

**SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE
DE LOS ESTADOS UNIDOS
DEL 27 DE JUNIO DE 2005:
METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC.
ET AL. VS. GROKSTER, LTD. ET AL.**

Suprema Corte de los Estados Unidos*

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al.

vs.

Grokster, Ltd. et al.

Elevado a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos
para el Noveno Circuito

n.º 04-480

Discutido el 29 de marzo de 2005

Decidido el 27 de junio de 2005

Las compañías demandadas distribuyen *software* gratis que permite a los usuarios de computador compartir archivos electrónicos por medio de redes ‘peer-to-peer’ (P2P), así llamadas porque los computadores se comunican directamente entre sí, no a través de servidores centrales. Aunque esas redes pueden ser utilizadas para compartir cualquier tipo de archivo digital, los receptores del *software* de las demandadas las han empleado principalmente para compartir sin autorización archivos de música y video con derechos de autor. Reclamando perjuicios y una medida cautelar, un grupo de estudios cinematográficos y otros propietarios de derechos de autor (en adelante MGM) demandaron a las demandadas por violación de los derechos de autor por parte de sus usuarios, alegando que las demandadas distribuyeron su *software* con conocimiento e intención para facilitar a los usua-

* El Comité Editorial de la *Revista La Propiedad Inmaterial* agradece de manera especial al doctor LEOPOLDO VILLAR por su esmerada y cuidadosa labor de traducción al español de este texto judicial cuya versión original se encuentra en inglés.

rios el acceso indebido a obras con derechos de autor en violación de la Ley de Derechos de Autor.

Se descubrió que miles de millones de archivos son compartidos mensualmente a través de redes 'peer-to-peer'. Las demandadas son conscientes de que los usuarios utilizan su *software* principalmente para descargar archivos con derechos de autor, aunque las redes descentralizadas no revelan cuáles archivos son copiados y cuándo. En algunas ocasiones las demandadas se han enterado directamente de la infracción cuando los usuarios les han preguntado por correo electrónico acerca de las obras con derechos de autor y las demandadas les han contestado con orientación. Las demandadas no son solo receptoras pasivas de información sobre infracciones. El récord está lleno de pruebas de que cuando empezaron a distribuir su *software* gratis, cada una de ellas expresó claramente el objetivo de que los receptores utilizaran el *software* para descargar trabajos con derechos de autor y dieron pasos para estimular su infracción. Después de que el notorio servicio de distribución de archivos Napster fue demandado por propietarios de derechos de autor por facilitar la infracción de dichos derechos, ambas demandadas se promovieron y mercadearon como alternativas de Napster. Ellas no reciben ingresos de los usuarios pero, en cambio, generan ingresos al vender espacio de publicidad y encauzar después la publicidad hacia sus usuarios. A medida que aumenta el número de usuarios, las oportunidades de publicidad valen más. No hay prueba de que alguna de las demandadas hizo un esfuerzo para filtrar materiales con derechos de autor de los obtenidos por los usuarios o para impedir de alguna otra manera la distribución de archivos con derechos de autor.

Aunque reconoció que los usuarios de las demandadas habían violado directamente los derechos de autor de MGM, la Corte de Distrito les otorgó a estas juicio sumario respecto de la responsabilidad derivada de la distribución de su *software*. El Noveno Circuito confirmó. Este leyó *Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417, como sosteniendo que la distribución de un producto comercial apto para usos sustanciales no infractores no puede dar lugar a responsabilidad coadyuvante por infracción, a menos que el distribuidor tuviera conocimiento real de instancias específicas de infracción y no hubiera actuado con base en ese conocimiento. El Circuito halló que las demandadas no eran responsables porque la Corte de Apelaciones encontró que el *software* era apto para usos sustanciales no infractores y porque las demandadas no tenían conocimiento real de infracciones debidas a la arquitectura descentralizada del *software*. También afirmó que las demandadas no contribuyeron materialmente a las infracciones por parte de sus usuarios porque fueron estos quienes buscaron, descargaron y guardaron los archivos protegidos, sin participación de las demandadas distinta a la de suministrar el *software* en primer lugar. Finalmente, el tribunal sostuvo que a las demandadas no se les podía responsabilizar bajo la teoría de la responsabilidad indirecta porque no monitorearon ni controlaron el uso del *software*, no poseían derecho acordado o capacidad para supervisar dicho uso, y no tenían el deber de vigilar las infracciones.

Considerado: Quien distribuye un objeto con el fin de promover su empleo para infringir derechos de autor, fin demostrado por claras expresiones u otros pasos afirmativos dados para estimular la infracción, yendo más allá de la simple distribución con conocimiento de la acción de terceros, responde por los actos ilegales de terceros que usen el objeto, sin consideración por los usos legales del mismo (pp. 10-24).

(a) La tensión entre los valores enfrentados de apoyar la creatividad mediante la protección de los derechos de autor y promover la innovación tecnológica mediante la limitación de la responsabilidad por infringirlos es el meollo de este caso. A pesar de las consideraciones en contrario, el argumento a favor de imponer la responsabilidad indirecta es poderoso aquí, dado el número de infracciones que ocurren diariamente con el uso del *software* de las demandadas. Cuando un producto ampliamente compartido es empleado para cometer infracciones, puede resultar imposible defender efectivamente los derechos sobre las obras protegidas contra todos los infractores directos, así que la única alternativa práctica es ir contra el distribuidor del producto como responsable secundario bajo la teoría de la responsabilidad indirecta o coadyuvante. Se contribuye a la infracción al inducir intencionalmente o estimular la infracción directa, y se coadyuva a la infracción al beneficiarse de la infracción directa mientras se declina el ejercicio del derecho a detenerla o limitarla. Aunque “la Ley de Derechos de Autor no hace expresamente responsable a nadie por las infracciones (de otro)”, *Sony*, 464 U. S., en 434, estas doctrinas de responsabilidad secundaria emergen de principios del derecho común y están bien establecidas en la ley, *e. g., id.*, en 486, pp. 10-13.

(b) *Sony* se refirió a una demanda de que la responsabilidad secundaria por infracción de derechos de autor puede derivarse de la simple distribución de un producto comercial. Allí, los propietarios de los derechos demandaron a *Sony*, el fabricante de las videograbadoras, alegando que era responsable coadyuvante de las infracciones ocurridas cuando los dueños de las videograbadoras grababan programas con derechos de autor. La evidencia demostró que el principal uso de las videograbadoras era el de cambiar el tiempo (*time-shifting*), o sea grabar un programa para verlo después a una hora más conveniente, lo que la Corte consideró un uso justo y no infractor. 464 U. S., en 423-24. Además, no había pruebas de que *Sony* hubiera deseado provocar grabaciones violatorias de derechos de autor o dar pasos encaminados a aumentar sus utilidades mediante la grabación ilegal. *Id.*, en 438. Ante estos hechos, la única base concebible de responsabilidad estaba en la teoría de la infracción coadyuvante mediante la distribución de un producto. *Id.*, en 439. La Corte sostuvo que *Sony* no era responsable porque las videograbadoras eran “aptas para significativos usos comerciales no infractores”. *Id.*, en 442. Esta teoría reflejó el básico y tradicional artículo de doctrina comercial contenido en la ley de patentes de que la distribución de un componente de un artículo patentado no viola la patente si es apto para su uso en otras formas. 35 U. S. C. &271 (c). La doctrina absuelve la conducta equívoca de vender un ítem con usos legales e ilegales

y limita la responsabilidad a instancias de falta más aguda. En este caso, el Noveno Circuito malinterpretó *Sony* para significar que cuando un producto es apto para sustancial uso legal, el productor no puede ser responsable coadyuvante por las infracciones de terceros que lo usen, incluso cuando se muestra un propósito real de causar un uso infractor, a menos que los distribuidores tuvieran conocimiento específico de las infracciones en el tiempo en que coadyuvaron a las mismas y que no hubieran actuado con base en ese conocimiento. *Sony* no desplazó otras teorías de responsabilidad secundaria (pp. 13-17).

(c) Nada en *Sony* obliga a las cortes a ignorar la evidencia de la intención de promover infracciones si esa evidencia existe. Nunca se quiso extinguir las reglas de responsabilidad basada en faltas que se derivan del derecho común. 464 U. S., en 439. Donde la evidencia va más allá de las características de un producto o del conocimiento de que este puede ser aplicado a usos infractores, y muestra declaraciones o acciones dirigidas a promover la infracción, la tradicional regla de *Sony* no excluye la responsabilidad. En el derecho común, un acusado de infringir patente o derecho de autor que “no solo esperaba sino invocaba (el uso infractor) mediante publicidad” fue responsabilizado de infracción. *Kalem Co. vs. Harper Brothers*, 222 U. S. 55, 62-63. La regla sobre inducción a la infracción, como fue desarrollada en los primeros casos, no es diferente hoy. La evidencia de pasos encaminados a estimular la infracción directa, como dar publicidad a un uso infractor o dar instrucciones sobre cómo realizar un uso infractor, muestra un intento afirmativo de que el producto sea usado para infringir y contrarresta la renuencia de la ley a hallar responsabilidad cuando un acusado simplemente vende un producto comercial apto para algún uso ilegal. Una regla que basa la responsabilidad en la expresión y conducta resueltas y culpables no hace nada para comprometer el comercio legítimo o para desestimular la innovación que contenga una promesa legítima (pp. 17-20).

(d) Sobre el récord presentado, el objetivo ilegal de las demandadas es indiscutible. La clásica instancia de inducción es mediante publicidad o solicitud que transmite un mensaje diseñado para estimular a otros a cometer infracciones. MGM argumenta persuasivamente que ese mensaje aparece aquí. Tres aspectos de la evidencia de intención son especialmente notables. Primero, cada una de las demandadas mostró que buscaba satisfacer una fuente conocida de demanda de infracciones de derechos de autor, el mercado que comprendía los previos usuarios de Napster. Los esfuerzos de las demandadas para suministrar servicios a los previos usuarios de Napster indican un intento principal, si no exclusivo, de producir infracciones. Segundo, ninguna de las demandadas intentó desarrollar herramientas de filtración u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora de los usuarios de su *software*. Aunque el Noveno Circuito consideró irrelevante esa falla porque las demandadas carecían de una obligación independiente de monitorear la actividad de sus usuarios, esta evidencia subraya su facilitación intencional para las infracciones de sus usuarios. Tercero, las demandadas hacen dinero con la venta de espacio de publicidad, y luego al dirigir anuncios a las pantallas de los

computadores que utilizan su *software*. Mientras más se use su *software*, más avisos son enviados y es mayor el ingreso por publicidad. Como el grado en que se use el *software* determina la ganancia para los distribuidores, el sentido comercial de sus empresas se basa en un alto volumen de uso, que es infractor como lo muestra el récord. Esta sola evidencia no justificaría una inferencia de intención ilegal, pero su importancia es clara dentro del contexto de todo el récord (pp. 20-23).

(e) Además de la intención de producir infracciones y la distribución de un artículo apto para uso infractor, la teoría de la inducción exige prueba de infracción real por parte de los receptores del artículo, en este caso el *software*. Hay pruebas de esa infracción en una escala gigantesca. El juicio sumario para las demandadas fue un error porque hay evidencia sustancial que apoya a MGM en todos los elementos. En previsión, hay lugar a la reconsideración de la moción de juicio sumario de MGM (pp. 23-24).

380 F. 3d 1154, evacuado y devuelto.

El magistrado SOUTER presentó la opinión para una Corte unánime. La magistrada GINSBURG presentó una opinión concurrente, a la que adhirieron los magistrados REHNQUIST y KENNEDY. El magistrado BREYER presentó una opinión concurrente a la que adhirieron los magistrados STEVENS y O'CONNOR.

Opinión de la
Suprema Corte de los Estados Unidos
n.º 04-480

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al.
vs.
Grokster, Ltd. et al.

Sobre auto elevado a la Corte de Apelaciones
de los Estados Unidos para el Noveno Circuito
(27 de junio de 2005)

El magistrado SOUTER presentó la opinión de la Corte.

