹⁸³ *Eldred v. Ashcroft*, loc. cit. Una crítica de estos dos argumentos en Matthew RIMMER: «*The Dead Poets Society...*», cit., Part Two «*Goodbye To All That: Constitutional Law and the First Amendment*».

¹⁸⁴ Apartado III de la Sentencia, p. 31. Esta referencia a la Decisión del Panel de la OMC la debo a otra atenta observación del revisor de *pe.i*.

abierta la puerta a posteriores revisiones de esta doctrina, pues la expresión entrecomillada supone un reconocimiento, al menos implícito, de que pueden darse conflictos entre el *copyright* y la Primera Enmienda¹⁸⁵. En todo caso, parece que el Supremo entiende que un sector del Derecho que incorpora su propio mecanismo de contrapesos y garantías, como sería el de la propiedad intelectual en su conjunto, queda por este motivo «inmunizado» frente a una revisión constitucional de fondo; y que las garantías existentes en la actualidad son suficientemente válidas, juicio éste que corresponde en primer lugar al Legislativo. Pero, si se invierte la argumentación, podría decirse que el Supremo deja abierta la posibilidad de revisar reformas futuras en la materia, en cuanto modifiquen este sistema de contrapesos y garantías, o rompan el equilibrio actualmente existente¹⁸⁶.

Michael Birnhack ha descrito el marco teórico en que la jurisprudencia de EE.UU. se ha movido hasta *Eldred*, marco que se reitera en esta resolución, y que entiende compuesto por tres fases o planos: en primer lugar, un panorama inicial de armonía, en el que los derechos de *copyright* son «el motor de la libertad de expresión», pues facilitan a los autores los medios para desarrollar sus actividad creativa; en segundo lugar, un problema o conflicto específico que surge con la aplicación de estas normas a un supuesto determinado; finalmente, la jurisprudencia encuentra el modo de dar respuesta al problema sin reconocer que las normas de *copyright*, en su formulación legal, pueden entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión. Para ello, el recurso a la dicotomía forma/contenido y a las excepciones reconocidas de *fair use* resulta especialmente oportuno¹⁸⁷.

De los dos Votos Particulares de la sentencia, el del Juez Stevens está formulado en términos más técnicos y cita abundantes precedentes judiciales, para sugerir que el Supremo fije una regla precisa contra la extensión de los plazos de *copyright* con efecto retroactivo; mientras que el Voto del Juez Breyer no se apoya tanto en el Derecho positivo, sino en consideraciones de política legislativa, de evaluación de la Ley, va directamente al fondo del problema, y su lectura resulta por ello más atractiva para el público en general¹⁸⁸.

Stevens critica la posición mayoritaria, que se apoya en una percepción errónea de los antecedentes históricos, que considera heterogéneos y poco concluyentes. Pero, sobre todo, critica el enfoque originalista que la inspira, y que sir-

¹⁸⁵ Michael BIRNHACK: «*Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*», cit.; y Neil W. NETANEL: «*Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses - and Portends*», cit. Ver en Alfred C. YEN, «*Eldred, the First Amendment, and Aggressive Copyright Claims*», *Houston Law Review* 40 (2003), pp. 673-695, nota 5, la cita de diversas obras sobre la tensión entre *copyright* y libertad de expresión.

¹⁸⁶ Alfred C. YEN, «*Eldred, the First Amendment, and Aggressive Copyright Claims*», cit., pp. 685 y ss.

¹⁸⁷ Michael BIRNHACK: «*Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*», cit., pp. 1.285-92.

¹⁸⁸ En general sobre los votos particulares pueden verse Matthew DEAN STRATTON: «*Will Lessig Succeed in Challenging the CTEA, Post-Eldred?*», cit., pp. 905-11; Arlen W. LANGVARDT y Kyle T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term Extension Act...*», cit., pp. 219-35; Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise...*», cit., pp. 21-23.

ve de fundamento a una formulación muy tímida y pasiva de la *judicial review*¹⁸⁹. Indica que las mismas consideraciones que impiden al Gobierno reducir los plazos de los derechos de patente, o de *copyright*, sin indemnizar a los titulares afectados (ello equivaldría a una expropiación sin compensación), impiden al Gobierno ampliar dichos plazos en detrimento del dominio público: la equidad impone que los plazos de *copyright*, y sus condiciones, no sean alterados retroactivamente, en perjuicio del público, a menos que éste reciba algo a cambio de esta modificación¹⁹⁰.

Para Stevens, por otra parte, el Congreso puede actuar bajo la cobertura de la *copyright clause*, que le apodera constitucionalmente para conceder derechos exclusivos, sola y exclusivamente para promover la creación de nuevas obras o para fortalecer el dominio público; la mera extensión de los plazos en favor de las obras ya existentes no persigue ni lo uno ni lo otro, y es por tanto ilegítima¹⁹¹.

La historia de las ampliaciones de plazos con efecto retroactivo, que se resalta en el voto mayoritario, es analizada con minuciosidad por Stevens y, para este juez, está repleta de acciones que resultaban «incuestionablemente inconstitucionales». Según Stevens, «el hecho de que el Congreso haya actuado repetidamente a partir de una interpretación errónea de la Constitución no restringe el deber (de los tribunales) de invalidar una práctica inconstitucional, cuando es por fin cuestionada en un caso idóneo...». El Tribunal Supremo tiene la responsabilidad de declarar la nulidad de una práctica inconstitucional, con independencia del tiempo durante el cual se haya mantenido¹⁹².

En cuanto al argumento de que la ampliación de los plazos de protección conducirá a los titulares de derechos de *copyright* a invertir en la conservación, restauración y digitalización de sus obras, Stevens apunta que para conseguir este objetivo no se precisa una ampliación indiscriminada de plazos, sino que puede alcanzarse con otras medidas (dirigidas a la reducida proporción de obras protegidas con valor comercial actual), y que el argumento falla por múltiples razones:

- nada tiene que ver la conservación de las obras existentes con la creación de otras nuevas...
- dichas tareas de conservación pueden abordarse desde ya sin recurrir a la cobertura que ofrece la CTEA...
- el argumento sería igualmente válido para las obras en dominio público¹⁹³.

