

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. Et Al.

vs.

Grokster Ltd. Et Al.

Recurso extraordinario contra la decisión de la
Cámara de Apelaciones en lo Federal
del Noveno Circuito
de los Estados Unidos de América

- Traducción: TT. PP. Nora Inés Baldacci, Griselda Perrotta y María Pía Cassetari -



dossier

Citar como: 545 U. S. ____ (2005)

NOTA: De ser posible, al dictarse la sentencia se incorporará un sumario (en el encabezado), como se hace respecto de este fallo. El sumario no es parte integrante del fallo sino que es confeccionado por el Relator de las Decisiones para facilitar la lectura.

Véase *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U.S. 321, 337.

METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL.

V

GROKSTER LTD. ET AL.

Recurso Extraordinario contra la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Federal
del Noveno Circuito de los Estados Unidos de América

Nº. 04-480. Debatido el 29/03/2005. Decidido el 27/06/2005

Las empresas demandadas distribuyen gratuitamente software que permite a los usuarios de computadoras compartir archivos electrónicos mediante redes par-a-par [P2P], las que se denominan de esa forma porque las computadoras se comunican directamente entre ellas, en lugar de hacerlo a través de servidores centrales. Si bien estas redes pueden utilizarse para compartir archivos digitales de cualquier tipo, quienes recibieron el software de las demandadas lo han utilizado principalmente para compartir archivos de música y video protegidos por el derecho de autor, sin contar con la autorización necesaria. En reclamo de una indemnización por daños y perjuicios y de una medida cautelar restrictiva, un grupo de estudios de cine y otros titulares de derechos de autor (en adelante, MGM) iniciaron acciones judiciales contra los demandados por las violaciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, sosteniendo que los demandados distribuyeron su software a sabiendas e intencionalmente, a fin de facilitar a los usuarios la violación de obras protegidas por el derecho de autor, en infracción a la Ley de Derechos de Autor [Copyright Act].

En la etapa preliminar de producción de prueba se determinó que, cada mes, miles de millones de archivos son compartidos en las redes par-a-par. Los demandados saben que los usuarios utilizan su software principalmente para descargar archivos protegidos por el derecho de autor, sin perjuicio de que las redes descentralizadas no indican qué archivos se copian, ni cuándo. En algunas ocasiones los demandados tomaron conocimiento de la violación en forma directa, cuando los usuarios les consultaban vía e-mail sobre obras protegidas por el derecho de autor, a lo que los demandados respondieron con las indicaciones pertinentes. Los demandados no son meros receptores pasivos de información vinculada a la violación. Los registros están repletos de pruebas que demuestran que cuando comenzaron a distribuir gratuitamente su software, cada uno de ellos verbalizó claramente el objetivo de que los receptores utilizaran el software para descargar obras protegidas por el derecho de autor, y tomaron una postura activa tendiente a alentar la violación. Luego de que el conocido servicio de archivos compartidos, Napster, fuera demandado por titulares de derechos de autor por facilitar la violación de dichos derechos, ambos demandados se promocionaron y comercializaron como alternativas a Napster. No reciben ingresos de los usuarios pero, en cambio, generan ingresos por venta de espacio de publicidad, y luego publicando los avisos a sus usuarios. Conforme aumenta la cantidad de usuarios, las oportunidades publicitarias se cotizan a precios más altos. No existe prueba de que alguno de los demandados haya hecho esfuerzo alguno para filtrar el material protegido por el derecho de autor de las descargas de los usuarios o que de algún otro modo haya impedido que

los archivos protegidos por el derecho de autor fueran compartidos.

Pese a reconocer que los usuarios de los demandados habían violado en forma directa los derechos de autor de MGM, el Tribunal de Distrito [District Court] igualmente hizo lugar al pedido de los demandados de decidir sobre la responsabilidad emergente de la distribución de su software como una cuestión de puro derecho. El Noveno Circuito confirmó esta decisión. Citó *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, en el sentido de que sostenía que la distribución de un producto comercial susceptible de un uso sustancial legítimo no puede dar lugar a responsabilidad concurrente por violación, a menos que el distribuidor haya tenido conocimiento efectivo de los casos puntuales de violación y haya omitido actuar en razón de tal conocimiento. Habiendo la cámara de apelaciones concluido que el software de los demandados era susceptible de un uso sustancial legítimo, y siendo que los demandados no tenían conocimiento efectivo de la violación, dada la arquitectura descentralizada del software, la Cámara determinó que no existía responsabilidad. También determinó que no habían contribuido en forma material a la violación cometida por sus usuarios, porque eran los propios usuarios quienes buscaban, salvaban y almacenaban los archivos violatorios, sin que los demandados intervinieran más allá de proveerles el software en un principio. Finalmente, la Cámara determinó que no se podía considerar a los demandados responsables por aplicación de la doctrina de la responsabilidad indirecta, dado que no monitoreaban ni controlaban el uso del software, no contaban con ningún derecho preacordado ni facultad vigente que les permitiera supervisar su uso, ni tenían obligación alguna de vigilar los casos de violación.

Fallo: Quien distribuye un dispositivo con el objeto de promover su uso con fines violatorios al derecho de autor, como queda demostrado por una expresión clara u otro acto llevado a cabo para fomentar la violación, que excedan la mera distribución con conocimiento de la existencia de actos de terceros, será responsable por los actos violatorios que resulten del uso del dispositivo por parte de terceros, sin perjuicio del uso legítimo que se haga de dicho dispositivo. Pp. 10-24.

(a) La tensión entre el valor de apoyar la creatividad mediante la protección de los derechos de autor y el valor de promover la innovación tecnológica mediante la limitación de la responsabilidad por violación es el objeto de esta causa. Más allá del análisis equilibrado, los argumentos para determinar la existencia de responsabilidad indirecta en este caso es fuerte dada la cantidad de descargas violatorias que tienen lugar a diario mediante el uso del software de los demandados. Cuando un producto amplia-

mente compartido se utiliza para cometer una violación, puede resultar imposible hacer valer derechos sobre la obra protegida contra todos aquellos que cometen la violación en forma directa, al punto que la única alternativa práctica es ir contra el distribuidor del dispositivo por responsabilidad indirecta, sobre la base de la doctrina de la violación indirecta o concurrente. Se viola de manera concurrente cuando, de manera intencional, se induce o alienta la violación directa; y se viola de manera indirecta cuando se obtiene una ganancia de la violación directa omitiendo ejercer el derecho de detenerla o limitarla. Si bien “[l]a Ley de Derechos de Autor no responsabiliza expresamente a nadie por las violaciones [ajenas],” *Sony*, 464 U.S., - 434, estas doctrinas de la responsabilidad secundaria surgieron de principios del common law y están bien establecidos en la ley, *por ej., id.*, - 486. Pp. 10-13.

- (b) *Sony* fue objeto de un reclamo en el que se sostuvo que la responsabilidad secundaria por violación puede surgir de la propia distribución de un producto comercial. Allí, los titulares de derechos de autor demandaron a Sony, productor de grabadoras de videocasetes, reclamando que le asistía una responsabilidad concurrente por la violación que tuvo lugar cuando los propietarios de VCRs grababan programas protegidos por el derecho de autor. La prueba demostró que el uso principal de la VCR era la postergación temporal, es decir, grabar un programa para verlo luego en un momento más conveniente, lo que la Justicia consideró un uso justo y legítimo. 464 U.S., -423-424. Más aún, no existió prueba de que Sony haya deseado generar la grabación en violación de los derechos de autor ni de que haya actuado de manera tendiente a incrementar sus ganancias como consecuencia de las grabaciones ilegítimas. *Id.*, - 438. Sobre estos hechos, la única base concebible para que existiera responsabilidad era la doctrina de la violación concurrente por distribución de productos. *Id.*, - 439. Como la VCR “era susceptible de usos legítimos comercialmente relevantes”, la Justicia resolvió que Sony no era responsable. *Id.*, - 442. Esta teoría refleja la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado presente en el derecho de patentes, que indica que la distribución de un componente de un dispositivo patentado no implica violación a la patente si es susceptible de ser utilizado de otras formas. 35 U.S.C. §271(c). La doctrina absuelve la conducta ambigua de vender un ítem pasible de ser utilizado de manera legítima o ilegítima y limita la responsabilidad a casos de culpa más extrema. En este caso, el Noveno Circuito malinterpretó *Sony* al entender que cuando un producto es susceptible de ser utilizado para usos sustanciales legítimos, el productor no puede considerarse concurrentemente responsable por el uso violatorio de terceros, incluso si se demuestra el objetivo real de generar un uso violatorio, salvo que el distribuidor tuviera conocimiento específico de la violación al momento en que contribuye a ésta y omitiera actuar sobre la base de tal información. *Sony* no reemplazó otras doctrinas de responsabilidad secundaria. Pp. 13-17.
- (c) En ningún momento *Sony* exige a los tribunales ignorar la evidencia de la intención de promover la violación si dicha evidencia existe. No se quiso hacer valer normas de responsabilidad basadas en la culpa provenientes del common law. 464 U.S., - 439. Cuando la evidencia va más allá de las características de un producto o del conocimiento de que éste pueda utilizarse con fines ilegítimos, y muestra manifestaciones o actos dirigidos a promover la violación, la regla del aspecto básico de *Sony* no deja de lado la responsabilidad. En el common law, el demandado por violación al derecho de autor o de patente que “no sólo esperó sino que invocó [un uso ilegítimo] por medio de la publicidad” será responsable por violación. *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55, 62-63. La regla de la inducción a la violación desarrollada en los primeros casos no difiere de la actual. La evidencia de actos tendientes a alentar la violación directa, tales como publicitar un uso ilegítimo o instruir sobre cómo llevar a

cabo un uso ilegítimo, demuestra la intención positiva de que el producto sea utilizado con fines violatorios, y supera la renuencia legislativa a considerar responsable al demandado que simplemente vende un producto comercial apto para algún uso legítimo. La regla que hace primar la responsabilidad sobre la base de expresiones y conductas intencionadas y culpables no afecta al comercio legítimo ni desalienta la innovación que brinda promesas legítimas. Pp. 17-20.

- (d) Conforme las constancias de autos, el objetivo ilegítimo de los demandados en inequívoco. El típico caso de inducción es por publicidad o invitación que difunde un mensaje diseñado para estimular a otros a cometer violaciones. MGM sostiene convincentemente que tal mensaje aparece en este caso. Tres características que revelan la intención son particularmente notorias. Primero, cada demandado demostró su propia intención de satisfacer una conocida fuente de demanda para la violación de los derechos de autor, el mercado que abarcaba a quienes habían sido usuarios de Napster. Los intentos de los demandados por suplir servicios a quienes habían sido usuarios de Napster indican un principal, si no único, intento de generar la violación. Segundo, ninguno de los demandados intentó desarrollar herramientas de filtro u otro mecanismo para disminuir la actividad ilegítima mediante el uso de su software. Mientras que el Noveno Circuito trató esta omisión como irrelevante porque los demandados no tenían una obligación independiente de monitorear a sus usuarios, esta prueba pone de relieve su facilitación intencional de la violación por parte de sus usuarios. Tercero, los demandados obtienen dinero de la venta de espacio de publicidad, y luego, de direccionar avisos a las pantallas de las computadoras que emplean su software. Cuanto más se usa su software, más avisos se emiten, con un mayor ingreso por publicidad. Como la cantidad de uso del software determina la ganancia de los distribuidores, el sentido comercial de su emprendimiento funciona con el gran volumen de uso, que las constancias demuestran como violatorio. Esta prueba en sí misma no justificaría inferir una intención ilegítima, pero su trascendencia es clara en el contexto total de las constancias de autos. Pp. 20-23.
- (e) Sumado a la intención de generar la violación, y a la distribución de un dispositivo apto para usos ilegítimos, la doctrina de la inducción requiere prueba de que existió violación efectiva por parte de los receptores del dispositivo, el software en este caso. Existe prueba de dicha violación a escala gigantesca. Como la prueba sustancial respalda todos los elementos de la postura de MGM, decidir como si fuera una cuestión de puro derecho a favor de los demandados fue un error. Al devolverse los autos, se reconsiderará el pedido de MGM de que se resuelva la cuestión como de puro derecho. Pp. 23-24.

380 F. 3d 1154, se deja sin efecto y se devuelven los autos.

SOUTER, J., emitió su voto para una decisión unánime de la Corte. GINSBURG, J., votó de manera concurrente, voto al que REHNQUIST, C. J., y KENNEDY, J., adhirieron. BREYER, J., emitió un voto concurrente, al que STEVENS y O.CONNOR, JJ., adhirieron.

Decisión de la Corte

NOTA: El presente fallo está sujeto a revisión formal previa a su publicación en versión preliminar en *United States Reports*. Se requiere a los lectores informar al Relator de las Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, Washington, D. C. 20543, sobre cualquier error tipográfico o sobre cualquier error formal de otro tipo, a fin de que las correcciones sean incorporadas antes de imprimirse la versión preliminar.

Voto del Ministro J. SOUTER

El punto es, bajo qué circunstancias el distribuidor de un producto susceptible de ser utilizado tanto para fines legítimos como para fines ilegítimos puede ser considerado responsable por actos violatorios al derecho de autor cometidos por terceros que utilizan el producto. Sostenemos que quien distribuye un dispositivo con el objeto de promover su uso con la finalidad de violar derechos de autor, como demuestra una expresión clara u otro acto llevado a cabo para fomentar la violación, será responsable por los actos violatorios que resulten del uso del dispositivo por parte de terceros.