La pregunta es bajo cuáles circunstancias el distribuidor de un producto apto para usos tanto legales como ilegales es responsable por los actos de infracción de derechos de autor por terceros que usen el producto. Sostenemos que quien distribuye un aparato con el fin de promover su uso para infringir derechos de autor, demostrado por una clara expresión u otros pasos afirmativos encaminados a estimular la infracción, es responsable por los actos infractores resultantes por parte de terceros.

I

A

Las demandadas, Grokster, Ltd. y StreamCast Networks, Inc., acusadas en la corte, distribuyen productos de *software* gratis que permiten a los usuarios de computadores compartir archivos electrónicos a través de redes '*peer-to-peer*', así llamadas porque los usuarios de computadores se comunican directamente entre sí, no por medio de servidores centrales. La ventaja de las redes *peer-to-peer* sobre las redes de información de otras clases se demuestra por su sustancial y creciente popularidad. Debido a que aquellas no necesitan un servidor central para mediar el intercambio de información o de archivos entre los usuarios, no se requiere la capacidad de comunicación de alta amplitud de banda de un servidor y se elimina la necesidad del costoso espacio de almacenamiento del servidor. Como las copias de un archivo (especialmente uno muy popular) están disponibles en muchos computadores de los usuarios, las búsquedas y descargas de archivos pueden ser más rápidas que en otros tipos de redes, y como los intercambios de archivos no viajan por conducto de un servidor, se puede realizar comunicaciones entre los computadores que permanezcan conectados a la red sin el riesgo de que una falla en el servidor pueda incapacitar la totalidad de la red. En vista de estos beneficios en seguridad, costo y eficiencia, las redes *peer-to-peer* son empleadas para almacenar y distribuir archivos electrónicos por universidades, entidades gubernamentales, corporaciones y bibliotecas, entre otros.

Otros usuarios de redes *peer-to-peer* son los receptores individuales del *software* de Grokster y de StreamCast, y aunque las redes de las cuales ellos disfrutaban mediante el uso del *software* pueden ser usadas para compartir cualquier tipo de archivos digitales, las han usado en forma prominente para compartir archivos de música y video con derechos de autor sin autorización. Un grupo de propietarios de derechos de autor (MGM para abreviar, pero entre ellos estudios de cine, compañías de grabación, autores y editores de canciones) demandó a Grokster y StreamCast por las infracciones de sus usuarios, alegando que aquellas distribuyeron su *software*, con conocimiento e intención, para facilitar a sus usuarios la reproducción y distribución de obras con derechos de autor en violación de la Ley de Derechos de Autor, 17 U. S. C. &101 *et seq.* (ed. 2000 y Supp. II). MGM reclamó daños y una medida cautelar.

Se descubrió durante el litigio la forma en que trabajaba el *software*, los objetivos comerciales de cada compañía acusada y las predilecciones de los usuarios. El *software* emblemático de Grokster utiliza lo que se conoce como tecnología *FastTrack*, un protocolo desarrollado por otros y autorizado a Grokster. StreamCast distribuye un producto muy parecido con la excepción de que su *software*, llamado *Morpheus*, se basa en lo que se conoce como tecnología *Gnutella*. Un usuario que descarga e instala cualquiera de estos *softwares* posee el protocolo para enviar

peticiones de archivos directamente a los computadores de otros usuarios que empleen un *software* compatible con *FastTrack* o *Gnutella*. En la red de *FastTrack* abierta por el *software* de Grokster, la petición del usuario va a un computador con capacidad de actuar como fichero, llamado supernodo, o a otro computador con poder comparable y capacidad de recolectar índices temporales de los archivos disponibles en los computadores de los usuarios conectados a él. El supernodo (o computador fichero) busca en su propio índice y puede comunicar la petición a otros supernodos. Si se encuentra el archivo, el supernodo revela su localización al computador que lo pide y el usuario interesado puede descargarlo directamente del computador localizado. El archivo copiado es situado en un folder de repartición designado por el usuario del computador, donde queda a disposición de otros usuarios, junto con cualquier otro archivo en ese folder.

En la red de *Gnutella* a la que da acceso el *Morpheus* el proceso es casi igual, excepto que en algunas versiones del protocolo de *Gnutella* no hay supernodos. En estas versiones, los computadores *peer* que utilizan el protocolo se comunican directamente entre sí. Cuando un usuario introduce una petición en el *software Morpheus*, este la envía a los computadores conectados con él, que a su vez pasan la solicitud a otros computadores conectados a la red. Los resultados de la búsqueda son comunicados al computador que hace la solicitud y el usuario puede descargar los archivos deseados directamente de los computadores *peer*. Como lo indica esta descripción, Grokster y StreamCast no emplean servidores para interpretar el contenido de las solicitudes o para mediar en la transferencia de archivos realizada por los usuarios del *software*, de modo que no hay un punto central por el cual pase la sustancia de las comunicaciones en cualquier dirección.

Aunque Grokster y StreamCast no se enteran, por lo tanto, cuando los archivos son copiados, unas pocas búsquedas con el uso de su *software* mostrarán lo que está disponible en las redes a las que llega el *software*. MGM encargó a un estadístico realizar una búsqueda sistemática y su estudio mostró que cerca de 90 por ciento de los archivos disponibles para ser descargados en el sistema *FastTrack* eran obras con derechos de autor. Grokster y StreamCast discuten esta cifra, planteando problemas metodológicos y argumentando que la copia gratis, aun de obras con derechos de autor, puede ser autorizada por los poseedores de los derechos. También argumentan que los potenciales usos no infractores de su *software* son significativos en especie, aunque sean infrecuentes en la práctica. Algunos intérpretes musicales, por ejemplo, han ganado nuevas audiencias mediante la distribución gratuita de sus obras con derechos de autor a través de las redes *peer-to-peer*, y algunos distribuidores de contenidos no protegidos han empleado las redes *peer-to-peer* para diseminar archivos, por ejemplo, de SHAKESPEARE. En efecto, StreamCast ha dado a los usuarios de *Morpheus* la oportunidad de descargar los escritos en este caso particular, aunque su popularidad no ha sido cuantificada.

Respecto de la cuantificación, la evidencia anecdótica y estadística que las partes han presentado hasta ahora para mostrar el contenido disponible en las redes *Fast-*

Track y *Gnutella* no dice mucho sobre cuáles archivos son realmente descargados por los usuarios, y nadie puede decir con cuánta frecuencia el *software* es utilizado para obtener copias de material no protegido. Pero las pruebas de MGM dan razón para pensar que la gran mayoría de las descargas de archivos de los usuarios son actos de infracción, y como se sabe que mucho más que 100 millones de copias del *software* en cuestión han sido descargadas, y miles de millones de archivos son compartidos mensualmente a través de las redes *FastTrack* y *Gnutella*, el alcance probable de las infracciones a los derechos de autor es asombroso.

Grokster y StreamCast aceptan la infracción en la mayoría de las descargas de archivos, Texto para las Demandadas 10, n.6, y es indiscutido que ellas son conscientes de que los usuarios emplean su *software* principalmente para descargar archivos con derechos de autor, aunque las redes descentralizadas *FastTrack* y *Gnutella* no revelen cuáles archivos están siendo copiados y cuándo. De tiempo en tiempo, sin embargo, las compañías se han enterado directamente de las infracciones de sus usuarios, por las preguntas que éstos han enviado por correo electrónico a cada una de ellas sobre el uso de películas protegidas que han descargado, y que las compañías han respondido con orientación. App. 559-563, 808-816, 939-954. Y MGM notificó a las compañías sobre 8 millones de archivos protegidos que podían obtenerse empleando su *software*.

Grokster y StreamCast, sin embargo, no son simples receptoras pasivas de información relacionada con el uso infractor. El récord está lleno de evidencias de que desde el momento en que Grokster y StreamCast comenzaron a distribuir su *software* gratis, cada una expresó claramente el objetivo de que los receptores lo utilizaran para descargar obras protegidas, y ambas dieron pasos activos encaminados a estimular las infracciones.

Después de que el notorio servicio de distribución de archivos Napster fue demandado por poseedores de derechos de autor como facilitador de la infracción de esos derechos, *A & M Records, Inc. vs. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (ND Cal. 2000), afirmado en parte, revisado en parte, 239 F. 3d 1004 (CA9 2001), StreamCast regaló un programa de *software* de una clase conocida como *OpenNap*, diseñado para ser compatible con el programa de Napster y abierto a los usuarios de Napster para la descarga de archivos de los computadores de otros usuarios de Napster y de *OpenNap*. Las pruebas indican que “fue siempre la intención (de StreamCast) usar (su red *OpenNap*) para poder capturar direcciones electrónicas de (su) mercado objetivo inicial para que (ella) pudiera promover su conexión con (su) StreamCast *Morpheus*, App. 861; en efecto, el programa *OpenNap* fue estructurado “para apalancar la base de 50 millones de usuarios de Napster”, *id.*, en 746.

StreamCast monitoreó tanto el número de usuarios que descargaban su programa *OpenNap* como el número de archivos musicales descargados por ellos. *Id.*, en 861, 867, 1039. También utilizó la red resultante de *OpenNap* para distribuir copias del *software* *Morpheus* y para estimular a los usuarios a adoptarlo. Documentos internos de la compañía indican que StreamCast esperaba atraer grandes

números de previos usuarios de Napster si esa compañía era cerrada por orden judicial o por otra razón, y que StreamCast planeaba ser la siguiente Napster. *Id.*, en 861. Un folleto preparado por StreamCast para entregarlo a publicistas, por ejemplo, contenía artículos de prensa sobre el potencial de StreamCast para capturar previos usuarios de Napster, *id.*, en 568-572, y aquella se presentaba a algunos potenciales anunciadores como una compañía “que es parecida a lo que fue Napster”, *id.*, en 884. La compañía transmitió anuncios a los usuarios de otros *softwares* compatibles con el de Napster, urgiéndolos a adoptar su *OpenNap*. *Id.*, en 586. Un correo electrónico interno de un ejecutivo de la compañía afirmó: “Hemos puesto en funcionamiento esta red para que cuando Napster desconecte su servicio gratuito... o si la Corte le ordena cerrar antes de eso... estemos posicionados para capturar el grueso de sus 32 millones de usuarios que estarán buscando activamente una alternativa.” *Id.*, en 588-589, 861.

Así, StreamCast desarrolló materiales promocionales para mercadear su servicio como la mejor alternativa de Napster. Un aviso propuesto decía: “Napster Inc. ha anunciado que pronto empezará a cobrarle a usted una cuota. Esto es, si primero los tribunales no le ordenan cerrar. ¿Qué hará usted frente a eso? *Id.*, en 897. Otro anuncio propuesto pregonaba el *software* de StreamCast como la “alternativa número uno de Napster” y preguntaba: “Cuando se apagaron las luces de Napster... ¿a dónde fueron los usuarios?” *Id.*, en 836 (elipsis en el original). StreamCast hasta planeó hacer gala de los usos ilegales de su *software*; cuando lanzó la red *OpenNap*, el principal funcionario tecnológico de la compañía afirmó que “la meta es crearse problemas con la ley y ser demandado. Es la mejor manera de salir en las noticias”. *Id.*, en 916.

Las pruebas de que Grokster buscó capturar el antiguo mercado de Napster son más escasas pero reveladoras, pues Grokster lanzó su propio sistema *OpenNap*, llamado *Swaptor*, e insertó códigos digitales en su sitio *web* para que los usuarios de computador que emplearan motores de búsqueda para encontrar “Napster” o “distribución de archivos gratis” fueran dirigidos al sitio *web* de Grokster, donde podían descargar el *software* de Grokster. *Id.*, en 992-993. Y el nombre Grokster es un aparente derivado de Napster.