¹⁸⁹ Paul M. SCHWARTZ y William M. TREATOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.354-55 y 2.357.

¹⁹⁰ Apartado I del Voto Particular de Stevens, pp. 3-5. Citaré igualmente ambos Votos Particulares por su paginación tal como se recoge en eldred.cc/eldredvashcroft.html.

¹⁹¹ Apartado I del Voto Particular de Stevens, pp. 5-6.

¹⁹² Apartado IV del Voto Particular de Stevens, pp. 17-19.

¹⁹³ Apartado V del Voto Particular de Stevens, pp. 19-20.

El Voto del Juez Breyer va más directamente al fondo de la cuestión, y su planteamiento funde las críticas generales contra la CTEA con una crítica específica acerca de su constitucionalidad. Le preocupa especialmente cómo esta ley articula y garantiza intereses particulares específicos, típicos de unos monopolistas privilegiados, y promovidos en el proceso político por los grupos de presión que en otro lugar de este trabajo se mencionaron. La ausencia de intereses públicos en juego es completa, por lo que la legitimidad de la CTEA resulta cuestionable¹⁹⁴.

Para Breyer, la Constitución parte de un principio básico: es la desaparición de los derechos de *copyright*, transcurrido un tiempo limitado y cierto, y no su prolongación, lo que favorece la circulación de ideas y el «progreso de las ciencias y las artes». Las normas sobre *copyright* deben interpretarse siempre teniendo en cuenta este principio¹⁹⁵.

La CTEA no tiene un contenido primariamente económico, es una norma que limita la expresión de ideas. Lo que puede ser racional y legítimo cuando se trata de normas reguladoras de la economía y de la competencia no lo es necesariamente cuando lo que se regula es la libertad de expresión. Particularmente en una nación con un mandato constitucional dirigido a la libre circulación de la información y de las ideas¹⁹⁶.

Breyer examina por un lado los perjuicios ocasionados por la CTEA, que considera reales y serios, y por otro sus presuntos beneficios, que descarta uno por uno.

Mientras que sólo un 2% de las obras protegidas con una antigüedad superior a 55 años en 1998 contaban aún con valor comercial, la extensión indiscriminada de los plazos a todas las obras, sin excepción, resultará en miles de millones de dólares de ingresos extra para los titulares de los derechos de *copyright* sobre ese 2% de obras, a costa de los consumidores norteamericanos. Además, estas ganancias irán a parar, precisamente, a empresas que ya han obtenido ingresos muy importantes gracias a dichas obras. Como resultado, unos precios excesiva y artificialmente elevados restringirán, de hecho, la distribución de obras entre el público¹⁹⁷.

Durante los próximos 20 años no entrará ninguna obra nueva en el dominio público. Cualquier persona que desee utilizar una de las obras afectadas por la

¹⁹⁴ La base del argumento de Breyer se expone en el Apartado II.A de su Voto Particular, pp. 4-6. Ver asimismo Paul M. SCHWARTZ y William M. TREANOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.356 y 2.358. Es de destacar que este Juez había publicado, ya en 1970, un trabajo criticando la excesiva amplitud con que se protegían entonces los derechos de *copyright* en EE.UU.: Stephen BREYER, «*The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*», en *Harvard Law Review* 84 (1970), pp. 281 y ss.

¹⁹⁵ Apartado II.A del Voto Particular de Breyer, p. 4.

¹⁹⁶ Apartado I del Voto Particular de Breyer, p. 3.

¹⁹⁷ Apartado II.B del Voto Particular de Breyer, pp. 6-8.

ampliación de plazos tendrá que localizar al titular de los derechos sobre ella para conseguir su autorización. Esta exigencia puede inhibir o disuadir a los interesados, y conducirá a que obras «de referencia», significativas desde el punto de vista cultural (pero de escaso valor comercial), ya no vuelvan a entrar nunca más en los circuitos de distribución. Y este problema lo sufrirán también los profesores, estudiantes, escritores, artistas, compiladores de datos, e investigadores de todas clases: Breyer advierte que para ellos la CTEA incrementa dramáticamente los costes de acceso a la documentación, a cambio de otorgar a los titulares de derechos un beneficio económico a largo plazo. Los costes introducidos por la ley superan a sus beneficios¹⁹⁸. En este sentido, la excepción que introduce la CTEA a favor de archivos y bibliotecas es tan limitada e insignificante que no resuelve el problema señalado¹⁹⁹.

Los hipotéticos beneficios de la CTEA son rechazados con estos argumentos:

- los posibles incentivos para el autor de obras futuras, derivados de la ampliación de plazos, son insignificantes: la legislación anterior a la CTEA ya generaba para las nuevas creaciones, en términos económico-financieros, una protección superior al 99% del valor de una protección perpetua, por lo que ampliarlos no resulta eficaz en términos económicos. Pero es que, por otro lado, y esto es lo más grave, la CTEA no introduce incentivo alguno en relación con las obras creadas con anterioridad²⁰⁰.
- el argumento de la uniformidad con el Derecho Comunitario Europeo es muy débil, cuando no inexacto; la CTEA no se aproxima de modo efectivo a las directivas europeas en materia de obras hechas por encargo (las más importantes comercialmente: musicales, audiovisuales...), ni con respecto a las obras anteriores a enero de 1978. Esto supone, sin duda, que la dimensión práctica de la CTEA, en cuanto a la homologación que pretende, sea mínima. Y ello sin tener en cuenta que muy pocos autores deciden el lugar de publicación de sus obras con base en este tipo de reflexiones²⁰¹.
- el argumento de que la CTEA favorece la posición competitiva de las empresas norteamericanas no es relevante aquí; la *copyright clause* no toma

¹⁹⁸ Apartado II.B del Voto Particular de Breyer, pp. 8-11. Matthew DEAN STRATTON: «*Will Lessig Succeed in Challenging the CTEA, Post-Eldred?*», cit., pp. 921 y ss., rechaza por el contrario que los editores de obras en dominio público tuvieran intereses jurídicamente tutelables antes de la ampliación, y que puedan articular después de ésta una reclamación legal con fundamento. Para él, ni la CTEA tiene efectos expropiatorios sobre las obras que iban a entrar en dominio público, ni podría exigirse una indemnización por los daños y perjuicios generados por esta ley.