I

A

Los recurridos, Grokster, Ltd., y StreamCast Networks, Inc., demandados ante el tribunal de primera instancia, distribuyen gratuitamente productos de software que permiten a los usuarios de computadoras compartir archivos electrónicos mediante redes par-a-par, las que se denominan de esa forma porque las computadoras se comunican directamente entre ellas, en lugar de hacerlo a través de servidores centrales. La ventaja de las redes par-a-par respecto de las redes de información de otro tipo se ve demostrada por su importante y creciente popularidad. Como no requieren una computadora central para mediar en el intercambio de información o de archivos entre los usuarios, se evita la necesidad de contar con capacidad de conexión de banda ancha del servidor, y se elimina la necesidad de costoso espacio de almacenaje del servidor. Dado que las copias de un archivo (particularmente cuando éste es popular) están disponibles en las computadoras de muchos usuarios, pedir y salvar archivos puede ser más rápido que en redes de otro tipo, y como el intercambio de archivos no se efectúa a través de un servidor, la comunicación puede darse entre cualquier grupo de computadoras que permanezcan conectadas a la red, sin riesgo de que un desperfecto en el servidor inhabilite la red en su totalidad. En virtud de estos beneficios en lo que a seguridad, costo y eficiencia respecta, las redes par-a-par son utilizadas por universidades, dependencias gubernamentales, empresas y bibliotecas, entre otros, para almacenar y distribuir archivos electrónicos.

Otros usos de las redes par-a-par incluyen receptores individuales del software de Grokster y StreamCast, y aunque las redes que aprovechan al utilizar el software pueden ser usadas para compartir cualquier tipo de archivo digital, han utilizado estas redes principalmente para compartir, sin autorización, archivos de música y video protegidos por el derecho de autor. Un grupo de titulares de derechos de autor (MGM para simplificar, pero que incluye estudios de filmación, compañías grabadoras, compositores de canciones y editores de música) demandaron a Grokster y StreamCast por las violaciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios, sosteniendo que a sabiendas e intencionalmente distribuyeron su software para permitir a los usuarios reproducir y distribuir las obras protegidas por el derecho de autor, en infracción a la Ley de Derechos de Autor, 17 U.S.C. §101 *et seq.* (2000 ed. y Supp. II). MGM reclamó una indemnización por daños y perjuicios y una medida cautelar restrictiva.

En la etapa preliminar de producción de prueba quedó demostrado cómo funcionaba el software, cuáles eran las intenciones comerciales de cada empresa demandada, y cuáles eran las preferencias de los usuarios. El software epónimo de Grokster emplea lo que se denomina tecnología FastTrack, un protocolo desarrollado por otros y cuya licencia fue dada a Grokster. StreamCast distribuye un producto muy similar, salvo por el hecho de que su software, denominado Morpheus, se basa en lo que se conoce como tecnología Gnutella. El usuario que descarga e instala cualquiera de estos softwares cuenta con el protocolo para solicitar archivos directamente a las computadoras de otras personas que estén utilizando software compatible con FastTrack o Gnutella. En la red FastTrack abierta por el software Grokster, el pedido del usuario se dirige a una computadora con una capacidad de indexación del software y un super-nodo designado, o a alguna otra computadora a con similar poder y capacidad para recoger índices temporarios de los archivos disponibles en

las computadoras de los usuarios a ella conectados. El supernodo (o computadora indexante) busca en su propio índice y puede comunicar el pedido a otros supernodos. Si se encuentra el archivo, el supernodo informa su ubicación a la computadora que lo solicitó, y el usuario que lo pidió puede descargar el archivo directamente desde la computadora localizada. El archivo copiado se ubica en la carpeta compartida designada, en la computadora del usuario solicitante, donde quedará disponible para que otros usuarios lo descarguen en su momento, junto con cualquier otro archivo que se encuentre en esa carpeta.

En la red Gnutella que Morpheus puso a disposición, el proceso es casi igual, salvo por el hecho de que en algunas versiones del protocolo Gnutella no existen supernodos. En estas versiones, las computadoras par que utilizan el protocolo se comunican directamente entre ellas. Cuando un usuario ingresa un pedido al software Morpheus, envía el pedido a las computadoras a él conectadas, que a su vez pasan el pedido a otros pares conectados. Los resultados de la búsqueda son comunicados a la computadora solicitante, y el usuario puede descargar el archivo deseado directamente desde las computadoras de sus pares. Como indica esta descripción, Grokster y StreamCast no utilizan servidores para interceptar el contenido de los pedidos de búsqueda ni para mediar en la transferencia de archivos llevada a cabo por los usuarios del software, y no existe punto central a través del cual pase en ninguna dirección la esencia de las comunicaciones.

Si bien esto significa que Grokster y StreamCast no se enteran cuando cada archivo en particular es copiado, un poco de búsqueda utilizando su software demostraría lo que está disponible en las redes a las que el software llega. MGM encomendó a un especialista en estadística una búsqueda sistemática, y su estudio demostró que cerca del 90% de los archivos disponibles para descarga en el sistema FastTrack eran obras protegidas por el derecho de autor. Grokster y StreamCast cuestionan esta cifra, oponiendo problemas metodológicos y argumentando que la copia gratuita, incluso de obras protegidas por el derecho de autor, puede ser autorizada por sus titulares. También argumentan que el uso legítimo potencial de su software es significativo, inclusive cuando no es frecuente en la práctica. Algunos intérpretes musicales, por ejemplo, han obtenido nuevas audiciones distribuyendo sus obras protegidas por el derecho de autor de manera gratuita en redes par-a-par, y algunos distribuidores de contenido no protegido han utilizado redes par-a-par para difundir archivos, siendo Shakespeare un ejemplo de ello. En efecto, StreamCast dio a los usuarios de Morpheus la oportunidad de descargar los archivos en este caso en particular, aunque su popularidad no ha sido cuantificada.

En lo que hace a la cuantificación, la prueba anecdótica y estadística de las partes demuestra el contenido disponible en las redes FastTrack y Gnutella pero no dice demasiado sobre qué archivos los usuarios efectivamente descargan, y nadie puede decir con qué frecuencia el software se utiliza para obtener copias de material no protegido. No obstante, la prueba de MGM da razones para pensar que la vasta mayoría de las descargas de los usuarios constituyen actos violatorios, y como se sabe que han sido descargadas más de 100 millones de copias del software en cuestión, y que cada mes se comparten miles de millones de archivos en las redes FastTrack y Gnutella, el probable alcance de la violación a los derechos de autor es sorprendente.

Grokster y StreamCast reconocen la existencia de violación en la mayoría de las descargas, Brief for Respondents 10, n. 6, y no fue discutido que tenían conocimiento de que los usuarios utilizaban su software principalmente para descargar archivos protegidos por derecho de autor, a pesar de que las redes descentralizadas FastTrack y Gnutella no revelan qué archivos se están copiando, ni cuándo. Más aún, en ocasiones las empresas tomaron conocimiento de las violaciones de sus usuarios en forma directa, como cuando los usuarios enviaron e-mails a ambas empresas consultando sobre cómo ver películas protegidas por el derecho de autor que habían descargado, los cuales fueron respondidos por las empresas con las instrucciones pertinentes. App. 559-563, 808-816, 939-954. Y MGM notificó a las empresas sobre la existencia de 8 millones de archivos protegidos por derechos de autor que podían obtenerse utilizando su software.

Grokster y StreamCast no son, sin embargo, meros receptores pasivos de información referida a la existencia de un uso ilegítimo. Las actuaciones están repletas de prueba que demuestra que desde el momento en que Grokster y StreamCast comenzaron a distribuir gratuitamente su software, ambos verbalizaron el objetivo de que los receptores lo utilizaran para descargar obras protegidas por el derecho de autor, y ambos actuaron alentando la violación.

Luego de que el conocido servicio de archivos compartidos, Napster, fuera demandado por titulares de derechos de autor por facilitar la violación de dichos derechos, *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (ND Cal. 2000), *aff.d* en parte, *rev.d* en parte, 239 F. 3d 1004 (CA9 2001), StreamCast lanzó un programa de software de un tipo conocido como OpenNap, diseñado como compatible con el programa Napster y abierto a que los usuarios de Napster descargaran archivos de otras computadoras de usuarios Napster y OpenNap. La prueba indica que “[StreamCast] siempre tuvo la intención de utilizar [su red OpenNap] para poder capturar direcciones de e-mail del mercado tomado como blanco inicial para poder promocionarles [su] interfase StreamCast Morpheus,” App. 861; en efecto, la ingeniería del programa OpenNap fue diseñada “para influenciar a la base de 50 millones de usuarios de Napster”, *id.*, -746.

StreamCast monitoreó tanto la cantidad de usuarios que descargaban su programa OpenNap como la cantidad de archivos musicales que también descargaban. *Id.*, -859, 863, 866. También utilizó la red OpenNap resultante para distribuir copias del software Morpheus y para alentar a los usuarios a adoptarlo. *Id.*, - 861, 867, 1039. Documentación interna de la empresa indica que StreamCast tenía la esperanza de atraer grandes cantidades de anteriores usuarios de Napster si ésta debía cerrar por orden judicial o por cualquier otra causa, y que StreamCast planeaba ser la siguiente Napster. *Id.*, - 861. Un kit desarrollado por StreamCast para ser entregado a los publicitantes, por ejemplo, contenía artículos de prensa sobre el potencial de StreamCast para capturar anteriores usuarios de Napster, *id.*, - 568-572, y se presentaba a sí misma a potenciales publicitantes como una empresa “similar a lo que fuera Napster”, *id.*, -884. Difunde avisos en pantalla a los usuarios de otros softwares compatibles con Napster-compatible, urgiéndolos a adoptar su OpenNap. *Id.*, -586. De un e-mail interno de un ejecutivo de la empresa surgía: “Hemos establecido esta red para que cuando Napster desconecte su servicio gratuito . . . o si la Justicia le ordena cerrar antes de que eso ocurra. . . estemos en posición de capturar la cascada de sus 32 millones de usuarios, que estarán buscando activamente por una alternativa.” *Id.*, - 588-589, 861.

Así, StreamCast desarrolló material de promoción para comercializar su servicio como la mejor alternativa a Napster. Uno de los avisos propuestos decía: “Napster Inc. anunció que pronto comenzará a cobrarle. Eso, si la Justicia no le ordena cerrar antes. ¿Qué hará para solucionarlo?”. *Id.*, - 897. Otro aviso propuesto promocionaba al software de StreamCast como la “alternativa #1 a Napster” y preguntaba “[c]uando las luces de Napster se apagaron. . . ¿a dónde fueron los usuarios?” *Id.*, -836 (elipsis en original). StreamCast incluso planeó hacer alarde de los usos ilegales de su software; cuando lanzó la red OpenNap network, el principal funcionario de tecnología de la empresa afirmó que “[e]l objetivo es entrar en conflicto con la ley y ser demandados. Es la mejor forma de ser notici[a]”. *Id.*, -916.

La prueba de que Grokster buscaba capturar el mercado de los anteriores usuarios de Napster es escasa pero reveladora, dado que Grokster lanzó su propio sistema OpenNap denominado Swaptor e insertó códigos digitales en su sitio Web site para que cuando los usuarios de ingeniería de búsqueda de la Web buscaran “Napster” o “[c]ompartir archivos de manera gratuita” se los direccionará al Web site de Grokster, donde podían descargar el software de Grokster. *Id.*, -992-993. Y el nombre de Grokster aparentemente deriva de Napster.

Los ejecutivos de StreamCast monitorearon la cantidad de canciones de ciertos artistas comerciales disponibles en sus redes, y una comunicación interna indica que buscaban tener una mayor cantidad de canciones protegidas por el derecho de autor en sus redes que las presentes en otras redes donde se compartieran archivos. *Id.*, -868. El punto, por

supuesto, sería atraer usuarios que estuvieran dispuestos a violar la ley, como surge del material de promoción desarrollado que mostraba canciones protegidas por el derecho de autor como ejemplos del tipo de archivo disponible mediante Morpheus. *Id.*, - 848. Morpheus de hecho permitía a los usuarios buscar específicamente canciones del “Top 40”, *id.*, -735, que se encontraban inevitablemente protegidas por el derecho de autor. En forma similar, Grokster envió a los usuarios una newsletter promocionando su capacidad para proveer material particular y popular protegido por el derecho de autor. Brief for Motion Picture Studio and Recording Company Petitioners 7-8.

Sumado a esta prueba de expresa promoción, comercialización e intención de seguir promocionando, los modelos empresariales empleador por Grokster y StreamCast confirman que su principal objetivo era el uso de su software para descarga de obras protegidas por el derecho de autor. Grokster y StreamCast no reciben ingresos de los usuarios, quien obtienen el software propiamente dicho a cambio de nada. En cambio, ambas empresas generan ingresos mediante la venta de espacio publicitario, y pasan la publicidad a los usuarios de Grokster y Morpheus mientras estos utilizan los programas. Conforme aumenta la cantidad de usuarios, las oportunidades publicitarias se cotizan a precios más altos. Cf. App. 539, 804. Mientras que sin duda existe alguna demanda de Shakespeare gratuito, la prueba demuestra que el volumen sustancial lo representa una función de acceso gratuito a obras protegidas por el derecho de autor. Los usuarios que buscan canciones del Top 40, por ejemplo, o el último estreno de Modest Mouse, son ciertamente más numerosos que aquéllos que buscan un Decameron gratuito, y Grokster y StreamCast tradujeron esa demanda a dólares.