Los ejecutivos de StreamCast monitorearon el número de canciones de ciertos artistas comerciales disponibles en sus redes e indicaron en una comunicación interna que se proponían tener en ellas un número mayor de canciones protegidas que otras redes de distribución de archivos. *Id.*, en 868. El punto, por supuesto, era atraer usuarios con inclinación infractora, como lo era el de sus materiales de promoción desarrollados para mostrar canciones protegidas como ejemplos de la clase de archivos disponibles a través de *Morpheus*. *Id.*, en 848. *Morpheus*, en efecto, permitía a los usuarios buscar específicamente las canciones “Top 40”, *id.*, en 735, que inevitablemente estaban protegidas. Igualmente, Grokster envió a los usuarios una carta informativa promoviendo su capacidad de suministrar materiales popu-

lares determinados, protegidos por derechos de autor. Texto para los reclamantes de estudios cinematográficos y compañías de grabación. 7-8.

Además de estas pruebas de actos expuestos de promoción, mercadeo e intención de promoverlos aún más, los modelos de negocios empleados por Grokster y StreamCast confirman que su objetivo principal fue el uso de su *software* para descargar obras protegidas. Grokster y StreamCast no reciben ingreso de los usuarios, que obtienen el *software* por nada. En cambio, ambas compañías generan ingresos con la venta de espacio publicitario y canalizan la publicidad a los usuarios de Grokster y *Morpheus* cuando estos emplean sus programas. A medida que crece el número de usuarios de cada programa, las oportunidades de publicidad valen más. Cf. App. 539, 804. Aunque indudablemente hay alguna demanda por SHAKESPEARE gratis, la evidencia muestra que el volumen sustancial es una función del acceso gratuito a las obras protegidas. Los usuarios que buscan las canciones “Top 40”, por ejemplo, o la última versión de *Modest Mouse*, son ciertamente más numerosos que los que buscan un *Decameron* gratis, y Grokster y StreamCast tradujeron esa demanda en dólares.

Finalmente, no hay pruebas de que alguna de las compañías hizo un esfuerzo para filtrar material protegido de las descargas de los usuarios o para impedir de otra manera la distribución de archivos con derechos de autor. Aunque Grokster parece haber enviado correos electrónicos advirtiendo a los usuarios sobre infracción del contenido cuando recibió anuncios amenazantes de propietarios de derechos de autor, aquella no bloqueó a nadie el uso de su *software* para copiar archivos protegidos. *Id.*, en 75-76. StreamCast no solo rechazó el ofrecimiento de otra compañía de ayudar a monitorear las infracciones, *id.*, sino que bloqueó el protocolo de internet de las direcciones de entidades de las que creyó que estaban tratando de emprender dicho monitoreo en sus redes, *id.*, en 917-922.

B

Después del descubrimiento, las partes en ambos lados se atravesaron en busca del juicio sumario. La Corte de Distrito limitó su consideración a la responsabilidad declarada de Grokster y StreamCast por distribuir las versiones actuales de su *software*, haciendo a un lado el que cualquiera de ellas fuera responsable “por daños derivados de versiones anteriores de su *software* o de otras actividades pasadas”. 259 F. Supp. 2d 1029, 1033 (CD Cal. 2003). La Corte de Distrito sostuvo que quienes usaron el *software* de Grokster y *Morpheus* para recuperar archivos protegidos infringieron directamente los derechos de autor de MGM, conclusión que no fue discutida en apelación, pero de todos modos concedió juicio sumario en favor de Grokster y StreamCast respecto de cualquier responsabilidad derivada de la distribución de las versiones que entonces eran actuales de su *software*. La distribución de ese *software* no dio lugar a responsabilidad alguna en opinión de la corte, porque su uso no suministraba a los distribuidores conocimiento real de

actos específicos de infracción. Caso n.º CV 01 08541 svw (PJWX) (CD Cal., 18 de junio, 2003), App. 1213.

La Corte de Apelaciones afirmó. 380 F. 3d 1154 (CA9 2004). Según el análisis de la corte, un acusado era responsable como infractor coadyuvante cuando tenía conocimiento de infracción directa y contribuía materialmente a la infracción. Pero la corte leyó *Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984), como afirmando que la distribución de un producto apto para sustanciales usos no infractores no podía dar lugar a responsabilidad coadyuvante por infracción, a menos que el distribuidor tuviera conocimiento real de instancias específicas de infracción y no actuara con base en ese conocimiento. El hecho de que el *software* fuera apto para sustanciales usos no infractores, en opinión del Noveno Circuito, significó que Grokster y StreamCast no eran responsables porque no tuvieron ese conocimiento, debido a la arquitectura descentralizada de su *software*. La corte también sostuvo que Grokster y StreamCast no contribuyeron materialmente a las infracciones de sus usuarios porque fueron los usuarios mismos quienes buscaron, descargaron y guardaron los archivos infringidos, sin participación de las acusadas distinta a la de haber suministrado el *software* en primer lugar.

El Noveno Circuito también consideró si Grokster y StreamCast podían ser responsables dentro de la teoría de la responsabilidad indirecta. La corte opinó contra la responsabilidad porque las acusadas no monitorearon ni controlaron el uso del *software*, no tenían un derecho acordado o una capacidad de supervisar su uso y carecían de obligación independiente de vigilar las infracciones. Nosotros concedemos la revisión. 543 U. S. _ (2004).

II

A

MGM y muchos *amici* tachan la afirmación de la Corte de Apelaciones por alterar un sano equilibrio entre los valores respectivos de apoyar los emprendimientos creativos mediante la protección de los derechos de autor, y promover la innovación en tecnologías de comunicación con la limitación de las incidencias de responsabilidad por infracciones de esos derechos. Mientras más se proteja la creación artística, más se podría desestimular la innovación tecnológica; la administración de la ley de derechos de autor es un ejercicio de administrar la compensación. Ver *Sony Corp. vs. Universal City Studios, supra*, en 442; ver 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 los dos valores es el tema de este caso, con su reclamo de que la distribución digital de material protegido amenaza como nunca antes a los propietarios de derechos de autor porque cada copia es idéntica al original, copiar es

fácil y mucha gente (especialmente los jóvenes) emplea *software* de distribución de archivos para descargar obras protegidas. Esta amplitud del uso del *software* puede muy bien atraer directamente al público al debate sobre la política de derechos de autor. Peters, *Brace Memorial Lecture: Copyright Enters the Public Domain*, 51 J. Copyright Soc. 701, 705-717 (2004), y hay señales de que la facilidad para copiar canciones o películas usando *software* como los de Grokster y Napster está estimulando el desprecio por la protección de los derechos de autor, “Wu, When Code Isn’t Law”, 89 *Va. L. Rev.* 679, 724-726 (2003). Tal como el caso nos ha sido presentado, se dice que estos temores son compensados por la preocupación opuesta de que imponer responsabilidad no solo a los infractores sino también a los distribuidores de *software* con base en su potencial de uso ilegal podría limitar el desarrollo de tecnologías benéficas. Ver, e. g., LEMLEY & REESE, “Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation”, 56 *Stan. L. Rev.* 1345, 1386-1390 (2004); Texto para expertos en innovación y economistas como *Amici Curiae* 19-25; Texto para Intel Corporation como *Amicus Curiae* 20-22.

El argumento para imponer responsabilidad indirecta, sin embargo, es poderoso en este caso, dado el número de descargas infractoras de archivos que ocurren diariamente con el uso del *software* de Grokster y StreamCast. Cuando un servicio o producto ampliamente compartido es usado para cometer infracciones, puede resultar imposible amparar efectivamente los derechos sobre el trabajo protegido contra todos los infractores directos, siendo la única alternativa práctica la de ir contra el distribuidor del aparato copiator como responsable secundario, con base en la teoría de la infracción coadyuvante o indirecta. Ver *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F. 3d 643, 645-646 (CA7 2003).

Uno infringe en forma coadyuvante al inducir o estimular la infracción directa intencionalmente, ver *Gershwin Pub. Corp. vs. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F. 2d 1159, 1162 (CA2 1971), e infringe indirectamente al beneficiarse de la infracción directa mientras declina el ejercicio del derecho a detenerla o limitarla, *Shapiro, Bernstein & Co. vs. H.L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 307 (CA2 1963). Aunque “la Ley de Derechos de Autor no hace expresamente responsable a nadie por la infracción cometida por otro”, *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, 464 U. S., en 434, estas doctrinas de responsabilidad secundaria emergieron de principios de derecho común y están bien establecidas en la ley, *id.*, en 486 (BLACKMUN, J., disintiendo); *Kalem Co. vs. Harper Brothers*, 222 U. S. 55, 62-63 (1911); *Gershwin Pub. Corp. vs. Columbia Artists Management, supra*, en 1162; 3 M. Nimmer & D. Nimmer, Copyright, &12.04(A) (2005).

B

A pesar de la actualidad de estos principios de responsabilidad secundaria, solamente en un caso reciente esta Corte se ha ocupado de la infracción secundaria de derechos de autor, y como MGM ha confeccionado sobre ella su principal pedido de nuestra

opinión, corresponde mirar nuestras consideraciones anteriores. En *Sony Corp. vs. Universal City Studios, supra*, esta Corte atendió una demanda en el sentido de que la responsabilidad secundaria por infracción puede derivarse de la simple distribución de un producto comercial. Allí, el producto, novel en el momento, era lo que hoy se conoce como videgrabadora de casetes o VCR. Los poseedores de los derechos de autor demandaron a Sony como el fabricante, alegando que era responsable coadyuvante por las infracciones ocurridas cuando los dueños de las VCR grababan programas protegidos, porque aquella suministraba los medios utilizados para la infracción y tenía conocimiento constructivo de que las infracciones ocurrirían. En el juicio sobre los méritos la evidencia mostró que el principal uso de las VCR era para cambiar el tiempo (*time-shifting*), o sea grabar un programa para verlo después a una hora más conveniente, lo que la Corte consideró un uso justo, no infractor. *Id.*, en 423-424. No hubo pruebas de que Sony hubiera expresado un propósito de propiciar grabaciones en violación de los derechos de autor o de que hubiera dado pasos activos para aumentar sus ganancias con grabaciones ilegales. *Id.*, en 438. Aunque los anuncios de Sony urgían a los consumidores a comprar las VCR para “grabar programas favoritos” o “construir una biblioteca” de programas grabados, *id.*, en 459 (BLACKMUN, J., disintiendo), ninguno de estos usos era necesariamente infractor, *id.*, en 424, 454-455.

Sobre la base de esos hechos, sin evidencia de intención expresada o indicada para promover usos infractores, la única base concebible para imponer responsabilidad era sobre la teoría de la infracción coadyuvante, derivada de la venta de las VCR a los consumidores con conocimiento de que algunos podrían usarlas para cometer infracciones. *Id.*, en 439. Pero como las VCR eran “aptas para significativos usos comerciales no infractores”, sostuvimos que el fabricante no podía ser culpado solo sobre la base de su distribución. *Id.*, en 442.

Este análisis refleja el tradicional artículo de doctrina comercial de la ley de patentes, ahora codificado, de que la distribución de un componente de un aparato patentado no viola la ley de patentes si es apto para su uso de otras maneras. 35 U. S. C. & 271 (c); *Aro Mfg. Co. vs. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U. S. 476, 485 (1964) (anotando codificación de casos); *id.*, en 486, n. 6 (el mismo). La doctrina fue diseñada para identificar instancias en las que se pueda presumir por la distribución de un artículo en comercio que el distribuidor intentó que este fuera usado para infringir la patente de otro, y así aquel pueda ser justamente hallado responsable de tal infracción. “Se presume que quien hace y vende artículos que están adaptados solamente para su uso en una combinación patentada busca las consecuencias naturales de sus actos; se presume que él busca que los artículos sean usados en la combinación de la patente”. *New York Scaffolding Co. vs. Whitney*, 224 F. 452, 459 (CA8 1915); ver también *James Heekin Co. vs. Baker*, 138 F. 63, 66 (CA8 1905); *Canda vs. Michigan Malleable Iron Co.*, 124 F. 486, 489 (CA6 1903); *Thomson Houston Electric Co. vs. Ohio Brass Co.*, 80 F. 712, 720-721 (CA6 1897); *Red Jacket Mfg. Co. vs. Davis*, 82 F. 432, 439 (CA7 1897); *Holly vs.*

Vergennes Machine Co., 4 F. 74, 82 (CC Vt. 1880); *Renwick vs. Pond*, 20 F. Cas. 536, 541 (n.º 11, 702) (CC SDNY 1872).