¹⁹⁹ Apartado II.B del Voto Particular de Breyer, pp. 11-12.

²⁰⁰ Apartado II.C del Voto Particular de Breyer, pp. 13-16. El documento aportado por un grupo de prestigiosos economistas junto con el recurso, «*The Copyright Term Extension Act of 1998: An Economic Analysis*», concluye tajantemente que la CTEA no genera ningún incentivo para la creación de nuevas obras, sino que impone cargas y costes adicionales que pueden ser objeto de cuantificación, incrementando el coste social del monopolio limitado que suponen los derechos exclusivos de *copyright*.

²⁰¹ Apartado II.C del Voto Particular de Breyer, pp. 16-19.

este aspecto en consideración, ni se dirige a la generación de mayores beneficios para las compañías titulares de derechos²⁰².

- el argumento de la prolongación de la esperanza de vida tampoco es válido, porque ya fue tenido en cuenta en la discusión y aprobación de la *Copyright Act* de 1976, y los plazos entonces fijados (vida del autor más 50 años) garantizan suficientemente los objetivos que se dice perseguir²⁰³.

Conclusión: muchos especialistas coinciden en que la sentencia *Eldred* dice muy poco, y silencia demasiado, de lo mucho que estaba en juego en este caso, que resulta insatisfactoria por timorata y poco ambiciosa (y por unidimensional), y que se ha perdido una buena ocasión para revisar las relaciones entre los derechos de *copyright*, el dominio público, y la libertad de expresión. Se trataría de una oportunidad perdida²⁰⁴. También los medios de comunicación mostraron un cierto desaliento: un editorial de *The New York Times* hablaba del «principio del fin del dominio público» y del «nacimiento del *copyright* a perpetuidad»²⁰⁵.

VI. CONSECUENCIAS

1. UN DEBATE ABIERTO

Una de las consecuencias más conocidas del proceso *Eldred* fue el lanzamiento de la plataforma Creative Commons (CC), en el que tomaron parte destacada tanto Lawrence Lessig (su presidente) como Eric Eldred. CC es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, que ha alcanzado notoriedad especialmente por diseñar y ofrecer, a partir de 2002, una serie de licencias, inspiradas en la licencia GPL de la Free Software Foundation, que operan como alternativa al *copyright* privativo (frente al clásico «todos los derechos reservados», CC propone el lema «algunos derechos reservados», facilitando el acceso del público a las obras con mínimas restricciones)²⁰⁶.

Otra consecuencia ha sido la propuesta de Lessig de volver a algo parecido al antiguo sistema norteamericano de licencias prorrogables, a través de un registro público, lo que facilitaría que las obras cuyo *copyright* no fuera renova-

²⁰² Apartado II.C del Voto Particular de Breyer, pp. 21-22.

²⁰³ Apartado II.C del Voto Particular de Breyer, pp. 22-23.

²⁰⁴ Una crítica en estos términos a la sentencia *Eldred* puede encontrarse en Pamela SAMUELSON: «*The Constitutional Law of Intellectual Property Afier Eldred v. Ashcroft*», cit.; Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause...*», cit., p. 98; Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», cit., p. 18; L. Ray PATTERSON: «*Eldred v. Reno: An Example of the Law of Unintended Consequences*», cit., p. 2; Neil W. NETANEL: «*Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses...*», cit., entre otros.

²⁰⁵ Cito por Lawrence LESSIG: *Cultura libre*, cit., p. 272. En «*The Mouse That Ate the Public Domain: Disney, the Copyright Term Extension Act and Eldred v. Ashcroft*», cit., Chris SPRIGMAN, uno de los colaboradores de Lessig, llega a hablar de «completa privatización de la cultura».

²⁰⁶ Sobre Creative Commons, ver la amplia información alojada en su sitio web *creativecommons.org*.

do cayeran en dominio público. Cincuenta años después de la divulgación o publicación de una obra, el titular de sus derechos de *copyright* tendría la obligación de registrarla formalmente abonando una pequeña tasa; si la registrase podría disfrutar de los derechos exclusivos en toda su extensión, pero si no lo hiciera la obra pasaría al dominio público²⁰⁷.

La propuesta de Lessig incluía un detallado proyecto de reforma del *Copyright Register*; la oficina pública que gestiona y da publicidad a los derechos de autor en EE.UU. Llegó a elaborarse un borrador preliminar para una ley, que la congresista por California Zoe Lofgren asumió para su presentación en la Cámara. Pero la oposición de la industria musical y audiovisual paralizó el proyecto²⁰⁸.

Otra propuesta es la de Jed Rubinfeld, que defiende que cualquier persona ha de ser libre de imaginar y de comunicar lo que imagina, con independencia de si se apoya o no en obras protegidas por el *copyright*. A partir de aquí, sugiere «liberar» las obras protegidas para su transformación en obras creativas derivadas, partiendo de un principio de buena fe recíproca, y con la única condición de que los titulares de ambas obras compartan equitativamente los beneficios obtenidos por la obra derivada²⁰⁹.

Otras propuestas giran en torno a un cambio de paradigma: la transformación o conversión de los derechos exclusivos en derechos de remuneración. Netanel ha sugerido dos vías alternativas: por un lado, la imposición de un canon o remuneración previamente estipulados por la ley, que operaría de forma similar a una licencia obligatoria, y que sería especialmente fácil de implantar en internet y en las tecnologías digitales; por otro, una aproximación jurisprudencial, casuística, que en los supuestos de conflicto otorgue a los usuarios la posibilidad de utilizar las obras protegidas, a cambio de abonar una indemnización razonable y no disuasoria, en vez de excluir por completo su acceso a estos usos²¹⁰.