Finalmente, no existe prueba de que alguno de los demandados haya hecho algún esfuerzo para filtrar el material protegido por el derecho de autor de las descargas de los usuarios o que de algún otro modo haya impedido que los archivos protegidos por el derecho de autor fueran compartidos. Aunque Grokster haya enviado e-mails advirtiendo a los usuarios sobre el contenido violatorio al recibir una advertencia por parte de los titulares de derechos de autor, nunca bloqueó a nadie la posibilidad de continuar utilizando su software para compartir archivos. *Id.*, -75-76. StreamCast no sólo rechazó el ofrecimiento de otra empresa de ayudarla a monitorear la violación, *id.*, -928-929, sino que bloqueó las direcciones de Internet Protocol de las entidades que consideraba que estaban intentando llevar a cabo tal monitoreo en sus redes, *id.*, - 917-922.

B

Luego de la etapa preliminar de producción de prueba, las partes respectivamente solicitaron que se hiciera lugar, y que se rechazara, el pedido de tratar la cuestión como de puro derecho. El Tribunal de Distrito limitó sus consideraciones a la responsabilidad demostrada de Grokster y StreamCast por distribuir las versiones vigentes de su software, dejando de lado la cuestión referida a su alguna de ellas era responsable “por los daños y perjuicios emergentes de versiones *pasadas* de su software, o por alguna otra actividad pasada.” 259 F. Supp. 2d 1029, 1033 (CD Cal. 2003). El Tribunal de Distrito determinó que quienes utilizaban el software de Grokster y Morpheus para descargar archivos de los medios protegidos por el derecho de autor violaban en forma directa los derechos de autor de MGM, conclusión que no fue cuestionada mediante recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual el tribunal resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de Grokster y StreamCast en lo que respecta a toda responsabilidad emergente de la distribución de las entonces vigentes versiones de su software. El hecho de haber distribuido ese software no dio lugar a responsabilidad alguna según en entendimiento del tribunal, porque su uso no brindaba a los distribuidores un conocimiento fehaciente de los actos violatorios puntuales. Causa No. CV 01 08541 SVW (PJWx) (CD Cal., 18/06/2003), App. 1213.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión. 380 F. 3d 1154 (CA9 2004). Según el análisis, un demandado es responsable por violación concurrente si tuvo conocimiento de la existencia de violación directa y con-

tribuyó de manera sustancial con dicha violación. Pero se interpretó *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), en el sentido de que determinaba que la distribución de un producto comercial susceptible de un uso sustancial legítimo no puede dar lugar a responsabilidad concurrente por violación, a menos que el distribuidor tuviera conocimiento efectivo de los casos puntuales de violación y hubiera omitido actuar en razón de tal conocimiento. El hecho de que el software fuera susceptible de un uso sustancial legítimo, a entender del Noveno Circuito significaba que Grokster y StreamCast no eran responsables, porque no tenían dicho conocimiento efectivo, en razón de la arquitectura descentralizada de su software. También se determinó que Grokster y StreamCast no habían contribuido en forma sustancial con las violaciones de sus usuarios porque habían sido los propios usuarios quienes habían buscado, salvado y almacenado los archivos violatorios, sin intervención de los demandados más allá de la provisión del software en una primera etapa.

El Noveno Circuito también analizó si Grokster y StreamCast podían ser considerados responsables por aplicación de la doctrina de la violación indirecta. Decidió que no cabía responsabilidad porque los demandados no monitoreaban el uso del software, no contaban con ningún derecho preacordado ni facultad vigente que les permitiera supervisar su uso, ni tenían obligación alguna de vigilar los casos de violación. Se abrió el recurso extraordinario. 543 U.S. ____ (2004).

II

A

MGM y muchos de los *amicus curiae* culpan al fallo de la Cámara de Apelaciones por haber afectado el equilibrio entre los valores respectivos de apoyar la creatividad mediante la protección del derecho de autor y promover la innovación en las nuevas tecnologías de comunicación, al limitar la incidencia de la responsabilidad por violación a los derechos de autor. Cuanto más se favorece la protección artística, más se desalienta la innovación tecnológica; la aplicación de la legislación de derechos de autor exige un esfuerzo en lo que a equilibrio respecta. Véase *Sony Corp. v. Universal City Studios, supra*, -442; véase en general Ginsburg, Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination, 101 Colum. L. Rev. 1613 (2001); Lichtman & Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective, 16 Harv. J. L. & Tech. 395 (2003).

La tensión entre ambos valores es el objeto de esta causa, con su reclamo de que la distribución digital de material protegido por el derecho de autor amenaza a los titulares de tales derechos como nunca antes, dado que cada copia es idéntica al original, copiar es sencillo, y muchas personas (especialmente los jóvenes) utilizan software para compartir archivos a los efectos de descargar obras protegidas por el derecho de autor. Esta amplitud del uso del software puede dirigir a la población directamente hacia el debate referido a la política de derechos de autor, Peters, Brace Memorial Lecture: Copyright Enters the Public Domain, 51 J. Copyright Soc. 701, 705.717 (2004) (a Register of Copyrights), y las indicaciones demuestran que la facilidad para copiar canciones o películas utilizando software del tipo de Grokster y Napster fomenta que se desdeñe la protección de los derechos de autor, Wu, When Code Isn't Law, 89 Va. L. Rev. 679, 724.7 26 (2003). Según nos fue presentado el caso, estos miedos se dicen equilibrados por la otra preocupación de que atribuir responsabilidad, no sólo a los infractores sino a los distribuidores del software sobre la base de su uso ilegítimo potencial, limitaría el ulterior desarrollo de tecnología beneficiosa. Véase, *por ej.*, Lemley & Reese, Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation, 56 Stan. L. Rev. 1345, 1386-1390 (2004); Brief for Innovation Scholars and Economists as *Amicus Curiae* 15-20; Brief for Emerging Technology Companies as *Amicus Curiae* 19-25; Brief Intel Corporation as *Amicus Curiae* 20-22.

El argumento a favor de atribuir responsabilidad en este caso es, sin embargo, fuerte, dada la cantidad de descargas violatorias que cada día tienen lugar mediante el uso del software de StreamCast y Grokster. Cuando un servicio o producto ampliamente compartido se utiliza para come-

ter actos ilegítimos, puede ser imposible hacer valer en forma efectiva los derechos sobre la obra protegida contra todos aquéllos que cometen la violación en forma directa, al punto que la única alternativa práctica es ir contra el distribuidor del dispositivo por responsabilidad indirecta, sobre la base de la doctrina de la violación concurrente o indirecta. Véase *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F. 3d 643, 645.646 (CA7 2003).

Existe violación concurrente cuando intencionalmente se induce o alienta la violación directa, véase *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F. 2d 1159, 1162 (CA2 1971), y existe violación indirecta cuando se obtiene una ganancia de la violación directa, a la vez que se omite ejercer el derecho a detenerla o limitarla, *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 307 (CA2 1963). Pese a que Si bien “[l]a Ley de Derechos de Autor no responsabiliza expresamente a nadie por las violaciones ajenas”, *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U. S., - 434, estas doctrinas de responsabilidad secundaria surgieron de principios del common law y están bien establecidos en la ley, *id.*, -486 (Blackmun, J., en disidencia); *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55, 62-63 (1911); *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, supra*, -1162; 3 M. Nimmer & D. Nimmer, Copyright [*Derechos de Autor*], §12.04[A] (2005).

B

Pese a la vigencia de estos principios de responsabilidad secundaria, esta Corte ha lidiado con violación secundaria de derechos de autor sólo en un caso reciente, y como MGM ha diseñado su reclamo principal en función de nuestra opinión en ese caso, se impone una mirada a nuestro fallo anterior. En *Sony Corp. v. Universal City Studios, supra*, esta Corte analizó el reclamo de que la responsabilidad secundaria por violación puede surgir de la propia distribución de un producto comercial. Allí, el producto, novedoso en ese entonces, era lo que actualmente conocemos como videgrabadora o VCR. Los titulares de derechos de autor demandaron a Sony en su carácter de productor, reclamando que era concurrentemente responsable por la violación que tenía lugar cuando los dueños de VCR grababan programas protegidos por el derecho de autor, porque proveía los medios utilizados para infringir, y podía suponer que la violación podía existir. En la etapa probatoria, quedó demostrado que el uso principal de la VCR era la “postergación temporal” o grabar un programa para verlo luego en un momento más conveniente, lo que la Justicia consideró un uso justo y legítimo. *Id.*, - 423-424. No existen pruebas de que Sony haya expresado como su objetivo dar lugar a la grabación en violación de los derechos de autor ni de que haya actuado de manera tendiente a incrementar sus ganancias como consecuencia de las grabaciones ilegítimas. *Id.*, -438. Pese a que la publicidad de Sony urgía a los consumidores a adquirir la VCR para “grabar sus programas favoritos” o “armar una videoteca” de programas grabados, *id.*, -459 (Blackmun, J., en disidencia), ninguno de estos usos constituía necesariamente una violación, *id.*, -424, 454-455.

Sobre estos hechos, sin existencia de prueba que establezca o indique la intención de promocionar el uso violatorio, la única base concebible para atribuir responsabilidad era la doctrina de violación concurrente que surge de la venta de VCRs a los consumidores sabiendo que algunos las utilizarían con fines ilegítimos. *Id.*, -439. Pero como la VCR podía “era susceptible de usos legítimos comercialmente relevantes”, determinamos que el productor no podía ser culpado únicamente sobre la base de su distribución. *Id.*, -442.

Esta teoría refleja la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado presente en el derecho de patentes, ahora codificado, que indica que la distribución de un componente de un dispositivo patentado no implica violación a la patente si es susceptible de ser utilizado de otras formas. 35 U.S.C. §271(c); *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U. S. 476, 485 (1964) (codificación anotada de las causas); *id.*, -486, n.6 (mismo). La doctrina se generó para identificar los casos en los que a partir de la distribución de un artículo en el comercio podía presumirse la intención del distribuidor de que ese artículo fuera utilizado para violar la patente de otro, y así podía ser justamente considerado

responsable de dicha violación. “Se presume que quien produce y vende artículos adaptados únicamente para ser utilizados en una combinación patentada, busca las consecuencias naturales de sus actos; se presume que busca que sean utilizados en la combinación de la patente”. *New York Scaffolding Co. v. Whitney*, 224 F. 452, 459 (CA8 1915); véase también *James Heekin Co. v. Baker*, 138 F. 63, 66 (CA8 1905); *Canda v. Michigan Malleable Iron Co.*, 124 F. 486, 489 (CA6 1903); *Thomson-Houston Electric Co. v. Ohio Brass Co.*, 80 F. 712, 720.721 (CA6 1897); *Red Jacket Mfg. Co. v. Davis*, 82 F. 432, 439 (CA7 1897); *Holly v. Vergennes Machine Co.*, 4 F. 74, 82 (CC Vt. 1880); *Renwick v. Pond*, 20 F. Cas. 536, 541 (No. 11,702) (CC SDNY 1872).

En síntesis, cuando un artículo “no sirve para nada más” que para violar, *Canda v. Michigan Malleable Iron Co.*, *supra*, -489, no existe interés público legítimo en su disponibilidad no autorizada, y no es injusto presumir o atribuir la intención de violar, véase *Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U. S. 1, 48 (1912), rechazado sobre la base de otros fundamentos, *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917). A la inversa, la conducta ambigua de vender un ítem pasible de ser utilizado de manera legítima o ilegítima y limita la responsabilidad a casos de culpa más extrema que el mero conocimiento de que algunos de sus productos serán utilizados con fines ilegítimos. Deja bastante lugar para la innovación y para el comercio vigoroso. Véase *Sony Corp. v. Universal City Studios*, *supra*, -442; *Dawson Chemical Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176, 221 (1980); *Henry v. A. B. Dick Co.*, *supra*, -48.

Las partes y muchos de los *amicus curiae* en esta causa consideran que la clave para resolverlo es la regla de *Sony* y, en particular, qué significa que un producto sea “susceptible de usos legítimos comercialmente relevantes”. *Sony Corp. v. Universal City Studios*, *supra*, -442. MGM adelanta el argumento de que conceder el pedido de *Grokster* y *StreamCast* de que se resolviera la cuestión como de puro derecho da demasiada importancia al valor de la tecnología innovadora, y muy poca a los derechos de autor violados por los usuarios mediante el uso de su software, dado que se demostró que el 90% de las obras disponibles en una de las redes se encontraba protegido por el derecho de autor. Asumiendo que el 10% restante constituye uso legítimo, MGM sostiene que esto no puede calificarse de “sustancial” y que la Corte debe cuantificar *Sony* al punto de determinar que un producto utilizado “principalmente” para infringir no califica. Véase *Brief for Motion Picture Studio and Recording Company Petitioners* 31. Como fuera mencionado, *Grokster* y *StreamCast* responden citando prueba de que su software puede ser utilizado para reproducir obras del dominio público, y apuntan a los titulares de derechos de autor que de hecho alientan la copia. Incluso si la violación es la práctica principal de su software en la actualidad, argumentan, los usos legítimos son significativos y aumentarán.

Coincidimos con MGM en que la Cámara de Apelaciones aplicó equivocadamente *Sony*, el que interpretó como limitante de la responsabilidad secundaria bastante más allá de las circunstancias a las que el caso. *Sony* impedía asignar responsabilidad secundaria sobre la base de una intención presumida o atribuida de generar la violación exclusivamente por el diseño o la distribución de un producto susceptible de ser aplicado a usos legítimos, que el distribuidor sabe que de hecho está siendo utilizado para fines violatorios. El Noveno Circuito interpretó que la limitación *Sony* significaba que cuando un producto es susceptible de un uso legítimo sustancial, el productor nunca puede ser considerada concurrentemente responsable por su uso ilegítimo por parte de terceros; interpretó la regla en ese sentido amplio, incluso cuando la intención real de generar un uso violatorio queda demostrado independientemente del diseño o la distribución del producto, salvo que los distribuidores hayan tenido “conocimiento efectivo de los casos puntuales de violación y hayan omitido actuar en razón de tal conocimiento”. 380 F. 3d, - 1162 (se omiten marcas de citas internas y alteraciones). Como el Circuito determinó que el software de *StreamCast* y *Grokster* era susceptible de un uso legítimo sustancial, concluyó sobre la base de su interpretación de *Sony*, en que ninguna de las empresas podía considerarse responsable, porque no había prueba de que su software, sin servidor central alguno, les brindaba conocimiento de usos ilegítimos puntuales.