En suma, donde un artículo es “bueno para nada más” que infracción, *Canda vs. Michigan Malleable Iron, Co.*, *supra*, en 489, no hay legítimo interés público en su disponibilidad sin licencia y no hay injusticia en presumir o imputar una intención de infringir, ver *Henry vs. A.B. Dick Co.*, 224 U. S. 1, 48 (1912), denegado con otros fundamentos, *Motion Picture Patents Co. vs. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U. S. 502 (1917). A la inversa, la doctrina absuelve la conducta equívoca de vender un artículo con sustanciales usos legítimos e ilegítimos, y limita la responsabilidad a instancias de falta más aguda que el solo entendimiento de que alguno de los productos será mal usado. Deja espacio para la innovación y un comercio vigoroso. Ver *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, *supra*, en 442; *Dawson Chemical Co. vs. Rohm & Haas Co.*, 448 U. S. 176, 221 (1980); *Henry vs. A.B. Dick Co.*, *supra*, en 48.

Las partes y muchos de los *amici* en este caso piensan que la llave para resolverlo es la regla *Sony* y, en particular, lo que significa para un producto ser “apto para significativos usos comerciales no infractores”. *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, *supra*, en 442. MGM sostiene el argumento de que conceder juicio sumario a Grokster y StreamCast respecto de sus actividades corrientes le dio mucho peso al valor de la innovación tecnológica y muy poco al de los derechos de autor infringidos por los usuarios de su *software*, puesto que se vio que el 90 por ciento de las obras disponibles en una de las redes estaban protegidas. Asumiendo que el 10 por ciento restante fuera el uso no infractor, MGM dice que esto no califica como “sustancial” y que la Corte debería cuantificar a Sony al punto de afirmar que un producto usado “principalmente” para infracciones no califica. Ver texto para los reclamantes de estudios cinematográficos y compañías de grabación. Como se dijo antes, Grokster y StreamCast replican citando evidencia de que su *software* puede ser usado para reproducir obras de dominio público, y señalan a propietarios de derechos de autor que estimulan las copias. Aun siendo la infracción la principal práctica actual con su *software*, argumentan, los usos no infractores son significativos y aumentarán.

Estamos de acuerdo con MGM en que la Corte de Apelaciones aplicó mal a *Sony*, el cual leyó como limitando la responsabilidad secundaria mucho más allá de las circunstancias que correspondían al caso. *Sony* excluyó la responsabilidad secundaria con base en la presunción o imputación del intento de causar infracciones, derivada únicamente del diseño o distribución de un producto apto para sustancial uso legal del que el distribuidor sabe que de hecho se usa para infracciones. El Noveno Circuito ha leído la limitación de *Sony* significando que cuando un producto es apto para sustancial uso legal, el productor nunca puede ser hallado responsable coadyuvante por el uso infractor que terceros hagan de él; leyó la regla como si fuera así de amplia, incluso cuando la evidencia muestra un propósito real de causar uso infractor, con independencia del diseño y la distribución del

producto, a menos que los distribuidores tuvieran “conocimiento específico de la infracción en el tiempo en que contribuyeron a ella, y no actuaran con base en esa información”. 380 F. 3d, en 1162 (se omiten signos internos de interrogación y alteraciones). Como el Circuito halló que el *software* de Grokster y StreamCast era apto para sustancial uso legal, concluyó sobre la base de su lectura de *Sony* que ninguna de las compañías podía ser hallada responsable, pues no se había mostrado que su *software*, careciendo de un servidor central, les suministrara conocimiento específico de usos ilegales.

Esta visión de *Sony*, sin embargo, fue errónea y transformó el caso de uno en el que la responsabilidad residía en la intención imputada, a uno sobre la responsabilidad basada en cualquier teoría. Como *Sony* no desplazó otras teorías de responsabilidad secundaria, y como hallamos abajo que fue error otorgar juicio sumario a las compañías respecto del reclamo de inducción de MGM, no citaremos más a *Sony*, como pide MGM, para añadir una descripción más cuantificada del punto de equilibrio entre protección y comercio cuando la responsabilidad reside solo en distribución y conocimiento de que ocurrirá el uso ilegal. Es suficiente anotar que el juicio del Noveno Circuito se basó en una comprensión equivocada de *Sony* y dejar otras consideraciones sobre la regla de *Sony* para el día en que ellas puedan ser requeridas.

C

La regla de *Sony* limita la imputación de intención culpable como una cuestión legal según las características o usos de un producto distribuido. Pero nada en *Sony* exige a los tribunales ignorar la evidencia de intención si esa evidencia existe, y nunca se entendió que el caso extinguiera las reglas sobre responsabilidad por falta que se deriva del derecho común. *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, 464 U. S., en 439 (“Si se va a imponer a Sony responsabilidad indirecta en este caso, ella debe residir en el hecho de que ha vendido equipo con conocimiento constructivo” del potencial infractor). Así, donde la evidencia va más allá de las características de un producto o del conocimiento de que este puede ser empleado para usos infractores, y muestra declaraciones o actos dirigidos a promover las infracciones, la regla del principal artículo de *Sony* no excluye la responsabilidad.

El caso clásico de evidencia directa de intención ilegal ocurre cuando uno induce a otro a cometer la infracción o “tienta o persuade a otro” para infringir, *Black’s Law Dictionary* 790 (8.ª ed., 2004), como por medio de publicidad. De este modo, en el derecho común un acusado de violar derechos de autor o patente que “no solo esperaba sino invocaba (el uso infractor) mediante publicidad” fue responsable por infracción “con base en principios reconocidos en todas las partes de la ley”. *Kalem Co. vs. Harper Brothers*, 222 U. S., en 62-63 (infracción de derechos de autor). Ver también *Henry vs. A. B. Dick Co.*, 224 U. S., en 48-49 (responsabilidad coadyuvante por infracción de patente puede ser hallada cuando el “más conspicuo

uso [de una cosa] es uno que cooperará en una infracción cuando la venta para tal uso es invocada con publicidad” del uso infractor); *Thomson-Houston Electric Co. vs. Kelsey Electric R. Specialty Co.*, 75 F. 1005, 1007-1008 (CA2 1896) (confiando en avisos y exhibiciones para hallar la disposición del acusado “de ayudar a otras personas en cualesquiera intentos que estuvieran dispuestos a hacer con miras a la infracción (de patente)”); *Rumford Chemical Works vs. Hecker*, 20 F. Cas. 1342, 1346 (n.º 12, 133) (CC N. J. 1876) (demostraciones de actividad infractora junto con “reconocimientos del propósito y uso [infractor] para el cual fue hecho” respaldaron la responsabilidad por infracción de patente).

La regla sobre inducción a la infracción, como fue desarrollada en los primeros casos, no es diferente hoy. La evidencia de “pasos activos... dados para estimular la infracción directa”, *Oak Industries, Inc. vs. Zenith Electronics Corp.*, 697 F. Supp. 988, 992 (ND III. 1988), como dar publicidad a un uso infractor o instruir sobre cómo incurrir en un uso infractor, muestra una intención afirmativa de que el producto sea usado para infringir, y una demostración de que la infracción fue estimulada supera la renuencia de la ley a hallar responsabilidad cuando un acusado simplemente vende un producto apto para algún uso legal, ver, e. g., *Water Technologies Corp. vs. Calco, Ltd.*, 850 F. 2d 660, 668 (CA Fed. 1988) (responsabilidad por inducción cuando uno “ayuda e instiga activamente y con conocimiento la infracción directa de otro” (énfasis omitido); *Fromberg, Inc. vs. Thornhill*, 315 F. 2d 407, 412-413 (CA5 1963) (demostraciones de usos infractores por personal de ventas respaldaron la responsabilidad por inducción); *Haworth Inc. vs. Herman Miller Inc.*, 37 USPQ 2d 1080, 1090 (WD Mich. 1994) (evidencia de que el acusado “demostró y recomendó configuraciones infractoras” de su producto pudo respaldar la responsabilidad por inducción); *Sims vs. Mack Trucks, Inc.*, 459 F. Supp. 1198, 1215 (ED Pa. 1978) (encontrando inducción donde el uso “descrito por los acusados en su película y folletos promocionales infringe... la patente”); denegado con otros fundamentos, 608 F. 2d 87 (CA3 1979). Cf. W. KEETON, D. DOBBS, R. KEETON, & D. OWEN, PROSSER y KEATON sobre la Ley de Agravios 37 (5.ª ed. 1984) (“Hay una tendencia definida a imponer mayor responsabilidad a un acusado cuya conducta tuvo la intención de hacer daño o fue moralmente equivocada”).

Por la misma razón por la que *Sony* tomó la doctrina del artículo tradicional de la legislación sobre patentes como un modelo para su regla de defensa de los derechos de autor, la de la inducción también es una regla sensata para esos derechos. Aquí la adoptamos, sosteniendo que quien distribuye un aparato con el propósito de promover su uso para infringir derechos de autor, como se ve por la clara expresión u otros pasos afirmativos encaminados a estimular la infracción, es responsable por los actos infractores resultantes de terceros. Somos conscientes, por supuesto, de la necesidad de no poner trincheras al comercio regular ni desestimar el desarrollo de tecnologías con potencial legal e ilegal. En consecuencia, así como *Sony* no halló inducción intencional a pesar del conocimiento del fabricante

de las VCR de que su aparato podía ser usado para infringir derechos, 464 U. S., en 439, n. 19, el simple conocimiento del potencial infractor o de los reales usos infractores no sería suficiente aquí para imponer responsabilidad a un distribuidor. Tampoco lo serían los actos ordinarios incidentes en la distribución del producto, como ofrecer a los clientes apoyo técnico o actualización del producto, responsabilidades de apoyo en sí mismas. La regla de la inducción, en cambio, basa la responsabilidad en la expresión y conducta resueltas y culpables, y de este modo no hace nada para comprometer el comercio legítimo o desestimular la innovación que conlleva una promesa legal.

III

A

La única pregunta aparente acerca de si la evidencia de MGM es suficiente para oponerse al juicio sumario bajo la teoría de la inducción concierne a la necesidad, por parte de MGM, de aducir pruebas de que StreamCast y Grokster comunicaron un mensaje inductivo a los usuarios de su *software*. La clásica instancia de inducción es mediante publicidad o sollicitación que transmiten un mensaje diseñado para estimular a otros a cometer violaciones. MGM alega que ese mensaje es mostrado aquí. Es indiscutido que StreamCast proyectó avisos hacia las pantallas de los computadores de los usuarios de programas compatibles con Napster urgiendo la adopción de su programa *OpenNap*, que fue diseñado, como su nombre implica, para invitar a los clientes de Napster, entonces bajo ataque en las cortes por facilitar infracciones masivas. A aquellos que aceptaron el programa *OpenNap* de StreamCast se les ofreció *software* para ejecutar los mismos servicios, lo que un investigador podía concluir que habría sido entendido rápidamente en el mercado de Napster como la capacidad de descargar archivos musicales protegidos. Grokster distribuyó una carta informativa electrónica que contenía conexiones a artículos que promovían la capacidad de su *software* de ganar acceso a música popular protegida. Y cualquier persona cuyas búsquedas de Napster o de distribución gratuita de archivos lo conectaran a Grokster habría entendido que Grokster estaba ofreciendo la misma capacidad de compartir archivos que Napster, y a la misma gente que probablemente usaba Napster para realizar descargas infractoras; eso habría sido entendido también por cualquier persona a la que se le ofrecía el *software* de Grokster, sugestivamente llamado *Swaptor*, su versión de *OpenNap*. Y ambas compañías comunicaron un claro mensaje al responder afirmativamente las sollicitudes de ayuda para localizar y descargar materiales protegidos.

En el caso de StreamCast, por supuesto, la evidencia recién descrita fue complementada con otras indicaciones inequívocas de propósito ilegal en las comunicaciones internas y los diseños de publicidad dirigidos a los usuarios de Napster (“Cuando las luces se apagaron en Napster... ¿A dónde fueron los usuarios?” App.