Una interpretación más avanzada de los supuestos de *fair use*, que generalice su aplicación y no los trate sólo como excepciones a los derechos exclusivos, ha sido sugerida también por Patry y Posner. Para ellos, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de los países de la UE, estos supuestos no están codificados sino que operan de forma casuística, y pueden aparecer prácticamente en cualquier situación imaginable. Cuando el usuario actúa de buena fe los tribunales deben reconocerle a menudo la posibilidad de acogerse al *fair use*. Esta

²⁰⁷ Lawrence LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 275 y ss. Ver también Matthew RIMMER: «*The dead poets society: The copyright term and the public domain*», cit., aquí notas 117-118.

²⁰⁸ Lawrence LESSIG: *Cultura libre*, cit., p. 281. El proyecto se presentó en la Cámara de Representantes en junio de 2003, como H. R. 2601, sección 3, de reforma de la sección 306 de la *Copyright Act*.

²⁰⁹ Jed RUBENFELD: «*The Freedom of the Imagination: Copyright's Constitutionality*», en *Yale Law Journal* 112,1 (octubre de 2002), pp. 1-60.

²¹⁰ Neil W. NETANEL: «*Copyright and 'market power' in the marketplace of ideas*», en Howard SHELLANSKI y François LEVEQUE (eds.): *Antitrust, Patents and Copyright*, Edward Elgar, 2005, pp. 149-79, aquí pp. 169 y ss.

propuesta cuenta, según estos autores, con sólidas ventajas tanto jurídicas como económicas. Como segunda opción, admiten que la propuesta de Lessig de cobrar una mínima tasa por la renovación de los derechos cumpliría también los objetivos perseguidos²¹¹.

No falta tampoco quien ha recordado la vieja idea de James Madison de interpretar el poder constitucional del Congreso en un doble sentido: no sólo como la facultad de conceder derechos exclusivos de explotación sobre las creaciones originales, sino asimismo como facultad de cancelar estos derechos (expropiarlos) pagando un importe tasado al titular, y haciendo así que esas obras se transfieran al dominio público²¹². Por último, cabe citar la radical alternativa presentada por *The Economist* unos días después de conocida la sentencia *Eldred*, y que consistía en acortar los plazos de protección de los derechos de autor a catorce años, como en el Estatuto de Ana y la primera ley norteamericana de 1790²¹³.

Todas estas propuestas parecen orientarse hacia el fortalecimiento del dominio público, entendido como un ámbito en el cual la libertad de expresión no está sometida ni condicionada por los derechos de exclusiva característicos del *copyright*²¹⁴. Sin embargo, el caso *Eldred v. Ashcroft* ha tenido otros efectos importantes en el panorama de los derechos de *copyright* en los EE.UU. El interés suscitado por el proceso, en las diferentes fases de su desarrollo, ha servido de acicate a los estudiosos para poner sobre la mesa diferentes cuestiones que tienen que ver con la dimensión y el contenido actuales de los derechos de propiedad intelectual. Por un lado, en su relación con el uso de nuevas tecnologías, que ha modificado de raíz la forma en que los derechos pueden ser ejercitados; por otro, en su relación, a veces áspera y conflictiva, con derechos fundamentales como la libertad de expresión o el acceso a la educación y a la cultura.

²¹¹ William F. PATRY y Richard A. POSNER: «*Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred*», en *California Law Review* 92 (diciembre de 2004), pp. 1.639-1.661.

²¹² Paul M. SCHWARTZ y William M. TREANOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., p. 2.386.

²¹³ Cito por Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain...*», cit., p. 28.

²¹⁴ Nuevos argumentos en defensa de un dominio público ampliado y reforzado, con apoyo en la Constitución de 1787 y en el propósito original de la *copyright clause*, pueden encontrarse en un reciente trabajo de Malla POLLACK: «*The Democratic Public Domain: Reconnecting the Modern First Amendment and the Original Progress Clause (a.k.a. Copyright and Patent Clause)*», en *Jurimetrics. The Journal of Law, Science, and Technology* 45 (2004), pp. 23 y ss.

²¹⁵ Ver notas 10 y 11 de este trabajo; y también Erwin CHERMERINSKY: «*Balancing Copyright Protections and Free Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional*», Richard EPSTEIN: «*The Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act*», y Dennis KARJALA: «*Judicial Review of Copyright Term Extension Legislation*», todos en *Loyola L. A. Law Review* 36 (2002); Lawrence LESSIG: «*Copyright's First Amendment*», cit.; Paul HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit.; William PATRY: «*The Enumerated Powers Doctrine and Intellectual Property: An Imminent Constitutional Collision*», en *George Washington Law Review* 67 (1999), pp. 359 y ss.; Robert MERGES y Glenn REYNOLDS: «*The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*», cit.; Edward WALTERSCHEID: «*The Preambular Argument: the Dubious Premise of Eldred v. Ashcroft*», en *IDEA The Journal of Law and Technology* 44,3 (2004), pp. 331 y ss., entre otros muchos autores.

Desde su promulgación una amplia mayoría de los profesores y especialistas norteamericanos en derechos de autor se habían mostrado convencidos de que la CTEA era inconstitucional, y fueron unánimes al criticar la desmesurada y continua ampliación de los plazos de *copyright*. Sin embargo, el rechazo de la sentencia del Tribunal Supremo en *Eldred*, también mayoritario, ha dividido más a la doctrina y ha abierto un abanico más heterogéneo de opiniones²¹⁵. Schwartz y Treanor, por ejemplo, que son muy críticos con la corriente doctrinal mayoritaria y con los argumentos de los demandantes en *Eldred*, señalan también que la decisión del Supremo no ha dado por finalizado este debate, y que muchas de las cuestiones planteadas continúan sin resolver²¹⁶. Estos autores apuntan hacia cinco discusiones abiertas:

- Los fundamentos dogmáticos de la sentencia no son consistentes, ni la resolución se apoya en premisas sólidas, ni la lectura que se hace de la historia constitucional parece la mejor interpretación disponible²¹⁷; por ello, ningún trabajo académico relevante ha sostenido las tesis de la Sentencia con idéntica argumentación que el Supremo. Como mínimo, el Tribunal debería haber sido más explícito sobre el alcance de las facultades del Congreso, y sus límites, en coherencia con otros pronunciamientos anteriores²¹⁸.
- El Supremo no da una contestación suficientemente argumentada a las tesis básicas del recurso; es más, a veces acepta alguna de sus tesis y otras las evita sin contestar, dando rodeos. El Tribunal debería haber desarrollado con más rigor sus argumentos principales, y explicar por qué motivos la CTEA resulta conforme a la Constitución y al lenguaje de la *copyright clause*²¹⁹.
- La resolución será muy inestable como precedente jurisprudencial, y difícilmente servirá para fundamentar futuras decisiones; una razón de peso es que cinco de los siete magistrados que la apoyaron no comparten, en otras materias, un planteamiento de deferencia hacia el legislador, sino que han sido muy escrupulosos al analizar (y limitar) las competencias del Congreso.
- La agenda de litigios relacionados con *Eldred* sigue en marcha. El mismo equipo de demandantes, como veremos, tiene planteadas otras reclamaciones con argumentos similares en diversas jurisdicciones. La DMCA también ha suscitado importantes controversias en torno a su constitucionalidad²²⁰. Por otra parte, existen desde los años 90 propuestas legislativas para otor-

²¹⁶ Paul M. SCHWARTZ y William M. TREANOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.359-63.

²¹⁷ Erik S. JAFFE: «*A Page of Logic: Eldred v. Ashcroft and the Logic of a Written Constitution*», cit.

²¹⁸ Chris SPRIGMAN: «*The Mouse That Ate the Public Domain: Disney, the Copyright Term Extension Act and Eldred v. Ashcroft*», cit., p.2; Arlen W. LANGVARDT y Kyle T. LANGVARDT: «*Unwise or Unconstitutional?: The Copyright Term Extension Act...*», cit., pp. 236-42.

²¹⁹ Nadine FARID: «*Not in my Library: Eldred v. Ashcroft and the Demise of the Public Domain*», cit., p. 25; Arlen W. LANGVARDT y Kyle T. LANGVARDT, op. cit., pp. 242-48.

²²⁰ Yochai BENKLER: «*Through the Looking Glass...*», cit., pp. 210-19; Pamela SAMUELSON: «*The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*», cit., notas 99 y ss.

gar una protección *sui generis* a las bases de datos²²¹, propuestas que han recibido un generalizado rechazo doctrinal, por lo que es previsible que este tema siga dando que hablar en el futuro próximo²²².

- Por último, el criterio mantenido por el Supremo en *Eldred* no es coherente con su jurisprudencia anterior sobre conceptos como «autoría» y «obra original» (por ejemplo, en *Feist*), por lo que los contornos constitucionales del Derecho de *copyright* quedan escasamente perfilados.

En efecto, el propio Tribunal Supremo había abierto la caja de los truenos al formular su postura en el caso *Feist v. Rural Telephone*, de 1991, antes citado. En aquel proceso, el Supremo consideró que los contenidos de una guía telefónica no eran susceptibles de protección mediante la *Copyright Act*. Lo curioso es que el Supremo, para reforzar su postura, acudió a consideraciones de Derecho Constitucional, y a analizar el concepto y fundamento últimos del *copyright*, lo que permitió reavivar el debate académico sobre la materia. No es de extrañar esto, pues la noción de «originalidad» es una de las más delicadas y espinosas del Derecho de Propiedad Intelectual. Muchos especialistas percibieron que la decisión en el caso *Feist*, y el modo de fundamentarla, iban a tener importantes repercusiones en el futuro.

Al enfrentarse a la demanda en el caso *Eldred*, el Supremo se vio obligado a recurrir a su jurisprudencia anterior a *Feist*, y a dejar de lado este precedente, como si en ambos casos se hubieran abordado cuestiones totalmente independientes: en *Feist* la originalidad de la obra, y en el caso *Eldred* la duración de los derechos. En lo que ahora nos interesa, el Supremo omitió un pronunciamiento sustantivo sobre el concepto o fundamento de los derechos de autor (¿por qué se protegen?, ¿para qué?...), centrándose simplemente en reconocer la competencia del Legislativo para ampliar los plazos de duración del *copyright*, tanto para obras nuevas como para las anteriores, con el argumento principal de que esto ya se venía haciendo así por el Congreso, en muchas otras ocasiones, sin mayor problema.

El punto central del debate es si el Legislativo tiene algún límite constitucional para legislar en materia de derechos de autor, o goza de absoluta libertad al hacerlo. El Tribunal Supremo, al adherirse a la postura del Congreso (y del sector de las industrias culturales), se inclina por la segunda posibilidad, otorgando al Legislativo una amplia deferencia en el ejercicio de sus poderes. Y

²²¹ Como la regulada en la Unión Europea mediante la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Esta Directiva se incorporó al Derecho español mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo, y el régimen regulador de esta materia puede encontrarse en el art. 12 LPI (derecho de autor sobre bases de datos), los arts. 34 y 40ter LPI, y en los arts. 133 y ss. LPI (derecho *sui generis*).

²²² Paul SCHWARTZ y William TREANOR: «*Eldred and Lochner: Copyright Term Extension...*», cit., pp. 2.361-62, indican que la literatura académica sobre el *copyright* y la protección de las bases de datos es «enorme»: notas 197-98. En la misma línea, Pamela SAMUELSON: «*The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*», cit., reseñando esta literatura en notas 80-98.

esto supone efectuar una reinterpretación bastante forzada de la *copyright clause*, así como dejar de lado la jurisprudencia sentada en casos como *Lopez* y *Morrison*, que se orientaban en sentido contrario²²³.