Esta interpretación de *Sony*, sin embargo, fue equivocada, convirtiendo un caso de responsabilidad basada en la intención atribuida a un caso de responsabilidad basada en una doctrina. Como *Sony* no reemplazó otras teorías de responsabilidad secundaria, y como consideramos luego que fue un error hacer lugar al pedido de las empresas de resolver la cuestión como de puro derecho frente al reclamo de MGM por inducción, no recurriremos más a *Sony*, como solicita MGM, para agregar una descripción más cuantificada del punto de equilibrio entre la protección y el comercio cuando la responsabilidad se basa solamente en la distribución con conocimiento de que el uso ilegítimo tendrá lugar. Es suficiente hacer notar que la resolución del Noveno Circuito se basó en una interpretación equivocada de *Sony* y continuar analizando la regla *Sony* para cuando sea necesario.

C

La regla *Sony* limita la posibilidad de atribuir intención culpable, como cuestión de derecho, sobre la base de las característica o usos de un producto distribuido. Pero en ningún momento *Sony* exige a los tribunales ignorar la evidencia de la intención de promover la violación si dicha evidencia existe, y nunca se quiso hacer valer normas de responsabilidad basadas en la culpa provenientes del common law. *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S., -t 439 (“Si en esta causa se atribuirá responsabilidad indirecta a Sony, ésta debe basarse en el hecho de que vendió equipo con conocimiento presunto” de su potencial uso violatorio). Entonces, cuando la prueba va más allá de las característica de un producto o del conocimiento de que pueda ser utilizado para fines violatorios, y muestra manifestaciones o actos dirigidos a promocionar la violación, la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado presente en el derecho de patentes establecida en *Sony* no deja sin efecto la responsabilidad.

El típico caso de prueba directa de la existencia de una intención ilegítima aparece cuando alguien induce a la comisión de una violación ajena, o “[a]trae o persuade a otro” para que infrinja, *Black’s Law Dictionary* 790 (8th ed. 2004), o cuando se hace publicidad. Así, en el common law el demandado por derecho de autor o de patente que “no sólo esperó sino que invocó [un uso ilegítimo] por medio de la publicidad” será responsable por violación “sobre la base de principios reconocidos el toda la legislación”. *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U. S., - 62.63 (violación a los derechos de autor). Véase también *Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U.S., -48-49 (hay responsabilidad concurrente por violación de patentes cuando “el uso más evidente [de un bien] es el de cooperar con la violación cuando la venta a dicho usuario se invoca por publicidad” del uso ilegítimo); *Thomson-Houston Electric Co. v. Kelsey Electric R. Specialty Co.*, 75 F. 1005, 1007.1008 (CA2 1896) (basándose en las publicidades y avisos para determinar la “intención [de los demandados] . . . de asistir a otros en los intentos que están dispuestos a hacer en pos de la violación [de patentes]”); *Rumford Chemical Works v. Hecker*, 20 F. Cas. 1342, 1346 (No. 12,133) (CC N. J. 1876) (la demostración de actividad violatoria, junto con el “reconocimiento de la intención [violatoria] y del uso para el que se había creado” apoyó la responsabilidad por violación a las patentes).

La regla de la inducción a la violación desarrollada en los primeros casos no difiere de la actual. La prueba de “una conducta activa . . . tendiente a alentar la violación directa”, *Oak Industries, Inc. v. Zenith Electronics Corp.*, 697 F. Supp. 988, 992 (ND Ill. 1988), como ser publicitar un uso violatorio o instruir sobre cómo llevar a cabo un uso ilegítimo, demuestra la intención positiva de que el producto sea utilizado con fines violatorios, y la prueba de que se alentó la violación supera la renuencia legislativa a considerar responsable al demandado que simplemente vende un producto comercial apto para algún uso ilegítimo, véase, *por ej.*, *Water Technologies Corp. v. Calco, Ltd.*, 850 F. 2d 660, 668 (CA Fed. 1988) (responsabilidad por inducción cuando una persona “de manera activa y a con conocimiento asiste e instiga la violación directa de otra” (se omite énfasis); *Fromberg, Inc. v. Thornhill*, 315 F. 2d 407, 412-413 (CA5 1963) (la demostración de los usos violatorios por parte del personal de ventas apoyo la responsabilidad por inducción); *Haworth Inc. v. Herman Miller*

Inc., 37 USPQ 2d 1080, 1090 (WD Mich. 1994) (la prueba de que el demandado “demostró y recomendó configuraciones violatorias” de su producto podría apoyar la responsabilidad por inducción); *Sims v. Mack Trucks, Inc.*, 459 F. Supp. 1198, 1215 (ED Pa. 1978) (existe inducción cuando el uso “descrito por el demandado en su película promocional y en sus brochures viola la . . . patente”), rechazado sobre la base de otros fundamentos, 608 F. 2d 87 (CA3 1979). Cf. W. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton, & D. Owen, Prosser y Keeton sobre Law of Torts [*Ilícitos Civiles*] 37 (5th ed. 1984) (“Hay una tendencia definida a atribuir mayor responsabilidad al demandado cuya conducta tuvo la intención de dañar, o fue moralmente reprochable”).

Por las mismas razones que *Sony* aplicó la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado presente en el derecho de patentes, como modelo para una regla que llevara a los derechos de autor a puerto seguro, la regla de la inducción resulta, también, acertada para los derechos de autor. Aquí la adoptamos, determinando que quien distribuye un dispositivo con el objeto de promocionar su uso para violar los derechos de autor, como queda demostrado por una expresión clara u otro acto llevado a cabo para fomentar la violación, será responsable por los actos violatorios que resulten del uso del dispositivo por parte de terceros. Por supuesto, somos concientes de la necesidad de evitar la disminución del comercio o de desalentar el desarrollo de tecnologías con potencial tanto legítimo como ilegítimo. Consecuentemente, así como *Sony* no determinó la existencia de inducción intencional sin perjuicio del conocimiento que el productor de VCR tenía de que este dispositivo podía ser utilizado con fines violatorios, 464 U.S., -439, n. 9, el mero conocimiento del potencial violatorio o de los usos violatorios efectivos no sería suficiente en este caso para generar responsabilidad del distribuidor. Tampoco actos comunes incidentales a la distribución de productos, como ser ofrecer a los clientes soporte técnico o actualización del producto, generan en sí mismos a responsabilidad. La regla de la inducción, en cambio, hace primar la responsabilidad sobre la base de expresiones y conducta intencionadas y culpables, y así no afecta al comercio legítimo ni desalienta la innovación con promesas legítimas.

III

A

La única cuestión a considerar, con relación al tratamiento de la prueba de MGM como suficiente para fundamentar la resolución del caso como de puro derecho conforme la teoría de la inducción, apunta a la necesidad de MGM de alegar la existencia de prueba de que StreamCast y Grokster habían comunicado un mensaje persuasivo a los usuarios de su software. El típico caso de inducción es por publicidad o invitación que difunde un mensaje diseñado para estimular a otros a cometer violaciones. MGM sostiene persuasivamente que tal mensaje aparece en este caso. No se discute que hacía aparecer en las pantallas de las computadoras de los usuarios de programas compatibles con Napster avisos urgiendo a adoptar su programa OpenNap, que había sido diseñado, como su nombre implicaba, para invitar a los patrones Napster, que en ese entonces estaba siendo atacado en los tribunales por haber facilitado la violación masiva. Se ofrecía a quienes aceptaban el programa OpenNap de StreamCast, software para llevar a cabo los mismos servicios, lo que un investigador podría concluir que bien podría haberse entendido en el mercado de Napster como la posibilidad de descargar archivos de música protegidos por el derecho de autor. Grokster distribuyó un newsletter electrónico con links a artículos que promocionaban la capacidad de su software para acceder a música popular protegida por el derecho de autor. Y quien al realizar una búsqueda a través de su Napster o compartidor de archivos gratuito, activara un link a Grokster, habría entendido que Grokster ofrecía la misma capacidad para compartir archivos que Napster, a las mismas personas que probablemente utilizaban Napster para realizar descargas violatorias; eso hubiera también entendido aquel a quien se ofreciera el software de Grokster, sugestivamente denominado Swaptor, su versión

de OpenNap. Y ambas empresas enviaron un mensaje claro al responder afirmativamente a las consultas que pedían ayuda para ubicar y ejecutar material protegido por el derecho de autor.

En el caso de StreamCast, por supuesto, la prueba descrita fue completada por otras indicaciones inequívocas de un objetivo ilegítimo en las comunicaciones internas y los diseños publicitarios dirigidos a los usuarios de Napster (“Cuando las luces de Napster se apagaron. . . ¿a dónde fueron los usuarios?” App. 836 (elipsis en original). Si los mensajes fueron publicados no es el punto de estas actuaciones. La función del mensaje en la teoría de la inducción es demostrar por medio de las afirmaciones del propio demandado que su intención ilegítima lo descalifica para reclamar protección (e incidentalmente apuntar a los efectivos violadores pasibles de ser encontrados entre quienes escucharon o leyeron el mensaje). Véase *supra*, -17-19. Demostrar que un mensaje fue enviado, entonces, es el modo preeminente, pero no exclusivo, de demostrar que se tomaron acciones con la intención de generar actos violatorios, y de demostrar que los actos violatorios ocurrieron mediante la utilización del dispositivo distribuido. Aquí, la resolución como cuestión de puro derecho está repleta de otras pruebas que demuestran que Grokster y StreamCast, a diferencia del productor y distribuidor en *Sony*, actuaron con el objetivo de generar violaciones a los derechos de autor mediante el uso de software apto para usos ilegales. Véase *supra*, - 6-9.

Tres características de esta prueba son particularmente notorias. Primero, cada demandado demostró su propia intención de satisfacer una conocida fuente de demanda para la violación de los derechos de autor, el mercado que abarcaba a quienes habían sido usuarios de Napster. La documentación interna de StreamCast contiene constantes referencias a Napster, inicialmente distribuyó su software Morpheus mediante un programa OpenNap compatible con Napster, y publicitó su programa OpenNap a los usuarios de Napster, y las funciones de su software Morpheus del mismo modo en que lo hacía Napster, salvo por el hecho de que podía ser utilizado para distribuir más tipos de archivos, entre los que se encontraban películas protegidas por el derecho de autor y programas de software. El nombre de Grokster aparentemente deriva de Napster, también ofreció inicialmente un programa OpenNa, siendo las funciones de su software del mismo modo comparables a las de Napster, e intentó direccionar búsquedas de Napster hacia su propio sitio Web. Los esfuerzos de Grokster y StreamCast para proveer servicios a los anteriores usuarios de Napster, desprovistos de un mecanismo para copiar y distribuir lo que eran archivos abrumadoramente violatorios, indica una principal, si no exclusiva, intención de parte de cada uno de ellos por generar la violación.

Segundo, esta prueba de un objetivo ilegal adquiere mayor importancia al demostrar MGM que ninguna de las empresas intentó desarrollar herramientas de filtro u otro mecanismo para disminuir la actividad ilegítima mediante el uso de su software. Mientras que el Noveno Circuito trató esta omisión como irrelevante porque los demandados no tenían una obligación independiente de monitorear a sus usuarios, consideramos que esta prueba pone de relieve la facilitación intencional de Grokster y StreamCast de la violación por parte de sus usuarios.

Tercero, existe un complemento adicional que revela de manera directa el objetivo ilícito. Es útil recordar que StreamCast y Grokster obtienen dinero de la venta de espacio de publicidad, al direccionar avisos a las pantallas de las computadoras que emplean su software. Conforme surge de las constancias de autos, cuanto más se usa el software, más avisos se emiten, con un mayor ingreso por publicidad. Como la cantidad de uso del software determina la ganancia de los distribuidores, el sentido comercial de su emprendimiento funciona con el gran volumen de uso, que las constancias demuestran como violatorio. Esta prueba en sí misma no justificaría inferir una intención ilegítima, pero su trascendencia es clara en el contexto total de las constancias de autos.

El objetivo ilícito es indudable.

B

Adicionalmente a la intención de generar la violación y a la distribución de un dispositivo susceptible de ser utilizado con fines ilegítimos, la teo-

ría de la inducción exige prueba de que existió violación efectiva por parte de quienes recibieron el dispositivo, el software en este caso. Conforme surge de los hechos plasmados en las constancias de autos, no existe prueba de violación a una escala gigantesca, y no existe seriamente una cuestión que, luego de la suficiencia de lo demostrado por MGM respecto de este punto, justifique que se sostenga el pedido de las empresas de que la cuestión sea resuelta como de puro derecho. Pese a que un cálculo exacto del uso violatorio, como base para el reclamo de daños y perjuicios, está sujeto a debate, no hay duda de que la prueba de la resolución como cuestión de puro derecho al menos es suficiente para habilitar a MGM para continuar con el reclamo de daños y perjuicios y una reparación adecuada.

En síntesis, esta causa es sustancialmente diferente a *Sony* y haberse apoyado en éste para fallar a favor de StreamCast y Grokster fue un error. *Sony* lidiaba con un reclamo por responsabilidad basado exclusivamente en la distribución de un producto con usos alternativos legítimos e ilegítimos, con conocimiento de que algunos usuarios podrían seguir el camino de los usos ilegítimos. El caso logró un equilibrio entre los intereses de la protección y de la innovación al resolver que el hecho de que un producto sea susceptible de un uso sustancial legítimo impide la atribución de culpa y la consecuente responsabilidad secundaria por actos ilegítimos de terceros.