836 [elipsis en el original]). No es pertinente en este récord si esos mensajes fueron comunicados. La función del mensaje en la teoría de la inducción es probar por las propias declaraciones de un acusado que su propósito ilegal lo descalifica para reclamar protección (e incidentalmente señalar a los infractores reales que pueden hallarse entre aquellos que oyen o leen el mensaje). Ver *supra*, en 17-19. Probar que un mensaje fue enviado, entonces, es la principal pero no la única manera de mostrar que se dieron pasos activos con el propósito de facilitar actos infractores, y de mostrar que se efectuaron actos infractores con el uso del aparato distribuido. Aquí, el récord del juicio sumario está repleto de otras pruebas de que Grokster y StreamCast, a diferencia del fabricante y distribuidor en *Sony*, actuaron con el propósito de causar infracciones de derechos de autor mediante el uso de *software* apto para uso ilegal. Ver *supra*, en 6-9.

Tres aspectos de esta evidencia de intención son especialmente notables. Primero, cada una de las compañías se mostró orientada a satisfacer una fuente conocida de demanda por infracción de derechos de autor, el mercado comprendido por los previos usuarios de Napster. Documentos internos de StreamCast hicieron referencia constante a Napster, la compañía distribuyó inicialmente su *software Morpheus* por medio de un programa *OpenNap* compatible con Napster, y anunció su programa *OpenNap* a los usuarios de Napster y las funciones de su *software Morpheus* como lo hizo Napster, excepto que este podía ser usado para distribuir más clases de archivos, incluyendo películas protegidas y programas de *software*. El nombre de Grokster aparentemente es derivado de Napster, Grokster también ofreció inicialmente un programa *OpenNap*, la función de su *software* también es comparable a la de Napster, y la compañía trató de desviar consultas para Napster hacia su propio sitio web. Los esfuerzos de Grokster y StreamCast para suministrar servicios a los previos usuarios de Napster, privados de un mecanismo para copiar y distribuir los que eran abrumadoramente archivos infringidos, indican una intención principal, si no exclusiva, de cada una de ellas para facilitar infracciones.

Segundo, esta evidencia de propósito ilegal adquiere más significado porque MGM muestra que ninguna de las compañías intentó desarrollar herramientas de filtración u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora con el uso de su *software*. Aunque el Noveno Circuito consideró irrelevante la falla de las acusadas para desarrollar esas herramientas porque no tenían obligación independiente de monitorear la actividad de sus usuarios, pensamos que esta evidencia subraya la intención de Grokster y StreamCast de facilitar las infracciones de sus usuarios.

Tercero, hay otro complemento de la evidencia directa sobre propósito ilegal. Es útil recordar que StreamCast y Grokster hacen dinero con la venta de espacio publicitario al dirigir avisos a las pantallas de los computadores que utilizan su *software*. Como lo muestra el récord, mientras más se usa el *software*, más avisos son transmitidos y mayor es el ingreso por publicidad. Como la medida del uso del *software* determina la ganancia para los distribuidores, el sentido comercial de su negocio depende del alto volumen de uso, que es infractor como lo muestra el récord.

Esta sola evidencia no justificaría la inferencia de intención ilegal, pero vista en el contexto de todo el récord tiene clara importancia.

El propósito ilegal es inequívoco.

B

Además de la intención de facilitar infracción y la distribución de un aparato apto para uso infractor, la teoría de la inducción naturalmente requiere evidencia de infracción real por parte de los receptores del aparato, en este caso el *software*. Como lo indica el recuento de los hechos, hay evidencia de infracción en una escala gigantesca y no hay seria duda sobre la suficiencia de lo que muestra MGM en este punto para que subsistan las peticiones de juicio sumario de las compañías. Aunque un cálculo exacto de los usos infractores, como base para reclamar daños, está sujeto a disputa, no hay duda de que la evidencia del juicio sumario es por lo menos adecuada para dar derecho a MGM de continuar con sus reclamos por daños y satisfacción equitativa.

* * *

En suma, este caso es significativamente distinto de *Sony* y la dependencia de ese caso para decidir en favor de StreamCast y Grokster fue un error. *Sony* se refirió a un reclamo de responsabilidad basado solamente en la distribución de un producto con usos alternativamente legales e ilegales, con conocimiento de que algunos usuarios adoptarían el camino ilegal. El caso estableció un equilibrio entre los intereses de protección y la innovación, al sostener que la capacidad de sustancial empleo legal del producto debe impedir la imputación de culpa y en consecuencia la responsabilidad secundaria por los actos ilegales de otros.

La evidencia de MGM en este caso muy obviamente se dirige a una base diferente de responsabilidad por distribuir un producto abierto a usos alternativos. Aquí, la evidencia de las palabras y acciones de los distribuidores que van más allá de la distribución misma muestra un propósito de causar actos de infracción de derechos de autor por parte de terceros y de beneficiarse de ellos. Si finalmente se encuentra responsabilidad por inducir a la infracción, no será sobre la base de presumir o imputar culpa, sino por la inferencia de un propósito ilegal patente en las declaraciones y acciones que muestran cual era el propósito.

Hay evidencia sustancial en favor de MGM en todos los elementos de la inducción, y el juicio sumario a favor de Grokster y StreamCast fue un error. En previsión, hay lugar a la reconsideración de la moción sobre juicio sumario de MGM.

El juicio de la Corte de Apelaciones es anulado y el caso es devuelto para más diligencias consistentes con esta opinión.

Así se ordena.

GINSBURG, concurriendo
Suprema Corte de los Estados Unidos
n.º 04-480

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al.
vs.
Grokster, Ltd. et al.

Sobre auto elevado a la Corte de Apelaciones de los
Estados Unidos para el Noveno Circuito
(27 de junio de 2005)

La magistrada GINSBURG, a quien se unen el Presidente de la Corte y el magistrado KENNEDY, concurriendo.

Estoy de acuerdo con la decisión de la Corte, que anula en su totalidad el juicio de la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, *ante*, en 24, y escribo separadamente para aclarar por qué concluyo que la Corte de Apelaciones percibió mal, y por lo tanto aplicó mal nuestra posición en *Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984). Aquí hay por lo menos una “cuestión genuina en cuanto a hecho material”, Fed. Rule Civ. Proc. 56(c), sobre la responsabilidad de Grokster y StreamCast, no solo por inducir activamente a la infracción de derechos de autor, sino también o alternativamente, con base en la distribución de sus productos de *software*, por infracción coadyuvante de derechos de autor. En ninguno de los dos casos había mérito para juicio sumario a Grokster y StreamCast.

En el fondo, como quiera llamársele, la cuestión en este caso es si Grokster y StreamCast son responsables por la infracción directa de otros. La responsabilidad bajo nuestra jurisprudencia puede predicarse por estimular activamente (o inducir) la infracción por medio de actos específicos (como lo desarrolla la opinión de la Corte) o por distribuir un producto que los receptores usan para infringir derechos de autor, si el producto no es apto para usos no infractores “sustanciales” o “comercialmente significativos”. *Sony*, 464 U. S., en 442; ver también 3 M. Nimmer & D. Nimmer, *Nimmer sobre Derechos de Autor* §12.04 (A) (2) (2005). Aunque las dos categorías se superponen, ellas capturan distintas conductas culpables. Habiendo coexistido por mucho tiempo, ambas están ahora codificadas en la ley de patentes. Compárese 35 U. S. C. §271 (b) (responsabilidad por inducción activa), con §271 (c) (responsabilidad coadyuvante por distribución de un producto no “apto para sustancial uso no infractor”).

En *Sony*, 464 U. S. 417, la Corte consideró la responsabilidad de Sony por vender la videgrabadora Betamax. Lo hizo iluminada por un completo récord judicial. Haciendo una analogía del artículo corriente de doctrina comercial en la ley de patentes, la Corte de *Sony* observó que la “venta de un artículo... adaptado

para un uso infractor (de patente)” no basta para “convertir al vendedor en infractor coadyuvante” si el artículo “también está adaptado para otros usos, además legales”. *Id.*, en 441 (citando a *Henry vs. A. B. Dick Co.*, 224 U. S. 1, 48 (1912), denegado con otros fundamentos, *Motion Picture Patents Co. vs. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U. S. 502, 517 (1917).

“El artículo básico de doctrina comercial” aplicado a los derechos de autor, dijo la Corte, “debe establecer un equilibrio entre la legítima demanda de protección efectiva –no simplemente simbólica– del monopolio reglamentario del propietario de los derechos de autor, y los derechos de otros a ocuparse en áreas comerciales sustancialmente distintas”. *Sony*, 464 U. S., en 442. “Por lo tanto –sostuvo la Corte–, la venta de equipo para copiar, como la venta de otros artículos de comercio, no constituye infracción coadyuvante si el producto es ampliamente usado para fines legítimos e inofensivos. En efecto, solo requiere ser apto para usos sustanciales no infractores”. *Ibid.* Así, para resolver el caso *Sony*, explicó la Corte, ella tuvo que determinar “si el Betamax es apto para usos no infractores comercialmente significativos”. *Ibid.*

Para contestar esta pregunta, la Corte consideró “si un número significativo de (usos potenciales del Betamax eran) no infractores”. *Ibid.* La Corte se concentró en un uso potencial –el cambio de tiempo (*time-shifting*) privado, no comercial, de programas de televisión en el hogar (*i.e.*, grabar la transmisión de un programa de televisión para verlo después). El *time-shifting* no era infractor, concluyó la Corte, porque en algunos casos el testimonio judicial mostró que estaba autorizado por el propietario de los derechos de autor, *id.*, en 421, 423, un uso que “satisfizo plenamente” el estándar de la Corte, *id.*, en 442. De este modo, en *Sony* no había necesidad de “dar contenido preciso a la pregunta de cuánto uso (real o potencial) es comercialmente significativo”. *Ibid.* Un mayor desarrollo fue dejado para días y casos por venir.

El Circuito Noveno se extravió, trataré de explicar, cuando esa corte concedió juicio sumario a Grokster y StreamCast sobre la acusación de responsabilidad coadyuvante basada en la distribución de sus productos de *software*. Respaldada en su opinión anterior en *A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (CA9 2001), la Corte de Apelaciones sostuvo que “si se demuestra un uso sustancial no infractor, el propietario de los derechos de autor tendría que mostrar que el acusado tenía conocimiento razonable de específicas infracciones de archivos”. 380 F. 3d 1154, 1161 (CA9 2004). “Un cuidadoso examen del récord”, concluyó la corte, “indica que no hay un tema genuino de hecho material respecto de uso no infractor”. *Ibid.* La Corte de Apelaciones señaló a la banda Wilco, que puso uno de sus álbumes a disposición para descarga gratuita, a otros artistas que pueden haber autorizado la distribución de su música grabada por Internet, y a las obras literarias y películas de dominio público disponibles mediante el *software* de Grokster y StreamCast. *Ibid.* Aunque admitió la afirmación de MGM de que “la gran mayoría del uso del *software* es para infracción de derechos de autor”, la

corte concluyó que la evidencia suministrada por Grokster y StreamCast satisfacía la exigencia de *Sony* de que “un producto solo necesita ser apto para sustanciales usos no infractores”. 380 F. 3d, en 1162.

Este caso difiere fuertemente de *Sony*. Cf. PETERS, *Brace Memorial Lecture: Copyright Enters the Public Domain*, 51 J. Copyright Soc. 701, 724 (2004) (“La lectura de *Sony* del panel de *Grokster* es la más amplia que ha dado cualquier tribunal...”). Aquí no se ha encontrado uso justo alguno y muy poco, aparte de evidencia anecdótica, sobre usos no infractores. Al encontrar los productos de *software* de Grokster y StreamCast aptos para sustanciales usos no infractores, la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones parecen haber confiado principalmente en las declaraciones presentadas por las demandadas. Estas declaraciones incluyen afirmaciones (algunas de ellas rumores) de que un número de propietarios de derechos de autor autorizan la distribución de su música en Internet y de que algunos materiales de dominio público están disponibles a través de las redes *peer-to-peer*, incluyendo las accesibles mediante el *software* de Grokster y StreamCast. 380 F. 3d, en 1161; 259 F. Supp. 2d 1029, 1035-1036 (CD Cal. 2003); App. 125-171.