Otra crítica que se ha avanzado a la sentencia *Eldred* es que, para dar respuesta al recurso, recurre en exceso a una argumentación originalista (o tradicionalista)²²⁴, centrada en la intención de los *framers* y en el contexto histórico de la Constitución. Pero los patrones de pensamiento jurídico y político que resultaban válidos a finales del siglo XVIII no son en absoluto válidos en el siglo XXI, y menos con las transformaciones que las nuevas tecnologías están introduciendo a diario en el régimen de protección de la propiedad intelectual²²⁵.

Esta postura ha sido desarrollada por McJohn. Para este autor, el enfoque originalista podría tener cabida en otras áreas del ordenamiento, pero nunca en el desarrollo normativo de la Primera Enmienda. Lo que caracteriza a la libertad de expresión es, precisamente, esa gran flexibilidad, esa conexión con los cambios sociales que hace que, en cada momento histórico, las amenazas a este derecho puedan ser muy diferentes y provenir de agentes distintos (y desde luego, no sólo del gobierno). Por ello, la interpretación de este derecho fundamental, de su contenido esencial y su alcance, debe adaptarse a las circunstancias de cada época. Desde una posición opuesta, el Juez Antonin Scalia (miembro del Supremo) ha argumentado precisamente lo contrario, por ejemplo en su voto particular discrepante en el caso *Rutan*²²⁶: cualquier práctica no expresamente prohibida por el texto de la Constitución, y que fuera conocida y tolerada por los constituyentes en 1787, debe ser reputada plenamente constitucional; y a la inversa, aquellas facetas de la libertad de expresión que eran desconocidas para los *framers* no pueden pretender protección constitucional²²⁷.

Si bien la mayoría del tribunal no había llegado a tanto en otros casos, es cierto que *Eldred* parece tomar un rumbo originalista de consecuencias imprevisibles. En esta sentencia el Supremo evita recurrir al razonamiento jurídico abstracto, y se apoya fuertemente en la tradición histórica: su principal argumento

²²³ L. LESSIG: *Cultura libre*, cit., pp. 267-68, considera que la única forma en que el TS podía reconciliar estos pronunciamientos contradictorios era, simplemente, no haciendo mención de los casos anteriores, ignorando esa jurisprudencia por completo (como finalmente hizo en *Eldred*). Ver también Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause...*», cit., pp. 111 y ss., y Dotan OLIAR: «*Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation...*», cit. Patrick H. HAGGERTY: «*The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*», cit., p. 691, nota 299, cita otros ejemplos en los que el Congreso ha hecho una interpretación extensiva de sus facultades en materia de propiedad intelectual.

²²⁴ DORADO PORRAS: *El debate sobre el control de constitucionalidad...*, cit., pp. 40 y ss.: la tesis originalista defiende que es posible extraer un significado unívoco de la Constitución, a partir de la voluntad de los constituyentes («*original intent*»), siendo éste el único método admisible de interpretación constitucional. El originalismo es defendido, entre otros, por el Presidente del Tribunal Supremo William Rehnquist.

²²⁵ Neil W. NETANEL: «*Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses - and Portends*», cit.

²²⁶ *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990). Las posiciones del juez SCALIA pueden conocerse en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.

²²⁷ Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause...*», cit., pp. 103-107.

es que la ampliación de los plazos de *copyright* ha sido una realidad constante a lo largo del tiempo. Pero, como se desprende del voto particular del Juez Stevens en este caso, las interpretaciones históricas pueden ser divergentes y fundamentar conclusiones opuestas.

En concreto, en el caso de la CTEA los argumentos históricos «originalistas» a favor de la extensión de los plazos de protección son especialmente débiles. La intención de los constituyentes era otorgar protección al *copyright* por plazos muy limitados (catorce años), y sin duda rechazarían de plano el alcance temporal que ahora tienen estos derechos, por funcionar en la práctica como un plazo indefinido o perpetuo. Asimismo, su voluntad era circunscribir la protección a los «autores», por lo que extender la protección a los herederos, en la segunda generación, y a las empresas titulares de derechos iba más allá de sus propósitos iniciales. Hablar en este contexto de mantener los «contornos tradicionales del *copyright*», cuando este sector del Derecho ha evolucionado y se ha transformado profundamente en las últimas décadas (y no digamos desde 1787), suena bastante paradójico²²⁸.

2. LOS HEREDEROS DE *ELDRED*

La sentencia *Eldred* está teniendo implicaciones relevantes en la resolución de otros casos²²⁹. Como antes dijimos, la agenda de litigios relacionados con este proceso sigue en marcha, y se encuentran planteadas otras reclamaciones, presentadas por el mismo equipo de juristas, con argumentos relacionados con los de la demanda y el recurso en *Eldred*. Así se ha podido ver, por ejemplo, en el desarrollo de los casos *Golan v. Ashcroft* (luego *Golan v. Gonzales*, ya que éste reemplazó a Ashcroft como *Attorney General* en el transcurso del proceso), *Kahle v. Ashcroft*, y *Luck's Music Library v. Ashcroft*, que plantean cuestiones de gran calado sobre las relaciones entre el *copyright*, el derecho de libre expresión, y el dominio público.

La doctrina jurisprudencial sentada en *Eldred* afirma que las leyes sobre *copyright* son inmunes a un escrutinio estricto desde la perspectiva de la Primera Enmienda «mientras no alteren los contornos tradicionales de tutela del *copyright*». Por lo tanto, queda abierta la discusión sobre qué ha de entenderse por «contornos tradicionales» del *copyright*. Lessig y sus colaboradores siguen planteando esta cuestión: en los tres casos citados en el párrafo anterior, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En ellos el Gobierno ha defendido que no se alteran los contornos tradicionales del *copyright* mientras se respete la dicotomía idea/expresión y las excepciones apoyadas en el *fair use*: sólo si se infringen o suprimen estas salvaguardias se alteran dichos contornos

²²⁸ Stephen M. MCJOHN: «*Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause...*», cit., pp. 117 y ss.