La prueba de MGM en este caso se dirige obviamente a una base de responsabilidad diferente por distribución de un producto abierto a varios usos alternativos. Aquí, la prueba de que las palabras y los actos de los distribuidores fueron más allá de la distribución como tal, demuestra el objetivo de generar y obtener ganancias de los actos de terceros violatorios de los derechos de autor. Si la responsabilidad por inducir la violación se determina finalmente, no será sobre la base de culpa presunta o atribuida, sino de haberse inferido objetivos claramente ilegales a partir de las manifestaciones y los actos que demuestran cuál era el objetivo.

Existe prueba sustancial a favor de MGM respecto de todos los elementos de inducción, y resolver a favor de Grokster y StreamCast como si se tratara de una cuestión de puro derecho fue un error. Al devolverse los autos, se reconsiderará el pedido de MGM de que se resuelva la cuestión como de puro derecho.

Se deja sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones, y se devuelven los autos para que prosigan las actuaciones de conformidad con lo aquí resuelto.

Así se ordena.

Voto del Ministro J. GINSBURG -voto concurrente-

Voto del MINISTRO GINSBURG -voto concurrente-, al cual adhieren el PRESIDENTE DE LA CORTE y el MINISTRO KENNEDY.

Adhiero a la decisión adoptada por la Corte, la cual deja sin efecto el fallo de la Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito, *ante* - 24, y paso a aclarar en forma separada los fundamentos por los cuales en mi opinión, la Cámara de Apelaciones no comprendió y por ende, no aplicó, la decisión adoptada por esta Corte en la causa caratulada *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). En esta ocasión, existe una “cuestión genuina respecto de [un] hecho sustancial”, Fed. Rule Civ. Proc. 56(c), acerca de la responsabilidad de Grokster o StreamCast, no sólo por inducir en forma activa la violación de derechos de autor, sino también o en forma indistinta, por la violación concurrente de tales derechos, en virtud de la distribución de sus productos de software. En ninguna circunstancia estaba garantizada la resolución de la cuestión como de puro derecho a favor de Grokster y StreamCast.

En el fondo, independientemente de cómo se la denomine, la cuestión de marras radica en determinar si Grokster y StreamCast son responsables por los actos violatorios directos de terceros. Según nuestra jurisprudencia, la responsabilidad puede basarse en la estimulación activa (o inducción) a la violación a través de actos específicos (tal como surge de la decisión de la Corte) o en la distribución de un producto que sus receptores utilizan para violar derechos de autor, si es que el producto no es susceptible de ser aplicado a un “uso legítimo significativo comercialmente relevante”. *Sony*, 464 U.S. - 442; véase también 3 M. Nimmer & D. Nimmer, *Nimmer on Copyright* §12.04[A][2] (2005). Si bien las dos categorías se superponen en parte, importan una conducta culpable distinta. Luego de una prolongada coexistencia, ambas categorías están reguladas por el derecho de patentes. Compárese 35 U.S.C. §271(b) (responsabilidad por inducción activa), con §271(c) (responsabilidad concurrente por la distribución de un producto “que no es susceptible de un uso legítimo significativo”).

En la causa *Sony*, 464 U.S. 417, la Corte tomó en consideración la responsabilidad de Sony por vender la videogradora Betamax. Lo hizo basándose en lo que había quedado demostrado en esos autos. Al trazar una analogía entre la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado y el derecho de patentes, el tribunal que entendió en la causa *Sony* consideró que la “venta de un artículo ... adaptado para un uso violatorio [de una patente]” no resulta suficiente para considerar al vendedor responsable de violación concurrente si el artículo “también está adaptado para otros usos legítimos”. *Id.* - 441 (cítese *Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U.S. 1, 48 (1912), rechazado sobre la base de otros fundamentos, *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502, 517 (1917)).

Según la Corte, “la doctrina del artículo de comercio de uso generalizado” aplicada al derecho de autor, “debe procurar un equilibrio entre la solicitud legítima del titular de un derecho de autor respecto de la protección efectiva -y no meramente simbólica- del monopolio legal, y los derechos de terceros a dedicarse a actividades comerciales no relacionadas”. *Sony*, 464 U.S. - 442. “Por consiguiente”, sostuvo la Corte, “la venta de equipos de copiado, como la comercialización de otros artículos de comercio, no constituye una violación concurrente si el producto es utilizado en forma generalizada para fines legítimos e inobjetable. De hecho, sólo es necesario que sea susceptible de un uso legítimo significativo”. *Ibid.* Así, la Corte explicó que para resolver en la causa *Sony*, debía establecer “si la videogradora Betamax era susceptible de ser empelada para usos legítimos comercialmente relevantes”. *Ibid.*

Para responder a esa cuestión, la Corte tomó en consideración si “una cantidad significativa de [potenciales usos de la videogradora Betamax eran] legítimos”. *Ibid.* La Corte se concentró en un potencial uso -la grabación programable privada de programas televisivos sin fines de lucro (es decir, la grabación de un programa televisivo para poder verlo con posterioridad sin fines comerciales). La Corte concluyó que la grabación programable representaba un uso legítimo, ya que en algunos casos la prueba testimonial demostró que el titular del derecho de autor había proporcionado su autorización a tal efecto, *id.* - 443-447, y en otros casos, dicha conducta fue considerada como un uso legítimo y justo, *id.* - 447-455. La mayoría de los compradores utilizaban la videogradora Betamax principalmente para poder realizar grabaciones programables, *id.* - 421, 423, un uso que “claramente satisfizo” el estándar de la Corte, *id.* - 442. De esta forma, en la causa *Sony* no hubo necesidad de “dar un significado concreto a la cuestión de cuánto uso [real o potencial] se considera comercialmente relevante”. *Ibid.* El desarrollo adicional de esta cuestión quedó en suspenso para causas y días futuros.

La Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito cometió un error -que trataré de explicar- cuando resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de Grokster y StreamCast respecto de la imputación de responsabilidad concurrente basada en la distribución de sus productos de software. Sobre la base de su opinión anterior vertida en la causa *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (CA9 2001), la Cámara de Apelaciones sostuvo que “si se demostraba el uso legítimo significativo, el titular del derecho de autor debería probar que el demandado tenía un

conocimiento razonable acerca de la existencia de archivos ilegítimos específicos”. 380 F. 3d 1154, 1161 (CA9 2004). El tribunal concluyó que “una revisión meticulosa de la causa indica que no existe una cuestión genuina de hecho sustancial respecto de un uso legítimo”. *Ibid.* La Cámara de Apelaciones apuntó a la banda Wilco, que facilitó la descarga gratuita de uno de sus álbumes; a otros cantantes que podrían haber autorizado la distribución gratuita de su música a través de Internet; y a películas u obras literarias del dominio público disponibles mediante el software proporcionado por Grokster y StreamCast. *Ibid.* Aunque reconoció la aseveración de MGM acerca de que la “vasta mayoría del uso del software está destinado a la violación de derechos de autor”, el tribunal decidió que la prueba ofrecida por Grokster y StreamCast cumplía con el requisito de la causa Sony acerca de que “sólo es necesario que un producto sea susceptible de usos legítimos significativos”. 380 F. 3d - 1162.

Esta causa difiere claramente de *Sony*. Compárese Peters, Brace Memorial Lecture: Copyright Enters the Public Domain, 51 J. Copyright Soc. 701, 724 (2004) (“La interpretación de la causa *Sony* que hace el tribunal que entendió en la causa *Grokster* es más amplia que la que cualquier otro tribunal le haya dado...”). En este caso, no se ha probado un uso justo ni tampoco se han obtenido pruebas sobre usos legítimos que no sean sólo anecdóticas. Al dictaminar que los productos de software de Grokster y StreamCast pueden ser susceptibles de usos legítimos significativos, el Tribunal de Distrito y la Cámara de Apelaciones parecen haber dependido en gran medida de las declaraciones presentadas por los demandados. Estas declaraciones incluyen aseveraciones (algunas de ellas provenientes de dichos de terceros) acerca de que ciertos titulares de derechos de autor autorizan la distribución de sus obras a través de Internet y que algunos materiales pertenecientes al dominio público están disponibles a través de las redes par-a-par, incluso aquellas a las que se accede mediante el software proporcionado por Grokster y StreamCast. 380 F. 3d - 1161; 259 F. Supp. 2d 1029, 1035-1036 (CD Cal. 2003); App. 125-171.

El Tribunal de Distrito estimó que es “innegable que existen usos legítimos significativos para el software de los Demandados”, y así se ahorró la necesidad de continuar con el proceso. 259 F. Supp. 2d - 1035. Esta conclusión parece depender casi totalmente en las declaraciones presentadas por Grokster y StreamCast. *Ibid.* La revisión de estas declaraciones revela en su mayoría prueba anecdótica -a veces obtenida de segunda mano- respecto de obras autorizadas y protegidas por el derecho de autor u obras pertenecientes al dominio público disponibles online y compartidas a través de redes par-a-par, y de declaraciones generales acerca de los beneficios que brinda la tecnología par-a-par. Véase por ejemplo, la declaración de Janis Ian / 13, App. 128 (“Las tecnologías P2P ofrecen a los músicos un canal alternativo para la promoción y distribución”); declaración de Gregory Newby / 12, *id.* - 136 (“Varios e-Books de Project Gutenberg autorizados y pertenecientes al dominio público están disponibles mediante el software de Morpheus, Kazaa, Gnutella, Grokster, y similares”); declaración de Aram Sinnreich / 6, *id.* - 151 (“Compartir archivos parece tener un impacto netamente positivo en las ventas de música”); declaración de John Busher / 8, *id.* - 166 (“En mi opinión, Acoustica genera ventas entre US\$1.000 y US\$10.000 por mes como consecuencia de la distribución de su software de evaluación mediante las Redes Gnutella y FastTrack”); declaración de Patricia D. Hoekman / 3.4, *id.* - 169-170 (la búsqueda en Morpheus de “discursos del Presidente Bush” arrojó como resultado varias grabaciones de video, la búsqueda de la “Declaración de la Independencia” y la “Biblia e arrojó varios documentos y la declarante pudo descargar una copia de la Declaración de la Independencia”); declaración de Sean L. Mayers / 11, *id.* - 67 (“Las redes existentes de intercambio de archivos descentralizados par-a-par ... ofrecen a los propietarios satisfechos distintas ventajas comerciales por encima de tecnologías de distribución alternativas online”). Compárese la declaración de Brewster Kahle / 20, *id.* - 142 (“Quiénes descargan las películas de Prelinger ... tienen derecho a redistribuirlas, y en cuanto a Archive, su redistribución a través de la comunidad de usuarios de Morpheus-Grokster-KaZaa es bienvenida”), con la declaración de Brewster Kahle, *id.* - 396-403 (18/09/2002) (en la cual testificó que no tenía conocimiento de persona algu-

na que descargara una película de Prelinger a través de Morpheus, Grokster, o KaZaa). Asimismo, compárese la declaración de Richard Prelinger / 17, *id.* - 147 (“[N]osotros aceptamos la redistribución de las películas de Prelinger ... realizada por usuarios de productos de software par-a-par como Morpheus, KaZaa y Grokster”), con la de Richard Prelinger, *id.* - 410-411 (01/10/2002) (“Pregunta: ¿Cuál es su interpretación acerca de Grokster? Respuesta: No tengo ninguna interpretación acerca de Grokster... Pregunta: ¿Sabe si algún usuario del software de Grokster ha facilitado alguna película de Prelinger para compartir? Respuesta: No”). Asimismo, véase la declaración de Aram Sinnreich, *id.* - 390 (25/09/2002) (testimonio acerca de la banda Wilco sobre la base de “rumores y grupos de noticias de la industria y la prensa”). Estas declaraciones no fundamentan la resolución de la cuestión como de puro derecho en vista de la prueba -ofrecida por MGM- respecto del uso abrumador del software de Grokster y StreamCast con fines violatorios. Aunque la cantidad total de archivos legítimos copiados mediante el software Grokster y StreamCast sea importante, no se puede deducirse de ello que los productos sean empleados para un uso legítimo significativo y que por eso estén exentos de responsabilidad. El volumen total de archivos compartidos puede estar reflejado y a su vez, limitar su crecimiento, por la enorme cantidad de copias legítimas. Asimismo, el Tribunal de Distrito y la Cámara de Apelaciones no distinguieron en forma tajante entre los usos de los productos de software de Grokster y StreamCast (lo que es objeto de esta causa) y los usos de la tecnología par-a-par en general (lo que no es objeto de esta causa).

En síntesis, al producirse la prueba en este proceso, se demostró que los productos de Grokster y de StreamCast eran, y habían sido por algún tiempo, utilizados en forma abrumadora para cometer violaciones, *ante* - 4-6; App. 434-439, 476-481, y que estas violaciones representaban una importante fuente de ingresos provenientes de los productos, *ante* - 8-9; 259 F. Supp. 2d - 1043-1044. La prueba, valorada en su totalidad, resultó insuficiente para demostrar, más allá de un debate genuino, una posibilidad razonable de que los usos legítimos significativos y comercialmente relevantes pudieran ampliarse con el transcurso del tiempo. En el marco de la causa de marras, el Tribunal de Distrito no debería haber fallado en forma determinante acerca de la imputación de violación concurrente, al resolver la cuestión como de puro derecho a favor de Grokster y de StreamCast.