La Corte de Distrito declaró “indiscutido que hay sustanciales usos no infractores para el *software* de las acusadas”, obviando así la necesidad de más diligencias. 259 F. Supp. 2d, en 1035. Esta conclusión parece descansar casi totalmente en la colección de declaraciones presentadas por Grokster y StreamCast. *Ibid.* La revisión de estas declaraciones revela evidencia principalmente anecdótica, algunas veces obtenida de segunda mano, de obras protegidas autorizadas u obras de dominio público disponibles en línea y compartidas a través de redes *peer-to-peer*, y declaraciones generales sobre los beneficios de la tecnología *peer-to-peer*. Ver, e. g., Decl. de Janis Ian ¶13, App. 128 (“Las tecnologías P2P ofrecen a los músicos un canal alternativo de promoción y distribución.”); Decl. de Gregory Newby ¶12, *id.*, en 136 (“Numerosos Libros del Proyecto Gutenberg autorizados y de dominio público son accesibles en Morpheus, Kazaa, Gnutella, Grokster y productos similares de *software*.”); Decl. de Aram Sinnreich ¶6, *id.*, en 151 (“compartir archivos parece tener un impacto positivo neto sobre las ventas de música”); Decl. de John Busher ¶8, *id.*, en 166 (“Estimo que Acoustica genera ventas de entre 1.000 y 10.000 dólares mensuales como resultado de la distribución de su *software* de prueba a través de las redes Gnutella y FastTrack.”); Decl. de Patricia D. Hoekman ¶¶3-4, *id.*, en 169-170 (búsqueda en Morpheus de “discursos del presidente Bush” encontró varias grabaciones de video, búsquedas de “Declaración de Independencia” y “Biblia” encontraron varios documentos y el declarante pudo descargar una copia de la Declaración); Decl. de Sean L. Mayers ¶11, *id.*, en 67 (“Las redes abiertas y descentralizadas existentes *peer-to-peer* para compartir archivos... ofrecen a los propietarios de contenido claras ventajas de negocios sobre las tecnologías alternativas de distribución en línea.”) Compárese la Decl. de Brewster Kahle ¶20, *id.*, en 142 (“Aquellos que descargan las películas de Prelinger... tienen derecho a redistribuir esos archivos, y el Archivo aprueba su redistribución por parte de

la comunidad de usuarios de Morpheus-Grokster-KaZaa”), con la deposición de Brewster Kahle, *id.*, en 396-403 (Sept. 18, 2002) (testificando que no tenía conocimiento de persona alguna que rescatara una película de Prelinger usando Morpheus, Grokster o KaZaa). Compárese también Decl. de Richard Prelinger ¶17, *id.*, en 147 (“Acogemos más redistribución de las películas Prelinger... por individuos que usan productos de *software peer-to-peer* como Morpheus, KaZaa y Grokster”), con Deposition de Richard Prelinger, *id.*, en 410-411 (Oct. 1, 2002) (“P. ¿Qué entiende usted por Grokster? R. No entiendo nada de Grokster... P. ¿Sabe si algún usuario de Grokster ha hecho accesible para compartir una película de Prelinger? R. No.”). Ver también Deposition de Aram Sinnreich, *id.*, en 390 (Sep. 25, 2002) (testimonio sobre la banda Wilco basado en “los grupos noticiosos de la prensa y la industria, y chismes”). Estas declaraciones no respaldan el juicio sumario frente a la evidencia, proferida por MGM, de abrumador uso del *software* de Grokster y StreamCast para infracciones.

Aun si es grande el número absoluto de archivos no protegidos copiados con el uso del *software* de Grokster y StreamCast, de esto no se desprende que los productos son por esto empleados en sustanciales usos no infractores y por ello son inmunes de responsabilidad. El número de copias no infractoras puede ser un reflejo y resultar empujado por el enorme volumen total de archivos compartidos. Además, la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones no distinguieron nítidamente entre usos de los productos de *Software* de Grokster y de StreamCast (sobre lo que trata este caso) y los usos de tecnología *peer-to-peer* en general (sobre lo que no trata este caso).

En suma, cuando se desarrolló el récord en este caso hubo evidencia de que los productos de Grokster y StreamCast eran, y habían sido por algún tiempo, usados abrumadoramente para infringir, *ante*, en 4-6; App. 434-439, 476-481, y que esta infracción era la fuente arrolladora de ingreso de estos productos, *ante*, en 8-9; 259 F. Supp. 2d, en 1043-1044. Valorada justamente, la evidencia fue insuficiente para demostrar, más allá del debate genuino, que a lo largo del tiempo sería posible desarrollar un prospecto razonable de usos no infractores sustanciales o significativos. Con base en este récord, la Corte de Distrito decidió en forma dispositiva sobre la acusación de infracción coadyuvante al otorgar juicio sumario a Grokster y StreamCast.

Si, en revisión, el caso no es resuelto en juicio sumario a favor de MGM con base en la inducción activa a la infracción por parte de Grokster y StreamCast, yo haría énfasis en que la Corte de Apelaciones, sobre un récord más completo, deberá reconsiderar su interpretación de lo afirmado en *Sony* sobre distribución de productos.

BREYER, concurriendo
Suprema Corte de los Estados Unidos
n.º 04-480

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al.
vs.
Grokster, Ltd. et al.

Sobre auto la Corte de Apelaciones de los
Estados Unidos para el Noveno Circuito
(27 de junio de 2005)

El magistrado BREYER, a quien se unen el magistrado STEVENS y la magistrada O'CONNOR, concurriendo.

Estoy de acuerdo con la Corte en que el distribuidor de una tecnología de doble uso puede ser responsable por las actividades infractoras de terceros cuando él o ella buscan activamente promover la infracción. *Ante*, en 1. También estoy de acuerdo en que, a la luz de nuestra opinión de hoy, no necesitamos “revisitar” *Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984). *Ante*, en 17. Otros miembros de la Corte, sin embargo, recogen la pregunta de *Sony*: si el producto de Grokster es “apto para usos no infractores ‘sustanciales’ o ‘comercialmente significativos’.” *Ante*, en 1 (GINSBURG, concurriendo) (citando a *Sony, supra*, en 442). Y ellos responden esa pregunta declarando que la Corte de Apelaciones se equivocó cuando otorgó juicio sumario sobre el tema en favor de Grokster. *Ante*, en 4. Escribo para explicar por qué estoy en desacuerdo con ellos sobre esta materia.

I

La opinión de la Corte en *Sony* y la evidencia del récord (como se ha descrito y analizado en los numerosos textos ante nosotros) me convencen ambas de que la conclusión de la Corte de Apelaciones tiene un apoyo legal adecuado.

A

Comienzo con el estándar *Sony*. En *Sony*, la Corte consideró la responsabilidad potencial sobre derechos de autor de una compañía que no copió ilegalmente material protegido, sino que vendió una máquina —una videgrabadora (VCR)— que podía ser usada para hacerlo. Un comprador podía emplear esa máquina para fines no infractores, como el de grabar para ver después (algunas veces llamado “*time-shifting*”, *Sony*, 464 U. S., en 421) programas de televisión no protegidos o

protegidos pero con permiso del propietario de los derechos. El comprador también podía usar la máquina para fines infractores, como el de construir bibliotecas de programas grabados con derechos de autor. O el comprador podía usar la máquina para grabar programas protegidos en circunstancias en las que el estatus legal del acto de grabar era incierto (*i. e.*, donde la copia podía o no podía constituir un “uso justo”, *id.*, en 425-426). Sony sabía que muchos clientes usarían sus VCR para incurrir en actos de copia no autorizados y en “construcción de bibliotecas”. *Id.*, en 458-459 (BLACKMUN, disintiendo). Pero ese hecho, dijo la Corte, era insuficiente para convertir a Sony en infractora. Y la Corte sostuvo finalmente que Sony no era responsable por los actos de infracción de sus clientes.

Al llegar a esa conclusión, la Corte reconoció la necesidad legal, al fijar la responsabilidad secundaria por infracción de derechos de autor, de “establecer un equilibrio entre la legítima demanda de protección efectiva –no simplemente simbólica– del monopolio reglamentario del propietario de los derechos de autor, y los derechos de otros a ocuparse en áreas comerciales sustancialmente distintas”. *Id.*, en 442. Señaló “el artículo básico de doctrina comercial” de la ley de patentes, *ibid.*, según el cual el distribuidor de un producto no es responsable por las infracciones de patente por parte de sus clientes a menos que ese producto sea “inapto para cualquier uso comercial no infractor”. *Dawson Chemical Co. vs. Rohm & Haas Co.*, 448 U. S. 176, 198 (1980). La Corte escribió que la venta de equipo copiator, “como la venta de otros artículos de comercio, no constituye infracción coadyuvante si el producto es ampliamente usado para fines legítimos e intachables. *En efecto, solo necesita ser apto para sustanciales usos no infractores.*” *Sony*, 464 U. S., en 442 (énfasis agregado). La Corte finalmente caracterizó la “pregunta” legal en el caso particular como “si (la VCR de Sony) es *apta para sustanciales usos comerciales no infractores*” (mientras declinó dar “contenido preciso” a estos términos). *Ibid.* (énfasis agregado).

Entonces aplicó este estándar. La Corte tenía frente a sí una encuesta (encargada por la Corte de Distrito y luego preparada por las demandadas) mostrando que aproximadamente 9 por ciento de todas las grabaciones de las VCR eran del tipo –a saber, programas religiosos, educativos y deportivos– poseído por productores y distribuidores que testificaron a favor de Sony y no objetaron el *time-shifting*. Ver texto para demandadas Universal Studios et al. O. T. 1983, n.º 81-1687, pp. 52-53; ver también *Sony*, *supra*, en 424 (7,3% de todo el uso de las VCR de Sony es para grabar programas deportivos; representantes de las ligas deportivas no objetan). Un porcentaje mucho más alto de *usuarios* de VCR habían grabado alguna vez un programa autorizado, además de grabar programas no autorizados. Y los demandantes –no una clase amplia de proveedores de contenido como en este caso– poseían solo un pequeño porcentaje del total disponible de programación no autorizada. Ver *ante*, en 6-7, y n. 3 (GINSBURG, concurriendo). Pero de todas las grabaciones realmente hechas por los clientes de Sony, solo alrededor de 9 por ciento eran del tipo al que la Corte se refirió como autorizadas.

La Corte halló que la magnitud de los programas autorizados era “significativa” y también señaló el “significativo potencial para futuras copias autorizadas”. 464 U. S., en 444. La Corte respaldó esta conclusión referenciando el testimonio judicial de funcionarios de las ligas deportivas profesionales y un representante de una emisora religiosa. *Id.*, en 444 y n. 24. También se refirió a (1) una estación educativa de Los Ángeles afiliada al *Public Broadcasting Service* que dio acceso a la grabación casera de muchos de sus programas y (2) *Mr. Rogers Neighborhood*, un programa infantil de amplia audiencia. *Id.*, en 445. Con base en este testimonio y otra evidencia parecida, la Corte determinó que los productores de esta clase habían autorizado la duplicación de sus programas protegidos “en números suficientemente significativos para crear un *mercado sustancial* para el uso no infractor” de las VCR. *Id.*, en 447, n. 28 (énfasis agregado).

Al emplear la palabra clave “sustancial”, la Corte indicó que estas solas circunstancias constituían suficiente base para rechazar la imposición de responsabilidad secundaria. Ver *id.*, en 456 (“Sony demostró una significativa posibilidad de que un número *sustancial* de propietarios de derechos de autor” no objetaría el *time-shifting* (énfasis agregado). Sin embargo, la Corte reforzó su conclusión al hallar separadamente que, en cualquier evento, el *time-shifting* no autorizado a menudo no constituía infracción sino “uso justo”. *Id.*, en 447-456.