²²⁹ Ver, por ejemplo, Jack BALKIN: «*Is the Digital Millennium Copyright Act Unconstitutional Under Eldred v. Ashcroft?*» (18 enero 2003), en balkin.blogspot.com/2003_01_12_balkin_archive.html#87596430; y Orin KERR: «*Eldred and Limited Powers*» (17 enero 2003), accesible en volokh.blogspot.com/2003_01_12_volokh_archive.html. Cito por Stephen M. MCJOHN, op. cit., p. 99, nota 19.

tradicionales. Los demandantes defienden que la interpretación ha de ser mucho más flexible, y que cualquier alteración sustancial en el marco legal del *copyright*, que afecte directamente a los intereses tutelados por la Primera Enmienda, debe dar entrada a una revisión o escrutinio reforzados, para comprobar si se imponen restricciones no justificadas a la libertad de expresión.

En el proceso iniciado en 2001 como *Golan v. Ashcroft*, Lessig y otros juristas que habían trabajado conjuntamente en el caso *Eldred*²³⁰ volvieron a presentar similares alegatos en relación con otra ley federal, la Ley que incorporaba al Derecho estadounidense los compromisos derivados de los acuerdos de la OMC e incorporados al ADPIC (se trata de la *Uruguay Round Agreements Act*, o URAA, que entró en vigor el 1 de enero de 1995). El Título V de la URAA introdujo diferentes modificaciones en la *Copyright Act*, incluyendo un art. 104A totalmente nuevo.

Cuando los EE.UU. se incorporaron al sistema del Convenio de Berna, con efectos de marzo de 1989, no se otorgó plena validez al art. 18 del Convenio. Por el contrario, los legisladores de EE.UU. extendieron la protección ofrecida por el Convenio sólo a las obras publicadas después de marzo de 1989, y descartaron dar retroactividad a dicha tutela. Así, las obras extranjeras que no gozaban anteriormente de protección (por ejemplo, por no haber cumplido las formalidades exigidas en EE.UU.: registro, aviso público de *copyright*, renovación de éste...) continuaron en dominio público. Ante las críticas recibidas del resto de firmantes de Berna, EE.UU. se vio obligado a variar su posición. Puede afirmarse que la URAA «restauró» o recuperó la tutela por *copyright* para esas obras, ampliando a la vez su plazo de protección para equipararlas a las demás²³¹.

En este sentido, la cuestión constitucional era aún más fuerte y decisiva que la planteada por los demandantes en *Eldred*, ya que no parecían existir precedentes legislativos en este sentido. No se trataba de ampliar el plazo de protección de obras que estaban protegidas anteriormente, sino de hacerlo para obras que ya habían pasado al dominio público, y que a partir de ahora dejaban de estar en él. Las personas demandantes se venían dedicando a la distribución de dichas obras, y ahora no podrían hacerlo libremente.

Lessig repitió de nuevo los argumentos de su demanda en el caso *Eldred* e incorporó los problemas específicos que planteaba la «restauración» del *copyright*. El hecho de conocer previamente el fallo del Tribunal Supremo en *Eldred*, desestimando los argumentos de los demandantes, fue determinante para que el Tribunal de Distrito de Colorado, en sentencia de 15 de marzo de 2004²³², re-

²³⁰ A los que se incorporó Jennifer Granick, actualmente Directora para Derechos Civiles de la Electronic Frontier Foundation.

²³¹ Entre las obras que adquirieron protección se encuentran, por ejemplo, las ilustraciones de M. C. Escher; ver Paul J. HEALD y Suzanna SHERRY: «*Implied Limits on the Legislative Power...*», cit., pp. 1.179-81.

²³² *Golan v. Ashcroft*, 310 F. Supp. 2d 1.215 (D. Colorado 2004). Ver Matthew DEAN STRATTON: «*Will Lessig Succeed in Challenging the CTEA, Post-Eldred?*», cit., pp. 911 y ss.

chazara a su vez buena parte de sus pretensiones contra la URAA (las relativas a la extensión de los plazos de protección), entendiendo que el Supremo ya las había resuelto. El Tribunal de Distrito, no obstante, permitió que la demanda siguiera su curso únicamente en relación con uno de los puntos en litigio: si la Constitución de los EE.UU. prohibía que el Congreso restaurara el *copyright* en obras que ya habían pasado, en su momento, al dominio público (§ 514 de la URAA).

El Tribunal de Distrito de Colorado (Denver), en sentencia de 20 de abril de 2005²³³, desestimó la demanda en *Golan v. Gonzales*, recurriendo a una retorcida argumentación histórica, en la que se trae a colación, como precedente, hasta al clásico inglés William Blackstone (1723-80), autor de los «*Commentaries on the Laws of England*», y al *Common Law* previo a la Constitución de EE.UU., a fin de determinar si en aquel tiempo pasaron a protegerse por el *copyright* obras en dominio público.

Recurrida esta sentencia, el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito ha fallado recientemente (el 4 de septiembre de 2007) en favor de los demandantes, al menos en parte²³⁴. Confirma que la ampliación de los plazos ha quedado ya convalidada por la decisión del Supremo en *Eldred*, y que el § 514 URAA no excede de la autoridad y competencia constitucionales del Congreso. Sin embargo, entiende que esta norma sí ha alterado los contornos tradicionales del *copyright* en una forma tal que afecta al derecho de los demandantes a la libertad de expresión, por lo que debe analizarse su compatibilidad con la Primera Enmienda. Con esta finalidad se devuelve el caso al Tribunal de Distrito de Colorado²³⁵.

Un argumento que emplea el Tribunal de Apelación es que uno de los principios o «contornos tradicionales» del *copyright* exige que las obras que han caído en dominio público permanezcan en él, salvo que surjan circunstancias excepcionales. Recurre para basar esta afirmación a la práctica constitucional y parlamentaria tal como se ha desarrollado en la historia de los EE.UU. Si el Congreso altera esta tradición, los tribunales deberán ser especialmente cautos a la hora de analizar la constitucionalidad de la ley desde la perspectiva de la Primera Enmienda.