Si, al volver los autos al inferior, no se resuelve la cuestión como de puro derecho a favor de MGM sobre la base de la inducción activa a la violación por parte de Grokster y StreamCast, en mi opinión, la Cámara de Apelaciones debería reconsiderar, en forma más completa, su interpretación de *Sony* respecto de distribución de productos.

Voto del Ministro J. BREYER -voto concurrente-

Voto del MINISTRO BREYER -voto concurrente-, al cual adhieren el MINISTRO STEVENS y el MINISTRO O’CONNOR.

Adhiero a la opinión del resto de los integrantes de la Corte en que el distribuidor de una tecnología de uso dual puede ser considerado responsable de actividades violatorias por parte de terceros cuando procura en forma activa fomentar la violación. *Ante* - 1. Asimismo, y en consideración de nuestra decisión del día de la fecha, concuerdo en que no es necesario que “volvamos a considerar” la causa *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984). *Ante* - 17. No obstante, otros miembros de la Corte toman en consideración la pregunta planteada en la causa Sony: si el producto de Grokster es “susceptible de usos legítimos ‘significativos’ o ‘comercialmente relevantes’”. *Ante* - 1

(Ministro GINSBURG, voto concurrente) (cita de *Sony, supra* - 442). Y responden esa pregunta al sostener que la Cámara de Apelaciones erró cuando resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de Grokster. *Ante* - 4. A continuación, expondré los fundamentos de mi desacuerdo con lo expresado por ellos respecto de esta cuestión.

I

La opinión de la Corte en la causa *Sony* y la prueba que obra en el expediente (tal como se describe y se analiza en los numerosos memoriales ante nosotros) sirven para convencerme de que la conclusión de la Cámara de Apelaciones tiene un fundamento legal adecuado.

A

Comenzaré con el estándar de *Sony*. En la causa *Sony*, la Corte consideró la responsabilidad potencial respecto del derecho de autor de una empresa que no copiaba por sí misma y en forma ilegal material protegido, sino que comercializaba una “videograbadora” (“VCR” -según sus siglas en inglés) que podría ser empleada a tales fines. Un comprador podría utilizar la videograbadora para fines *legítimos*, tal como la grabación de determinado material para disfrutarlo posteriormente (a veces denominado “grabación programable o ‘time-shifting’”, *Sony*, 464 U.S. - 421), programas televisivos sin protección, o programas protegidos en virtud de un permiso expedido por el titular del derecho de autor. Asimismo, el comprador podría utilizar la videograbadora para fines ilegítimos, tales como el almacenamiento de programas grabados protegidos por el derecho de autor. Del mismo modo, el comprador podría utilizar la videograbadora para grabar programas protegidos bajo circunstancias en las cuales el status jurídico del acto de la grabación resultara incierto (por ejemplo, cuando la copia puede o no haber constituido un “uso justo”, *id.* - 425-426). *Sony* tenía conocimiento de que muchos clientes utilizarían sus videograbadoras para copiar material no autorizado y para “almacenar dicho material”. *Id.* - 458-459 (Ministro Blackmun, voto disidente). La Corte afirmó, no obstante, que ese hecho resultaba insuficiente para responsabilizar a *Sony* por la violación. Y finalmente, el máximo tribunal sostuvo que *Sony* no era responsable de los actos violatorios cometidos por sus clientes.

Al llegar a esta conclusión, la Corte reconoció la necesidad de la legislación -al determinar la responsabilidad secundaria por los derechos de autor, de “encontrar un equilibrio entre la solicitud legítima de los titulares de un derecho de autor respecto de una protección efectiva -y no meramente simbólica- del monopolio legal”, y los derechos de otros para dedicarse libremente a segmentos del comercio no relacionados”. *Id.* - 442. Apuntó a la doctrina del “artículo de comercio de uso generalizado” del derecho de patentes *ibid.*, según la cual el distribuidor de un producto no es responsable por la violación de una patente cometida por sus clientes a menos que dicho producto sea “inadecuado para usos comerciales legítimos”. *Dawson Chemical Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176, 198 (1980). La Corte consideró que la venta de equipo utilizable para el copiado de material “como la venta de otros artículos de comercio, no constituye violación concurrente si el producto es ampliamente utilizado para fines legítimos e inobjetables. *De hecho, sólo es necesario que sea susceptible de usos legítimos significativos*”. *Sony*, 464 U.S. - 442 (expresión enfática). Finalmente, la Corte determinó que la “cuestión” legal en el caso en particular consistía en determinar “si [la videograbadora de *Sony*] es susceptible de usos legítimos comercialmente relevantes” (omitendo dar “significado preciso” a estos términos). *Ibid.* (expresión enfática).

En consecuencia, la Corte aplicó este estándar. El máximo tribunal contaba con un estudio (encargado por el Tribunal de Distrito y luego preparado por los demandados) mediante el cual se mostraba que aproximadamente el 9% de las grabaciones con videograbadoras correspondían a programas de naturaleza religiosa, educacional, y deportiva, que pertenecían a productores y distribuidores que brindaban su testimonio

para *Sony*, y que no objetaban la grabación programable. Véase Brief for Respondent Universal Studios et al. O.T. 1983, No. 81-1687, pp. 52-53; véase también *Sony, supra* - 424 (7,3% del uso que se le da a una videograbadora *Sony* es para grabar programas deportivos; los representantes de las ligas de deportes no presentan objeciones). Un porcentaje mucho mayor de *usuarios* de videograbadoras en algún momento grabaron un programa autorizado, además de grabar programas no autorizados. Y los actores -que no eran una importante cantidad de proveedores satisfechos como en este caso- eran propietarios sólo de un pequeño porcentaje de la programación *no* autorizada total disponible. Véase *ante* - 6-7, y n. 3 (Ministro GINSBURG, voto concurrente). Sin embargo, de todas las grabaciones efectivamente realizadas por los clientes de *Sony*, sólo alrededor del 9% era del tipo al que la Corte hacía referencia como autorizada.

La Corte consideró que la magnitud de la programación autorizada era “relevante”, y también hizo hincapié en el “relevante potencial para copias autorizadas en el futuro”. 464 U.S. - 444. El máximo tribunal fundamentó esta conclusión mediante la cita de los testimonios proporcionados por funcionarios de las ligas deportivas profesionales y de un representante de una transmisión religiosa. *Id.* - 444, y n. 24. Asimismo, debatió acerca de (1) una emisora educativa de Los Angeles afiliada al Servicio de Difusión Pública (“Public Broadcasting Service”) la cual facilitaba muchos de sus programas para que sean objeto de grabaciones caseras, y (2) acerca del programa “Mr. Rogers’ Neighborhood”, un show para niños muy popular. *Id.* - 445. Sobre la base de este testimonio y demás prueba similar, la Corte decidió que los productores de este tipo de difusiones habían autorizado la duplicación de sus programas protegidos por el derecho de autor “en cantidades lo suficientemente importantes como para crear un mercado *significativo* para el uso legítimo de la videograbadora”. *Id.* - 447, n. 28 (expresión enfática).

La Corte, al utilizar el término clave “significativo”, indicó que estas circunstancias por sí solas constituían fundamento suficiente para rechazar la imposición de responsabilidad secundaria. Véase *id.* - 456 (“*Sony* demostró una probabilidad importante acerca de que un número *significativo* de titulares de un derecho de autor no se opondrían a la grabación de programas en diferido” (expresión enfática)). Sin embargo, la Corte respaldó su conclusión al declarar en forma separada que, en cualquier caso, la grabación *no* autorizada de un programa en diferido por lo general no constituía una violación sino un “uso legítimo”. *Id.* - 447-456.

B

Al comparar la prueba y el análisis subyacente de la causa *Sony* con la prueba del caso de *marras*, se demuestra que *Grokster* encuadra en el criterio de *Sony*, relativo a la posibilidad de que un producto de la empresa sea susceptible de usos legítimos significativos y comercialmente relevantes. *Id.* - 442. Por una parte, el propio perito presentado por los actores (en adelante “MGM”) declaró que el 75% de los archivos que en la actualidad están disponibles en *Grokster* son ilegítimos y que el 15% son “probablemente ilegítimos”. Véase App. 436-439, 6-17 (Declaración del Dr. Ingram Olkin); compárese *ante* - 4 (decisión de la Corte). Eso arroja cierta cantidad de archivos -cerca del 10%- en apariencia legítimos, cifra que resulta bastante cercana al 9% aproximado de usos autorizados de una videograbadora para realizar grabaciones programables, que la Corte contempló en *Sony*.

Tal como en la causa *Sony*, los testigos en el proceso que nos ocupa en estos momentos explicaron la naturaleza de los archivos legítimos en la red de *Grokster* sin proporcionar una cuantificación detallada. Esos archivos incluyen lo siguiente:

- Copias autorizadas de música de artistas tales como Wilco, Janis Ian, Pearl Jam, Dave Matthews, John Mayer, y otros. Véase App. - 152-153, 9-13 (Declaración de Aram Sinnreich) (La lección de Wilco ya ha sido adoptada por artistas que aún pertenecen a los sellos discográficos más importantes); *id.* - 170, 5 - 7 (Declaración de Patricia D. Hoekman) (mediante la cual se localizaron “numerosas grabaciones de audio” cuyo intercambio fue autorizado); *id.* - 74, 10 (Declaración de Daniel B. Rung) (en la cual se

describe la relación comercial de Grokster con una empresa que presenta música de miles de artistas independientes).

- Libros electrónicos gratuitos y otras obras de varias editoriales online, como por ejemplo Project Gutenberg. Véase *id.* - 136, 12 (Declaración de Gregory B. Newby) (“Numerosos eBooks de Project Gutenberg autorizados y que pertenecen al dominio público se encuentran disponibles” en Grokster. Project Gutenberg “acepta este intercambio generalizado . . . mediante el uso de estos productos de software[,] ya que nos ayudan a cumplir nuestros objetivos”); *id.* - 159-160, 32 (Declaración de Sinnreich).
- Software autorizado y perteneciente al dominio público, tales como WinZip 8.1. *Id.* - 170, 8 (Declaración de Hoekman); *id.* - 165, 4-7 (Declaración de Busher).
- Videos musicales y segmentos de televisión y cine autorizados distribuidos por video digital con el permiso del titular del derecho de autor. *Id.* - 70, 24 (Declaración de Sean L. Mayers).

La naturaleza de estos y otros archivos legalmente intercambiados es tal que resulta razonable inferir la existencia de cantidades de usos legítimos similares a aquellos analizados en *Sony*. Al menos, MGM no ha ofrecido prueba suficiente para respaldar la resolución de la causa como de puro derecho que pudiera demostrar en forma verosímil una diferencia cuantitativa relevante. Véase *ante* - 4 (voto de la Corte); asimismo véase Brief for Motion Picture Studio and Recording Company Petitioners i (el cual hace referencia a “al menos el 90% del uso total de los servicios”); pero también véase *ante* - 6-7, n. 3 (Ministro GINSBURG, voto concurrente). Para estar seguros, en términos cuantitativos estos usos justifican sólo un pequeño porcentaje del total de usos del producto de Grokster. Pero lo mismo sucedió en la causa *Sony*, en la cual se caracterizó al mercado del copiado autorizado relativamente limitado como “significativo”. (La Corte dejó en claro como en la causa *Sony* que la cantidad de material en ese entonces disponible para el copiado legal -si es que ya no había sido copiado- era significativa, véase 464 U.S. - 444, y lo mismo sucede en el marco de la presente causa).

Es dable destacar que en la causa *Sony* también se utilizó la palabra “susceptible”, en la pregunta relacionada con el hecho de si el producto es “susceptible” de usos legítimos significativos. Su contenido y análisis sugieren que un 10%, si fuera una cifra fija constantemente, bien podría resultar insuficiente, pero que dicha cantidad sirve como fundamento adecuado cuando existe una posibilidad razonable de un uso legítimo generalizado a lo largo del tiempo. Véase *ibid.* (en donde se percibe un “potencial importante para el copiado autorizado en el futuro”). Y su contenido también indica lo apropiado que resulta tener en cuenta los posibles usos futuros del producto para determinar su “capacidad”.

El expediente de esta causa revela un mercado futuro relevante para usos legítimos del software par-a-par como el proporcionado por Grokster. Este software permite el intercambio de *cualquier* tipo de archivo digital -ya sea que ese archivo contenga o no, material protegido por el derecho de autor. Como cada vez existe más información que no es objeto de protección por el derecho de autor almacenada en formato intercambiable, es probable deducir que el intercambio legal par-a-par tendrá mayor prevalencia a medida que transcurra el tiempo. Véase, por ejemplo, App. 142, 20 (Declaración de Brewster Kahle) (“Internet Archive acepta [la] redistribución [de películas autorizadas] por parte de la comunidad de usuarios de Morpheus-Grokster-KaZaa”); *id.* - 166, 8 (Declaración de Busher) (las ventas de entre US\$1.000 y US\$10.000 por mes a través de redes par-a-par “aumentarán en el futuro a medida que el software de evaluación de Acoustica sea distribuido a través de estas redes cada vez más”); *id.* - 156-164, 1-40 (Declaración de Sinnreich).