B

Cuando se miden contra la evidencia y el análisis subyacentes de *Sony*, las pruebas actualmente frente a nosotros muestran que Grokster pasa la prueba de *Sony*—esto es, si el producto de la compañía es apto para usos no infractores sustanciales o comercialmente significativos. *Id.*, en 442. Por un lado, el propio experto de los demandantes (en adelante MGM) declaró que 75% de los archivos actualmente disponibles en Grokster son infractores y 15% son “probables infractores”. Ver App. 436-439, ¶¶6-17 (Decl. del Dr. Ingram Olkin); cf. *ante*, en 4 (opinión de la Corte). Esto deja un número de archivos cercano a 10% que aparentemente no son infractores, cifra muy similar al 9% de usos autorizados de las VCR para *time-shifting* que la Corte enfrentó en *Sony*.

Como en *Sony*, testigos aquí explicaron sin cuantificación detallada la naturaleza de los archivos no infringidos en la red de Grokster. Esos archivos incluyen:

– Copias autorizadas de música de artistas como Wilco, Janis Ian, Pearl Jam, Dave Matthews, John Mayer y otros. Ver App. En 152-153, ¶¶9-13 (Decl. de Aram Sinnreich) (“la lección” de Wilco “ya ha sido adoptada por artistas que aún tienen firma con sus principales marcas”); *id.*, en 170, ¶¶ 5-7 (Decl. de Patricia D. Hoekman) (localizando “numerosas grabaciones de audio” que estaban autorizadas para intercambio); *id.*, en 74, ¶ 10 (Decl. de Daniel B. Rung) (describiendo la sociedad de Grokster con una compañía que acoge música de miles de artistas independientes).

– Libros electrónicos gratuitos y otras obras de varios editores en línea, incluyendo al Proyecto Gutenberg. Ver *id.*, en 136, ¶ 12 (Decl. de Gregory B. Newby) (“Numerosos libros electrónicos del Proyecto Gutenberg autorizados y de dominio público están disponibles” en Grokster. El Proyecto Gutenberg “da buena acogida a esta amplia repartición... con el uso de estos productos de *software*, pues ellos nos ayudan a alcanzar nuestros objetivos”); *id.*, en 159-160, ¶ 32 (Decl. de Sinnreich).

– *Software* de dominio público y autorizado como WinZip 8.1. Ver *id.*, en 170, ¶8 (Decl. de Hoekman); *id.*, en 165, ¶¶4.7 (Decl. de John Busher).

– Videos musicales con licencia y segmentos de televisión y películas distribuidos por medio de paquetes de video digital con permiso del propietario de derechos de autor. *Id.*, en 70, ¶ 24 (Decl. de Sean L. Mayers).

La naturaleza de estos y otros archivos legalmente intercambiados es tal que resulta razonable inferir cantidades actuales de uso legal más o menos aproximadas a las que estaban en juego en *Sony*. Por lo menos, MGM no ha ofrecido evidencia suficiente para continuar juicio sumario que pudiera demostrar en forma plausible una diferencia cuantitativa significativa. Ver *ante*, en 4 (opinión de la Corte); ver también texto para reclamantes de estudios cinematográficos y compañías de grabación i (refiriéndose a “al menos 90% del uso total de los servicios”); pero ver *ante*, en 6-7, n. 3 (GINSBURG, concurriendo). Efectivamente, en términos cuantitativos estos usos corresponden a solo un pequeño porcentaje del total de usos del producto de Grokster. Pero lo mismo era verdad en *Sony*, que caracterizó como “sustancial” al mercado relativamente limitado de copias autorizadas. (La Corte también dejó en claro en *Sony* que la cantidad de material entonces disponible para copias legales –si bien no realmente copiada– era significativa, ver 464 U. S., en 444, y ciertamente lo mismo es verdad en este caso).

De modo importante, *Sony* también usó la palabra “apto”, preguntando si el producto era “apto para” sustanciales usos no infractores. Su lenguaje y análisis sugieren que una cifra como 10%, si es fija todo el tiempo, bien podría resultar insuficiente, pero que esa cifra sirve como una base adecuada para un prospecto razonable de uso legítimo extendido en el tiempo. Ver *ibid.* (anotando un “potencial significativo para futuras copias autorizadas”). Y su lenguaje también indica la propiedad de mirar los usos potenciales futuros del producto para determinar su “aptitud”.

Aquí el récord revela un mercado futuro significativo para usos no infractores del *software* de Grokster del tipo *peer-to-peer*. Ese *software* permite el intercambio de cualquier clase de archivo digital –bien sea que el archivo contenga o no contenga material protegido. A medida que se almacena más y más información desprotegida en forma intercambiable, parece probable inferir que el intercambio legal *peer-to-peer* prevalecerá en forma creciente. Ver, *e. g.*, App. 142, ¶20 (Decl. de Brewster Kahle) (“El (Archivo de Internet) acoge (la) redistribución (de películas autorizadas) por parte de la comunidad de usuarios de Morpheus-Grokster-KaZaa”); *id.*, en 166, ¶8 (Decl. de Busher) (cifras de ventas de 1.000 a 10.000 dólares mensuales

a través de redes *peer-to-peer* “crecerán en el futuro a medida que el material de Acoustica sea más ampliamente distribuido a través de estas redes”); *id.*, en 156-164, ¶¶21-40 (Decl. de Sinnreich).

Y eso es precisamente lo que está pasando. Los usos legítimos no infractores están viniendo a incluir el intercambio de *información de investigaciones* (el propósito inicial de muchas redes *peer-to-peer*); *películas de dominio público* (e. g., las que pertenecen al Archivo Prelinger); *grabaciones históricas y materiales educativos digitales* (e. g., los almacenados en el Archivo de Internet); *fotografías digitales* (*OurPictures*, por ejemplo, está iniciando un servicio P2P de intercambio de fotos); “*shareware*” (material de intercambio) y “*freeware*” (material gratuito) (e. g., LINUX y cierto *software* de Windows); *archivos seguros de música y películas con licencia* (*Intent Media Works*, por ejemplo, protege el contenido con licencia a través de redes P2P); *transmisiones de noticias pasadas y presentes* (el Archivo Creativo de la BBC permite a los usuarios “abrir, mezclar y compartir la BBC”); *archivos de audio y video creados por los usuarios* (incluyendo “*podcasts*” que pueden ser distribuidos mediante *software* P2P); y *toda clase de obras de “contenido abierto” gratuito coleccionadas por Creative Commons* (uno puede buscar material de *Creative Commons* en StreamCast). Ver texto para la Asociación de Distribución de la Industria de Computadores como *Amicus Curiae* 15-26; MERGES, “*A New Dynamism in the Public Domain*”, 71 *U. Chi. L. Rev.* 183 (2004). No puedo hallar nada en el récord que sugiera que este curso de acontecimientos *no* continuará fluyendo naturalmente como consecuencia del carácter del *software* tomado en conjunto con el desarrollo previsible de Internet y de la tecnología de la información. Cf. *ante*, en 1-2 (opinión de la Corte) (refiriéndose a los significativos beneficios de la tecnología *peer-to-peer*).

Puede haber otros usos no infractores actualmente imprevistos que se desarrollen para el *software peer-to-peer*, así como la industria de alquiler de video casero (no mencionada en *Sony*) fue desarrollada para las VCR. Pero el desarrollo previsible de esos usos, cuando se considera junto con un calculado 10% de material no infringido, es suficiente para cumplir el estándar de *Sony*. Y aunque *Sony* consideró el récord después de un juicio, no hay hechos sostenidos por MGM en sus presentaciones en juicio sumario que me lleven a pensar que el resultado aquí después de un juicio podría ser diferente. Las cortes inferiores llegaron a la misma conclusión.

Por supuesto, Grokster mismo puede no querer desarrollar otros usos no infractores. Pero el estándar de *Sony* no busca proteger a los Groksters de este mundo (que en todo caso pueden ser responsables según la opinión de hoy), sino el desarrollo de tecnología en sentido más general. Y los deseos de Grokster a este respecto no son pertinentes.

II

La verdadera cuestión aquí, creo, no es si la evidencia del récord satisface a *Sony*. Tal como he interpretado el estándar adoptado en ese caso, lo satisface. Y entre

las Cortes de Apelaciones que han considerado la materia, sólo una ha propuesto interpretar a *Sony* más estrictamente que como yo lo haría –en un caso donde el producto hubiera podido fallar bajo *cualquier* estándar–. *In re Litigio de Aimster Copyright*, 334 F. 3d 643, 653 (CA7 2003) (el acusado “no pudo demostrar que su servicio *jamás* es usado para otro fin distinto de infringir” derechos de autor [énfasis agregado]); ver *Matthew Bender & Co., Inc. vs. West Pub Co.*, 158 F. 3d 693, 706-707 (CA2 1998) (la corte no *exigió* que los usos no infractores fueran “predominantes”, solamente encontró que *eran* predominantes y por lo tanto no ofreció un análisis de los límites de *Sony*); pero ver *ante*, en 3 n. 1 (GINSBURG, concurriendo); ver también *A&M Records vs. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004, 1020 (CA9 2001) (refiriéndose a *Sony*); *Cable/Home Communications Corp. vs. Network Productions, Inc.*, 902 F. 2d 829, 842-847 (CA11 1990) (igual); *Vault Corp. vs. Quaid Software, Ltd.*, 847 F. 2d 255, 262 (CA5 1988) (igual); cf. *Dynacore Holdings Corp. vs. U. S. Philips Corp.*, 363 F. 3d 1263, 1275 (CA Fed. 2004) (igual); ver también *Doe vs. GTE Corp.*, 347 F. 3d 655, 661 (CA7 2003) (“Una persona puede ser responsable como infractor coadyuvante si el producto o servicio que vende carece de uso legal [o solo tiene un ligero uso legal]).

En lugar de esto, la verdadera cuestión es si deberíamos modificar el estándar *Sony*, como lo pide MGM, o interpretar a *Sony* más estrictamente, como creo que lo haría en la práctica el enfoque de la magistrada GINSBURG. Compárese *ante*, en 4-8 (concurriendo) (insuficiente evidencia en este caso tanto de usos legales presentes como de un prospecto razonable de que se desarrollarán sustanciales usos no infractores con el paso del tiempo), con *Sony*, 464 U. S., en 442-447 (basando la conclusión sobre la probable existencia de un mercado sustancial para copias autorizadas en declaraciones, algunos datos de encuestas y sentido común).

Como he dicho, *Sony* mismo buscó “establecer un equilibrio entre la legítima demanda de protección efectiva –no simplemente simbólica– del monopolio reglamentario del propietario de los derechos de autor, y los derechos de otros a ocuparse en áreas comerciales sustancialmente distintas”. *Id.*, en 442. Así, para determinar si se necesita una modificación o una interpretación más estricta de *Sony*, yo preguntaría si MGM ha mostrado que *Sony* equilibró incorrectamente los derechos de autor y los intereses de la nueva tecnología. En particular: (1) ¿Ha funcionado *Sony* (como yo lo interpreto) para proteger nuevas tecnologías? (2) Si es así, ¿una modificación o interpretación más estricta debilitarían significativamente esa protección? (3) Si es así, ¿los nuevos o necesarios beneficios relacionados con los derechos de autor compensarían ese debilitamiento?

A

La primera pregunta es la más fácil de contestar. La regla de *Sony*, como yo la interpreto, ha suministrado a los emprendedores la seguridad necesaria de que

serán protegidos contra responsabilidad por derechos de autor cuando introducen valiosas nuevas tecnologías al mercado.

La regla de Sony es clara. Esa claridad permite saber, *ex ante*, a quienes desarrollan nuevos productos que son aptos para sustanciales usos no infractores, que la distribución de su producto no derivará en masiva responsabilidad monetaria. Al mismo tiempo, ayuda a desalentarlos para distribuir productos que no tienen función distinta de —o que están específicamente diseñados para— la infracción de derechos de autor, desaliento que la opinión de hoy de la Corte refuerza (al añadir un arma al arsenal legal de los propietarios de dichos derechos).