En los otros dos procesos Lessig y sus colaboradores han tenido menos suerte. En el proceso *Luck's Music Library v. Ashcroft*, iniciado a la par que *Golan*, el mismo equipo de juristas reiteró similares argumentos en relación con la URAA en otro circuito judicial. El Tribunal de Distrito de Columbia, el 19 de junio de 2004, apoyándose en *Eldred*, consideró que, a diferencia de los dere-

²³³ *Golan v. Gonzales*, núm. 01-B-1.854, 2005 U. S. Dist. LEXIS 6800 (D. Colorado 2005). El juez de distrito era Lewis T. Babcock.

²³⁴ *Golan v. Gonzales*, núm. 05-CV-1.259 (10th. Circuit 2004). El voto de los tres integrantes del Tribunal (Briscoe, Lucero, y el Ponente Robert H. Henry) fue unánime.

²³⁵ El 4 de enero de 2008 el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito ha rechazado la petición del Gobierno de revisar este caso en plenario (*rehearing en banc*).

chos de patente, los derechos de autor sí podían ser «retirados» legalmente del dominio público. El Tribunal de Apelación del Circuito de Columbia, en una breve sentencia de 24 de mayo de 2005, confirmó la resolución de instancia, dando definitivamente por cerrado el caso²³⁶.

En el proceso *Kahle v. Ashcroft* (actualmente *Kahle v. Mukasey*), iniciado a la vez por el mismo equipo de juristas con similares argumentos, se planteaba otra cuestión principal. Como es conocido, la protección de los derechos de autor se otorgaba en EE.UU. a los titulares que cumplieran ciertas formalidades, como el registro y el aviso público (el símbolo ©) de su derecho. Estas formalidades se van suprimiendo progresivamente, por ejemplo con la *Copyright Act* de 1976 y la *Berne Convention Implementation Act* de 1988. La *Copyright Renewal Act* (CRA) de 1992 suprimió asimismo la exigencia, hasta entonces tradicional en EE.UU., de renovar el *copyright* en los plazos legalmente fijados para mantener los derechos sobre la obra. Si el titular no cumplimentaba este requisito, la obra pasaba al dominio público. La renovación consistía en un sencillo procedimiento administrativo en el *Copyright Register*. La CRA transformó este sistema, en el que los titulares tenían que optar expresamente por la retención de sus derechos exclusivos, por otro sistema, homologable con el modelo del Convenio de Berna, y en el que no son exigibles estas formalidades para que cualquier obra original se encuentre protegida durante todo el periodo legalmente previsto hasta su final. Por tanto, al contrario de lo que antes venía ocurriendo, la renovación de la protección se produce por defecto, y no a instancia del interesado.

Con el sistema actual, plantean los demandantes, el efecto excluyente de los derechos de *copyright* llega a todas partes con independencia de la voluntad de su titular. El cambio ha producido un gran número de «obras huérfanas», obras que se encuentran protegidas, pero cuyos titulares son desconocidos o imposibles de localizar. Estas obras no generan ningún beneficio, ni a sus creadores, ni a la sociedad.

Una crítica en profundidad a este estado de cosas, con la propuesta de evolucionar hacia un modelo mixto en el que sigan teniendo presencia los requisitos formales, ha sido efectuada por Chris Sprigman, abogado, y colega de Lessig en Stanford²³⁷. Sprigman defiende que algunos cambios procedimentales servirían para acomodar el Derecho de *copyright* a las orientaciones exigidas por los nuevos tiempos, sin alterar sus fundamentos. Su propuesta, que obligaría al titular de derechos a manifestar su intención en tiempo y forma, guarda similitudes con la de Lessig que vimos antes²³⁸.

Los demandantes en *Kahle* piden a los tribunales que apliquen a la CRA un *intermediate scrutiny*, obligando al Gobierno a demostrar que la Ley sólo restringe

²³⁶ *Luck's Music Library, Inc. v. Gonzales* 407 F. 3d 1.262 (D.C. Circuit 2005). Fue ponente el Juez Williams.

²³⁷ Christopher SPRIGMAN: «*Reform(Aliz)ing Copyright*», publicado en *Stanford Law Review* 57 (2004), pp. 485 y ss.

²³⁸ Ver notas 207-208 de este trabajo.

la libertad de expresión y de comunicación en el mínimo imprescindible, y para atender a fines socialmente más valiosos.

Tanto el Tribunal de Distrito de California Norte²³⁹ como el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito²⁴⁰, han rechazado estas pretensiones, y afirmado que los problemas suscitados por la CRA no hacían necesaria su revisión desde la perspectiva de la Primera Enmienda. Ambos consideraron que las reformas introducidas por la CRA eran procedimentales, de forma, y que por ello no puede decirse que «alteraran los contornos tradicionales del *copyright*».

Lessig y su equipo interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo. Este mismo año, el 7 de enero de 2008, el Supremo ha denegado el *certiorari*, no admitiendo a trámite el recurso, y poniendo así fin (aparentemente) a este proceso. Pero el debate jurídico sigue sin duda vivo, y los procesos que deben a *Eldred* su puesta en marcha seguirán dando que hablar. No estamos ante la última palabra en el tema, sino más bien en la antesala de un nuevo capítulo en el desarrollo del Derecho de Propiedad Intelectual, un capítulo en el que todos (no sólo en EE.UU.) estamos llamados a participar, y cuyos efectos serán, sin duda, considerables.

²³⁹ Sentencia dictada por la Juez Maxine Chesney el 19 de noviembre de 2004: *Kahle v. Ashcroft*, No. 04-CV-1127, 2004 WL 2663157. Ver Matthew DEAN STRATTON: «*Will Lessig Succeed in Challenging the CTEA, Post-Eldred?*», cit., pp. 915 y ss.

²⁴⁰ Sentencia de 22 de enero de 2007, revisada y corregida con fecha 14 de mayo de 2007, denegando la petición de *rehearing en banc*, ponente Juez Jerome Farris: *Kahle v. Gonzales*, 487 F.3d 697 (9th Cir. 2007).