Y eso es justo lo que sucede. Esos usos legítimos y no violatorios vienen a incluir el intercambio de: *información sobre investigaciones* (propósito original de muchas redes par-a-par); *películas del dominio público* (por ejemplo, las pertenecientes Prelinger Archive); *material educativo digital y grabaciones históricas* (por ejemplo, las almacenadas en el Internet Archive); *fotografías digitales* (por ejemplo, OurPictures está comenzando a brindar un servicio de intercambio de fotografías en redes

par-a-par); “software de evaluación” (*shareware*) y “software gratuito” (*freeware*) (por ejemplo, el software de Linux y ciertos Windows); *archivos seguros de películas y música autorizados* (Intent MediaWorks, por ejemplo, protege el contenido autorizado enviado a través de redes par-a-par); *noticieros del presente y del pasado* (BBC Creative Archive le permite a los usuarios “eliminar, mezclar y compartir la BBC”); *archivos de video y audio creados por el usuario* (incluso “podcasts” (programas de radio o archivos de audio) que pueden ser distribuidos a través del software par-a-par); y *todo tipo de obras gratuitas de “contenido público” reunidas por Creative Commons* (se puede buscar material de Creative Commons en StreamCast). Véase Brief for Distributed Computing Industry Association as *Amicus Curiae* 15-26; Merges, A New Dynamism in the Public Domain, 71 U. Chi. L. Rev. 183 (2004). Considero que del expediente no surgen indicios que sugieran que este tipo de hechos *no* continuarán ocurriendo en forma natural como consecuencia del carácter del software y del avance previsible de Internet y la tecnología de la información. Compárese *ante* - 1-2 (voto de la Corte) (en el cual se debaten los beneficios significativos de la tecnología par-a-par).

Pueden existir otros usos legítimos que aún no son previsibles y que se desarrollan para software par-a-par, tal como la industria del alquiler de películas (que no fue mencionado en la causa *Sony*) se desarrolló por las videograbadoras. Sin embargo, el desarrollo previsible de tales usos, cuando se los considera en conjunto con un 10% aproximado de material legítimo, resulta suficiente para cumplir con el estándar de *Sony*. Y si bien en *Sony* se tomó en cuenta lo obrado en el expediente con posterioridad a la etapa probatoria, no existen hechos esgrimidos por MGM en el marco de esta causa que me conduzcan a creer que el resultado, una vez concluida la etapa probatoria en estos autos, será diferente en algún aspecto. Los tribunales inferiores llegaron a la misma conclusión.

Por supuesto, Grokster por sí mismo puede no desear desarrollar estos otros usos legítimos. Pero el estándar de *Sony* busca proteger no sólo a todos los Grokster de este mundo (que, en todo caso, también podrían ser responsables según la decisión de hoy), sino al desarrollo de la tecnología en líneas más generales. Y los deseos de Grokster es este aspecto no vienen al caso.

La verdadera cuestión, a mi entender, no es el hecho de que la prueba arriada en autos satisfaga o no satisfaga el estándar de *Sony*. Tal como lo he interpretado en ese caso, sí lo hace. De entre las Cámaras de Apelaciones que entendieron en la materia, solamente una propuso interpretar el estándar de *Sony* de manera más estricta de lo que yo lo haría – en un caso en que el producto no habría cumplido con *ningún* estándar. En *Aimster Copyright Litigation*, 334 F. 3d 643, 653 (CA7 2003) (el demandado “no logró demostrar que el servicio se hubiera utilizado *siquiera* en una oportunidad para otros fines que no fueran violatorios de” los derechos de autor (expresión enfática); véase *Matthew Bender & Co., Inc. vs. West Pub. Co.* 158 F. 3d 693, 706-707 (CA2 1998) (el tribunal no exigió que los usos legítimos fueran “predominantes”, simplemente concluyó que *eran* predominantes, y como resultado de ello no produjo análisis alguno acerca de los alcances del estándar de *Sony*; sin embargo, véase lo expuesto más arriba, en 3.n.1 (voto concurrente del Ministro GINSBURG); véase también *A&M Records vs. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004, 1020 (CA9 2001) (en cuanto al análisis del estándar de *Sony*); *Cable/Home Communication Corp. vs. Network Productions, Inc.*, 902 F. 2d 829, 842-847 (CA11 1990) (*idem*); *Vault Corp. vs. Quaid Software, Ltd.*, 847 F. 2d 255,262 (CA5 1988) (*idem*); cf. *Dynacore Holdings Corp. vs. U.S. Philips Corp.*, 363, F. 3d 1263, 1275 (CA Fed. 2004) (*idem*); véase también *Doe vs. GTE Corp.*, 347 F. 3d 655,661 (CA7 2003) (“Una persona puede ser responsable de violación concurrente a derechos de autor si el producto o servicio que vende carece de usos legítimos o solamente es susceptible de usos legítimos triviales”).

La verdadera cuestión, en cambio, consiste en determinar si debiéramos o no modificar el estándar establecido en *Sony*, tal como lo requiere MGM, o interpretarlo de manera más estricta, como creo que lo hace la postura del Ministro GINSBURG en la práctica. Compárese lo expuesto más arriba, en 4-8 (voto concurrente) (prueba insuficiente en este caso tanto de usos legítimos actuales como de una perspectiva razonable de

desarrollo de usos legítimos de importancia con el correr del tiempo) con el estándar de *Sony*, 464 U.S., 442-447 (la conclusión en cuanto a la probable existencia de un fuerte mercado de copias autorizadas se basó en declaraciones generales, ciertos datos provenientes de encuestas y el sentido común.)

Como lo dije anteriormente, el estándar fijado en *Sony* pretendió “establecer un equilibrio entre el requerimiento legítimo del titular de derechos de autor de contar con una protección eficaz –no meramente simbólica– de su monopolio legal, por una parte, y los derechos de terceros de dedicarse libremente a áreas del comercio no relacionadas, por la otra” *Id.* –442. De esta manera, para determinar si es necesario que el estándar establecido en *Sony* sea modificado o bien interpretado con mayor rigor, me preguntaría, en primer lugar, si MGM ha probado que dicho estándar condujo a un equilibrio incorrecto entre los derechos del titular del copyright y los de los creadores de nueva tecnología y en particular, (1) ¿ha trabajado *Sony* (tal como lo interpreto) para proteger a la nueva tecnología?; (2) si así fuera, ¿por qué motivo la modificación o estricta interpretación del estándar habría de debilitar dicha protección? y (3) en tal caso, ¿qué nuevos o necesarios beneficios relacionados con los derechos de autor podrían compensar ese debilitamiento?

A

La primera cuestión es la de más fácil respuesta. La norma fijada en *Sony*, tal como la interpreto, ha brindado a los empresarios la requerida garantía de que estarán protegidos contra reclamos de titulares de derechos de autor cuando lancen nueva tecnología valiosa al mercado.

La norma establecida en el caso Sony es clara. Esa claridad permite a quienes desarrollan nuevos productos susceptibles de ser aplicados a usos legítimos significativos saber con anterioridad que la distribución de esos productos no los hará incurrir en responsabilidad pecuniaria de proporciones masivas. Al mismo tiempo, contribuye a disuadirlos de distribuir productos que no cumplan realmente otra función que no sea la infracción a derechos de autor o que estén destinados específicamente a infringir tales derechos, disuasión que se ve reforzada por el fallo de la Corte (ya que agrega un arma nueva al arsenal jurídico de los titulares de derechos de autor.)

La norma establecida en el caso Sony brinda sólida protección a la tecnología. Deliberadamente, dificulta a los tribunales la atribución de responsabilidad secundaria cuando está en juego una nueva tecnología. Establece que la ley no impondrá responsabilidad por violación de derechos de autor a los distribuidores de tecnologías de uso dual (que no se involucren directamente en la extracción no autorizada de copias) a menos que el producto en cuestión sea empleado *casi exclusivamente* con el propósito de infringir derechos de autor (o a menos que los distribuidores induzcan de manera activa a las infracciones antes descriptas.) Por lo tanto, la norma acuñada en el caso *Sony* reconoce que las leyes sobre derechos de autor no tienen por objetivo desalentar o controlar la creación de nuevas tecnologías, incluidas (tal vez en especial) las que contribuyen a diseminar información e ideas con mayor amplitud o eficiencia. Así, la norma del caso *Sony* protege a VCRs, máquinas de escribir, grabadoras, fotocopadoras, computadoras, reproductores de cassettes y CDs, grabadoras digitales de videos, reproductores de MP3, dispositivos de búsqueda en Internet y toda clase de software par-a-par o punto-a-punto. No obstante, la referida norma no ampara a los decodificadores, aunque *en teoría* se los pueda emplear para usos legítimos. 464 U.S. – 441-442. Compárese el caso *Cable/Home Communication Corp.*, *supra* – 837- 850 (se imputó responsabilidad al creador por promocionar un decodificador de señales televisivas) con el de *Vault Corp.*, *supra.*, 262 (uso primario ilegítimo, pero uso significativo legítimo).

La norma establecida en el caso Sony es progresista. No confina sus alcances a una fotografía instantánea estática de los usos actuales de un producto (amenazando de esta manera a las tecnologías cuyos futuros mercados no se encuentran desarrollados.) Por el contrario, como lo ilus-

tra con claridad el ejemplo del VCR, el mercado de un producto puede evolucionar en forma drástica con el paso del tiempo, y la norma de *Sony*, al referirse a la capacidad de aplicación a usos sustancialmente legítimos, así lo reconoce. La palabra “capaz” en su enunciado se refiere a una probabilidad plausible –no simplemente teórica– de que tales usos surgirán y ese hecho ancla a la norma de *Sony* a la realidad práctica. Cf. *Aimster*, *supra* – 651

La norma establecida en el caso Sony contempla las limitaciones que enfrentan los jueces cuando deben resolver cuestiones asociadas con la tecnología. Los jueces carecen de conocimientos técnicos especializados para contestar los interrogantes que puedan surgir acerca de la probabilidad tecnológica o viabilidad comercial presente o futura de un determinado producto, en cuya respuesta los profesionales de la tecnología, los ingenieros y los capitalistas de riesgo pueden diferir, según centren su atención en la etapa del desarrollo del producto o en la de su distribución. Considérese, por ejemplo, la cuestión relacionada con la posibilidad de que el agregado de dispositivos al software de Grokster conduzca al filtrado de archivos de computación violatorios de derechos de autor. MGM ha admitido que es fácil hacerlo, como lo hacen ciertos “amigos” que producen y venden la tecnología que permite el filtrado. Véase, por ejemplo, *Brief for Motion Picture Studio Petitioners 11* y *Brief for Audible Magic Corp. et al as Amicus Curiae 3-10*. Grokster aduce que no es fácil en absoluto lograr ese filtrado de archivos de computación y que en todo caso no es una solución eficiente, y varios profesores de ciencias informáticas (aparentemente desinteresados) coinciden con su enfoque. Véase *Brief for Respondents 31*, *Brief for Computer Science Professors as Amicus Curiae 6-10, 14-18*. ¿A qué opinión debería darle crédito el juez? *Sony* sostiene que el juez no tendrá necesariamente que decidir.

Dada la naturaleza de la norma establecida en el caso *Sony*, no resulta sorprendente que en el transcurso de los últimos 20 años se hayan iniciado relativamente pocos juicios sobre responsabilidad concurrente por violación de derechos de autor –basados en la teoría de la distribución de productos– contra proveedores de tecnología (un pequeño número de causas ante tribunales federales de alzada y menos de dos docenas de presentaciones ante tribunales de primera instancia en las dos últimas décadas) No he encontrado constancia alguna en las expresiones de agravios o en el expediente que demuestre que la norma establecida en el caso *Sony* haya fracasado en lograr su objetivo tuitivo de las innovaciones.

B

La segunda cuestión, de más difícil respuesta, radica en determinar si la modificación a la norma establecida en el caso *Sony* (o su interpretación estricta) podría conducir a un importante debilitamiento del amparo legal a las nuevas tecnologías. La postura del Ministro GINSBURG exigiría a los demandados la producción de pruebas considerablemente más concretas –más concretas que las presentadas– para merecer el amparo de la norma de *Sony*. Esa exigencia de prueba más contundente y en especial las modificaciones más radicales (equilibrio caso por caso) que pretenden MGM y el Gobierno, podrían, en mi opinión, socavar la protección que hoy ofrece la norma de *Sony*.

Exigir a los demandados que aporten, por ejemplo, prueba detallada –planes comerciales, estimaciones de rentabilidad, proyectos de modificaciones tecnológicas y demás– sin lugar a dudas le haría la vida más fácil a los actores titulares de derechos de autor, pero a la vez aumentaría la incertidumbre legal en torno a la creación o desarrollo de una nueva tecnología susceptible de ser empleada para fines ilegítimos. Inventores y empresarios (en un garaje, dormitorio, laboratorio de empresa o sala de directorio) estarían expuestos (y en muchos casos deberían enfrentar) costosos y prolongados juicios toda vez que creen, produzcan o distribuyan la clase de tecnología de la información que pueda utilizarse con el propósito de infringir derechos de autor. Con frecuencia quedarían preguntándose cómo fue que un tribunal, al proceder al análisis de un determinado producto y sus usos, pudo decidir que ciertas estimaciones o proyecciones burdas constituían prueba suficiente. No tendrían posibilidad alguna de predecir la forma en que los tribunales habrán de estimar los respectivos

valores inherentes a usos lícitos e ilícitos, determinar la eficiencia y conveniencia de la introducción de cambios tecnológicos o evaluar la futura envergadura de los potenciales mercados de un producto. El precio de una estimación equivocada –aun cuando involucre un esfuerzo de buena fe para evaluar la viabilidad técnica y comercial del producto objeto de estudio– podría conducir al pago de importantes sumas de dinero en carácter de indemnización por daños y perjuicios (desde \$750 hasta \$30.000 por *cada obra ilícita*) 17 U.S.C. §504(c)(1). El riesgo y la incertidumbre adicionales podrían resultar en un mayor congelamiento de las innovaciones tecnológicas.

C

La tercera cuestión – el hecho de que un impacto positivo de los derechos de autor pueda o no compensar la pérdida relativa a la tecnología– es la más difícil de responder de las tres. No dudo en cuanto a que una apreciación más incisiva de la norma de *Sony* brindaría, en general, una mayor garantía de percepción de regalías a los titulares de derechos de autor. Pero es más difícil concluir que las ganancias sobre los vaivenes de los derechos de autor superarían a las pérdidas provenientes de los circunloquios tecnológicos.

En principio, la ley no favorece la equiparación de dos clases diferentes de ganancias y pérdidas; mas bien se inclina a favor de la protección de la tecnología. Según lo aclara la propia norma establecida en el caso *Sony*, el fabricante de una tecnología que *permite* la extracción de copias ilegítimas no *participa* directamente en esa extracción –lo que hace que la atribución de responsabilidad a los titulares de derechos de autor con respecto a la creación, producción o distribución de la tecnología sea de una índole realmente excepcional. Véase 464 U.S. – 431 (los tribunales “deben ser circunspectos” en su interpretación de las leyes sobre derechos de autor de forma tal que se las invoque para impedir la distribución de nuevas tecnologías.) Por otra parte, la norma establecida en el caso *Sony* ha sido la pauta legal aplicable durante cierto tiempo, lo que impone a los titulares de derechos de autor como MGM la pesada carga de demostrar la necesidad de cambiar las reglas del juego, entre ellas, la de interpretar el test con mayor rigor. Véase, por ejemplo, *Brief for Motion Pictures Studio Petitioners* 31 (la norma establecida en el caso *Sony* no debería proteger a productos cuyo uso “primario o principal” sea violatorio de derechos de autor).

De todas maneras, la prueba disponible en este momento no justifica, en mi opinión, la necesidad de un cambio. Afirmar esto no implica dudar acerca de la necesidad básica de proteger a cualquier material sobre el que se ejerzan derechos de autor contra eventuales infracciones o violaciones. La Constitución misma pone énfasis en el trascendental papel que desempeñan los derechos de autor en la promoción de las “Artes útiles”. Art. 1, § 8, cl 8. Nadie objeta que “la retribución al autor o artista sirve para inducir la divulgación al público de los productos de su genio creativo”. *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 158 (1948). La extracción deliberada de copias ilegítimas configura una apropiación indebida de bienes de características similares a las del hurto. Véase, por ejemplo, 18 U.S.C. §2319 (delito de violación de derechos de autor); § 1961(1)(B) (la violación de derechos de autor puede ser un acto proclamado sujeto a las disposiciones de la Ley de Organizaciones Corruptas y Extorsionistas (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) §1956(c)(7)(D) (el lavado de dinero comprende el cobro del producido de la violación de derechos de autor.) Sin embargo, estos principios generales no pueden, por sí mismos, indicarnos cómo lograr el equilibrio de los intereses en juego en el caso *Sony* ni decidir si el estándar de *Sony* debe modificarse o no. Por otra parte, en ciertos aspectos clave, falta información.

El hecho de que el estándar establecido en el caso *Sony* no se modifique, ¿conducirá a una disminución importante de la cantidad o calidad del trabajo creativo producido? Este es el interrogante que queda pendiente de respuesta, ya que el objetivo básico de los derechos de autor es la creación y que las metas de percepción de ingresos a través de dichos derechos no es sino un medio para llegar a ese fin. Véase *Twentieth Cen-*

tury Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975) (“El trabajo creativo debe alentarse y recompensarse, pero la motivación privada debe servir en última instancia a la causa de promover el acceso del público en general a la literatura, la música y las demás artes”). La respuesta a esta cuestión dista de ser clara.

Es probable que la extracción no autorizada de copias disminuya los ingresos de la industria, pero no queda claro en qué montos. Compárese *S. Liebowitz*, “Will MP3 Downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence So Far”, página 2 (junio de 2003). <http://www.utdallas.edu/liebowit/intprop/records.pdf> (en este sitio se encuentran todos los materiales de Internet visitados hasta el 24 de junio de 2005, y disponibles en el expediente obrante en la Secretaría de la Corte) (el hecho de compartir archivos de computación ha sido la causa de la declinación de la venta de música) y *Press Release: Informa Media Group Report* (donde se cita a “*Music on the Internet*”, Quinta Edición, 2004: se estima que el total de ventas perdidas por la industria de la música suman dos mil millones de dólares anuales), en <http://www.informatm.com> con F. Oberholzer & K. Strumpf. “*The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis*”, página 24 (marzo de 2004) www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf (el estudio académico concluye que “el hecho de compartir archivos de computación no surte efectos estadísticamente significativos sobre las compras del promedio de los álbumes”); McGuire, “*Study: File-Sharing No Threat to Music Sales*” (29 de marzo de 2004). <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A34300-2004Mar29?language=printer> (análisis de prueba de carácter mixto).

La medida en que la producción relacionada ha declinado realmente en consecuencia continúa siendo incierta, pero existen buenas razones para creer que la declinación, si la ha habido, no fue significativa. Véase, verbigracia, *M. Madden* “*Pew Internet & American Life Project. Artists, Musicians and the Internet*”, página 21; http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Artists.Musicians_Report.pdf (casi el 70% de los músicos cree que el hecho de compartir archivos de computación es una amenaza de menor entidad o no constituye amenaza alguna para las industrias creativas); *Benker*, “*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*”, 114 *Yale L. J.*, 273, 351-352 (2004) (“Gran parte de los ingresos actuales para los artistas – provenientes de actuaciones y otras fuentes– es estable aun asumiendo un total desplazamiento del mercado de los CDs por la distribución par-a-par... (I) sería tonto pensar que la música, una forma cultural sin la cual no ha existido ninguna sociedad humana, deje de existir en nuestro mundo (en razón de las transferencias ilícitas de archivos de computación).

Es dable destacar que los titulares de derechos de autor disponen de otras herramientas para reducir la piratería y contrarrestar cualquier amenaza que se cierna sobre su producción creativa. Tal como lo aclara la opinión vertida hoy, todo titular de un derecho de autor puede iniciar acción legal contra un proveedor de tecnología siempre que pueda probarse su intención específica de infringir tal derecho (de la clase que la Corte describe). *Ante* – 24 (opinión de la Corte). Servicios como el de Grokster bien pueden tildarse de violatorios de derechos de autor de conformidad con la teoría de la inducción.

Por otra parte, los titulares de derechos de autor siempre han estado facultados por ley a entablar una demanda tradicional por violación de tales derechos contra quienes extraigan ilegítimamente copias del material protegido. De hecho, desde septiembre de 2003, la RIIA (*Recording Industry Association of America*) inició “miles de juicios contra personas por haber compartido material protegido por derechos de autor”. *Walker*, *New Movement Hits Universities: Get Legal Music*, *Washington Post*, 17 de marzo de 2005. En estas actuaciones judiciales se han otorgado indemnizaciones por daños y perjuicios a titulares de derechos de autor. Dichos juicios han servido como herramienta de enseñanza, dejaron en claro que el hecho de compartir archivos de computación sin autorización es ilícito y, en apariencia, ha surtido importantes efectos disuasivos. Véase, por ejemplo, *L. Rainie, M. Madden, D. Hess & G. Mudd*, *Pew Internet Project and comScore Media Metrix Data Memo: “The state of music downloading and file-sharing online”*, páginas 2, 4, 6, 10 (abril de 2004). www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Filesharing_April_04.pdf (la canti-

dad de personas que descargan archivos de computación cayó de un pico de 35 millones a unos 23 millones aproximadamente durante el año siguiente a la iniciación de los primeros juicios; el 38% de quienes continúan descargando archivos de computación informan haberlo hecho una menor cantidad de veces debido a los juicios); *M. Madden & L. Rainie, Pew Internet Project Data Memo: Music and video downloading moves beyond P2P*, página 7 (marzo de 2005); www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Filesharing_March_05.pdf (la cantidad de personas que descargan archivos de computación se está “inflando” pero “continúa estable muy por debajo del nivel pico); *Groennings, Note, Costs and Benefits of the Recording Industry’s Litigation Against Individuals*, 20 *Berkeley Technology L.J.* 571 (2005). No obstante, véase *Evangelista, Downloading Music and Movie Files is as Popular as Ever*, *San Francisco Chronicle*, 28 de marzo de 2005, página E 1 (se refiere a “la continua ola de flagrantes violaciones a derechos de autor”, mientras advierte que la RIAA sostiene que “la campaña de juicios y educación pública por lo menos ha contenido el problema.”)

Además, los titulares de derechos de autor pueden desarrollar nuevos dispositivos tecnológicos para poner coto a la violación de esos derechos. Una nueva tecnología, denominada de “marca de agua digital” y de “impresión de huellas digitales” permite la encriptación dentro de los archivos de computación información sobre el autor y sobre el alcance de los derechos de autor y fecha de su registro, mientras que las “huellas digitales” ayudan a exponer a los infractores. (*RIIA Reveals Method to Madness*, *Wired News*, 28 de agosto de 2003). <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,60222,00.html> *Besek, Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, 27 *Colum. J. L. & Arts* 385, 391, 451 (2004). Otra tecnología permite, a través de la encriptación, restringir potencialmente la capacidad de los usuarios de realizar una copia digital. Véase *J. Borland, Tripping the Rippers*, *C/net News.com* (28 de septiembre de 2001). http://news.com.com/Tripping+the+rippers/2009=1023_3=273619.html. No obstante, véase *Brief for Bridgemar Services Ltd. as Amicus Curiae* 5-8 (donde se alega que los proveedores de servicios par-a-par o punto-a-punto pueden bloquear los intercambios de archivos de computación con mayor facilidad).

Al mismo tiempo, los adelantos tecnológicos han desalentado la extracción ilegítima de copias al abaratar y facilitar la extracción de copias legítimas (verbigracia, la descarga de piezas musicales con autorización de los titulares de los respectivos derechos de autor.) Diversos servicios venden música por menos de un dólar por canción. (Walmart.com, por ejemplo, cobra 88 centavos de dólar). En consecuencia, numerosos consumidores que en un comienzo fueron atraídos por la conveniencia y flexibilidad de servicios similares a los que presta Grokster están recurriendo actualmente a servicios pagos legítimos (con autorización para extraer copias) que les permiten disfrutar a bajo costo de una mayor conveniencia y flexibilidad sin tener que involucrarse en un intercambio ilícito. Véase *Wu, “When Code Isn’t Law”*, 89 *Va. L. Rev.* 679, 731-735 (2003) (en los que se advierte acerca de la prevalencia de problemas tecnológicos en sitios de intercambios gratuitos) *K. Dean, P2P Tilts Toward Legi-*

timacy. *wired.com Wired News* (24 de noviembre de 2004). <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,65836,00.html>. *M. Madden & L. Rainie*, Marzo de 2005, *Data Memo*, *supra*, 6-7 (el porcentaje de personas que descargan archivos y utilizan servicios pagos se elevó del 23% al 48% en un año, a la vez que la cantidad de personas que utilizan servicios gratuitos se redujo del 58% al 41%.)

De esta manera, los servicios de descarga legítima de música – los que cobran una tarifa a sus clientes por descargar música y pagan regalías a los titulares de los respectivos derechos de autor– continuaron creciendo y obteniendo importantes ingresos. Véase *Brief for Internet Law Faculty como Amici Curiae* 5-20. *Bruno, Digital Entertainment: Piracy Fight Shows Encouraging Signs* (5 de marzo de 2005), disponible en *LEXIS, News Library, Billboard File* (en el 2004, los consumidores en todo el mundo adquirieron más de 10 veces el número de pistas digitales adquiridas en el 2003; el mercado global de música digital, en el que se registraron operaciones por 330 millones de dólares en el 2004, duplicará esa cifra en el 2005. *Press Release, Informa Media Report*, *supra* (es probable que los ingresos globales del mercado digital superen los 3.000 millones de dólares en el 2010). *Ashton (Federación Nacional de la Industria Pornográfica) Predicts Downloads Will Hit the Mainstream*, *Music Week*, 29 de enero de 2005, página 6 (los sitios de música legítimos y los reproductores portátiles de MP3 (iPods) “están ayudando a transformar el mercado de música digital” en “una experiencia de consumo cotidiano.”) También han comenzado a desarrollarse redes P2P no orientadas a la música, abrevando en parte de las lecciones de Grokster.

Por último, tal como se reconoce en el caso *Sony*, la opción legislativa continúa disponible. Los tribunales están menos preparados que el Congreso para la tarea de “acomodarse plenamente a las variadas permutaciones de intereses competitivos inevitablemente enlazados con la nueva tecnología”. *Sony*, 464 U.S. – 431; véase, verbigracia, la ley sobre grabaciones de audio hogareñas (*Audio Home Recording Act*) de 1992, 106 Stat. 4237 (que complementa las disposiciones del art. 17, capítulo 10 del U.S.C.) Cómo proteger a las innovaciones y creaciones artísticas a la vez que se previene la piratería: Audiencia ante la Comisión del Senado sobre el Poder Judicial, Año 108 del Congreso, Segunda Sesión, 22 de julio de 2004.

No sé si estos adelantos y demás alternativas similares resultarán suficientes, pero estoy absolutamente seguro de que, a la luz de su existencia, no ha quedado demostrada hasta el momento la necesidad de modificar el estándar establecido en el caso *Sony* (o de interpretarlo con mayor rigor.) Esta circunstancia, sumada a los riesgos adicionales que la modificación (o interpretación más estricta) del estándar impondría a las innovaciones tecnológicas, me lleva a concluir que debiéramos conservar el estándar de *Sony* inalterado, y darle la interpretación que le he asignado. Interpretado de esta manera, el referido estándar requiere reafirmar la decisión adoptada por el tribunal con jurisdicción en el Noveno Circuito con respecto a los aspectos relevantes de la cuestión planteada en *Sony*.

Por los motivos expuestos, expreso mi disidencia con relación a la postura del Ministro GINSBURG, pero concuerdo con la opinión de la Corte, a la que adhiero.

— • —