La regla de Sony es fuertemente protectora de la tecnología. La regla dificulta deliberadamente a las cortes la determinación de responsabilidad secundaria cuando se trata de nueva tecnología. Establece que la ley no impondrá responsabilidad de derechos de autor a los distribuidores de tecnologías de doble uso (que no realicen ellos mismos copias no autorizadas) a menos que el producto en cuestión vaya a ser usado *casi exclusivamente* para infringir derechos de autor (o a menos que ellos induzcan activamente la infracción como lo describimos hoy). *Sony* reconoce, por lo tanto, que las leyes sobre derechos de autor no están orientadas a desestimular o controlar la emergencia de nuevas tecnologías, incluyendo (tal vez especialmente) aquellas que ayudan a diseminar información e ideas más ampliamente o más efectivamente. Así, la regla de *Sony* protege las VCR, las máquinas de escribir, las grabadoras de cinta, las fotocopadoras, los computadores, las caseteras, los quemadores de discos compactos, las grabadoras digitales de video, las MP3, los motores de búsqueda de Internet y el *software peer-to-peer*. Pero la regla de *Sony* no protege los *descramblers* (equipos para descifrar señales que han sido alteradas con fines protectores), incluso si uno pudiera *teóricamente* usar un *descrambler* de un modo no infractor. 464 U. S., en 441-442; compárese *Cable/Home Communications Corp.*, *supra*, en 837-850 (urbanizador responsable por dar publicidad a un *descrambler* de señales de televisión), con *Vault Corp.*, *supra*, en 262 (uso primario infractor pero sustancial uso no infractor).

La regla de Sony mira al futuro. No restringe su alcance a una instantánea de los usos actuales de un producto (amenazando con esto las tecnologías que tienen mercados futuros sin desarrollar). En cambio, como lo deja en claro el ejemplo de las VCR, el mercado de un producto puede evolucionar dramáticamente con el tiempo. Y *Sony* —al referirse a una *aptitud* para sustanciales usos no infractores— reconoce este hecho. La palabra “apto” de *Sony* se refiere a una posibilidad plausible, no simplemente teórica, de que esos usos vendrán, y este hecho ancla a *Sony* en la realidad práctica. Cf. *Aimster*, *supra*, en 651.

La regla de Sony tiene en consideración las limitaciones que enfrentan los jueces cuando se trata de asuntos de tecnología. Los jueces no tienen capacidad técnica especializada para responder preguntas sobre la viabilidad tecnológica o la factibilidad comercial, sobre las cuales pueden disentir radicalmente los profesionales tecnológicos, los ingenieros y los mismos emprendedores capitalistas, y donde

las respuestas pueden diferir dependiendo de si uno se enfoca en el tiempo de desarrollo del producto o en el tiempo de distribución. Considérese, por ejemplo, la cuestión de si al *software* de Grokster se le pueden añadir aparatos que filtren los archivos infractores. MGM nos dice que esto es fácil de hacer, como lo dicen varios *amici* que producen y venden tecnología de filtración. Ver, *e. g.*, texto para reclamantes de estudios cinematográficos 11; texto para *Audible Magic Corp et al.* como *Amicus Curiae* 3-10. Grokster dice que no es fácil de hacer, ni es una solución eficiente en cualquier caso, y concuerdan varios profesores de ciencias de computación aparentemente desinteresados. Ver texto para demandadas 31; texto para Profesores de Ciencias de Computación como *Amicus Curiae* 6-10. 14-18. ¿A cuál concepto debería dar crédito el juez? *Sony* dice que el juez no necesariamente tendrá que decidir.

Dada la naturaleza de la regla de *Sony*, no es sorprendente que en los últimos 20 años haya habido relativamente pocos procesos por infracción coadyuvante —basados en la teoría de distribución de un producto— contra proveedores de tecnología (una pequeña cantidad de casos de cortes federales de apelación y tal vez menos de dos docenas de casos de Cortes de Distrito en los últimos 20 años). No he encontrado nada en los textos o el récord que muestre que *Sony* ha fallado en alcanzar su propósito de proteger la innovación.

B

La segunda pregunta, más difícil, es si una regla de *Sony* modificada (o una interpretación más estricta de la misma) debilitaría significativamente la capacidad de la ley para proteger nuevas tecnologías. El enfoque de la magistrada GINSBURG obligaría a los acusados a producir mucho más evidencia concreta —más que la presentada aquí— para ganar el amparo de *Sony*. Esa mayor exigencia probatoria y especialmente las modificaciones más dramáticas (equilibrio caso por caso) que MGM y el Gobierno pretenden, recortaría, creo, la protección que *Sony* ofrece ahora.

Exigir a los acusados, por ejemplo, que suministren evidencia detallada —digamos planes de negocios, cálculos de utilidades, modificaciones tecnológicas proyectadas, y así sucesivamente— sin duda haría la vida más fácil para los propietarios de derechos de autor demandantes. Pero simultáneamente aumentaría la incertidumbre legal que rodea la creación o el desarrollo de nuevas tecnologías aptas para usos infractores. Inventores y emprendedores (en el garaje, el dormitorio, el laboratorio o la sala de juntas) temerían (y en algunos casos sufrirían) juicios costosos y extensos cuando creen, produzcan o distribuyan el tipo de tecnología de información que puede ser usada para infringir derechos de autor. A menudo se quedarían conjeturando sobre cómo decidiría una corte, al revisar después el producto y sus usos, cuando cálculos necesariamente aproximados equivalieran a suficiente evidencia. No tendrían manera de predecir cómo sopesarían las cortes los respectivos valores de usos infractores y no infractores; cómo determinarían

la eficiencia y conveniencia de los cambios tecnológicos; o cómo valorarían los mercados potenciales futuros del producto. El precio de una conjetura equivocada –incluso si involucra un esfuerzo de buena fe para valorar la viabilidad técnica y comercial– podría ser el de grandes daños reglamentarios (no menos de 750 dólares y hasta 30.000 dólares *por obra infringida*). 17 U. S. C. &504 (c) (1), El riesgo y la incertidumbre adicionales significarían un consiguiente enfriamiento adicional del desarrollo tecnológico.

C

La tercera pregunta –si un impacto positivo para los derechos de autor compensaría cualquier pérdida relacionada con la tecnología– me parece la más difícil de las tres. No dudo de que una prueba *Sony* más invasiva proporcionaría, en general, un mayor ingreso a los propietarios de derechos de autor. Pero es más difícil concluir que las ganancias para los vaivenes de los derechos de autor excederían las pérdidas para los rodeos tecnológicos.

Por un lado, la ley no favorece la equiparación de dos clases diferentes de ganancias y pérdidas; en cambio, se inclina a favor de proteger la tecnología. Como lo deja en claro el mismo *Sony*, el productor de una tecnología que *permite* copias ilegales no *se ocupa* él mismo en copiado ilegal –un hecho que convierte en cosa excepcional la adjudicación de responsabilidad por derechos de autor a la creación, producción o distribución de tecnología–. Ver 464 U. S., en 431 (las cortes “deben ser circunspectas” en la interpretación de las leyes de derechos de autor de modo que no imposibiliten la distribución de nuevas tecnologías). Además, *Sony* ha sido la ley por algún tiempo. Y este hecho impone una carga seria a los propietarios de derechos de autor como MGM para demostrar la necesidad de un cambio en las actuales reglas de juego, incluyendo una interpretación más estricta de la regla. Ver, *e. g.*, texto para los reclamantes de estudios cinematográficos 31 (*Sony* no debería proteger productos donde el uso “principal o primario” es infractor).

En todo caso, la evidencia disponible ahora no proporciona, en mi opinión, argumentos suficientemente fuertes a favor del cambio. Decir esto no es dudar de la necesidad básica de proteger material con derechos de autor contra las infracciones. La Constitución misma subraya el papel vital que juegan los derechos de autor en el avance de las “Artes útiles”. Art. I, &8, cl. 8. Nadie discute que “la recompensa al autor o el artista sirve para inducir la emisión al público de los productos de su genio creativo”. *United States vs. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U. S. 131, 158 (1948). Y la copia ilegal deliberada no es una toma ilegal de propiedad menor que el robo del tipo de jardín. Ver, *e. g.*, 18 U. S. C. &2319 (infracción criminal de derechos de autor); & 1961 (I) (B) (la infracción de derechos de autor puede ser predicada bajo el *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* o Ley de Organizaciones Influenciadas por Estafadores y Corruptas); & 1956 (c) (7) (D) (el lavado de dinero incluye la recepción de producidos de la infracción de dere-

chos de autor). Pero estos principios altamente generales no pueden decirnos por sí mismos cómo equilibrar los intereses en juego en *Sony* o si el estándar de *Sony* necesita modificación. Y en ciertos puntos clave hay falta de información.

¿Un *Sony* no modificado conduciría a una disminución significativa de la cantidad o la calidad del trabajo creativo que se produzca? Como el objetivo básico de los derechos de autor es la creación, y sus objetivos de ingreso apenas un medio hacia ese fin, esta es la pregunta subyacente sobre derechos de autor. Ver *Twentieth Century Music Corp. vs. Aiken*, 422 U. S. 151, 156 (1975) (“El trabajo creativo debe ser estimulado y compensado, pero la motivación privada debe servir en último término la causa de promover un amplio acceso público a la literatura, la música y las otras artes”). Y su respuesta no es muy clara.

La copia no autorizada probablemente disminuye los ingresos de la industria, aunque no es claro por cuanto. Compárese S. LIEBOWITZ, *¿Will MP3 Downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence So Far*, p. 2 (junio de 2003) [www.utdallas.edu/~liebowitz/intprop/records.pdf] (todos los materiales de Internet como fueron visitados el 24 de junio de 2005 y disponibles en el archivo de casos de la Corte) (compartir archivos ha causado un descenso en las ventas de música), y el Comunicado de Prensa, *Informa Media Group Report* (citando música en Internet, 5.ª ed., 2004) (calculando el total de ventas perdidas por la industria musical en el rango de 2.000 millones de dólares anuales), en [www.informatm.com], con F. OBERHOLZER & K. STRUMPF, *The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis*, p. 24 (marzo de 2004) [www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf] (estudio académico que concluye que “el intercambio de archivos no tiene efectos estadísticos significativos sobre las compras del álbum promedio”), y McGuire, *Study: File Sharing No Threat to Music Sales* (29 de marzo de 2004) [www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A34300-2004Mar29?language=printer] (que trata la evidencia mixta).

La medida en que la producción relacionada ha disminuido realmente y como consecuencia sigue siendo incierta, aunque hay buena razón para creer que la declinación, si la hay, no es sustancial. Ver, e. g., M. Madden, Pe Internet & American Life Project, *Artists, Musicians, and the Internet*, p. 21 [www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Artists.Musicians_Report.pdf] (cerca de 70% de músicos creen que el intercambio de archivos es una amenaza menor o ninguna amenaza en absoluto para las industrias creativas); BENKLER, “Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production”, 114 *Yale L. J.* 273, 351-352 (2004) (“Mucho del actual flujo de ingresos de los artistas —de actuaciones y otras fuentes— es estable, aun asumiendo un completo desplazamiento del mercado de CD por la distribución *peer-to-peer*... Sería tonto pensar que la música, una forma cultural sin la cual ninguna sociedad humana ha existido, dejará de existir en nuestro mundo [debido al intercambio ilegal de archivos]”).

Más importante, los dueños de derechos de autor tienen a su disposición, al menos potencialmente, otras herramientas para reducir la piratería y menguar

cualquier amenaza que ésta presente a la producción creativa. Como lo deja en claro la opinión de hoy, un propietario de derechos de autor puede proceder contra un proveedor de tecnología cuando se presente un intento específico y comprobable de infracción (del tipo descrito por la Corte). *Ante*, en 24 (opinión de la Corte). Servicios como Grokster bien pueden ser responsables según la teoría de la inducción.

Además, un propietario de derechos de autor siempre ha tenido la autoridad legal para presentar una demanda tradicional por infracción contra uno que haga copias equivocadamente. En efecto, desde septiembre de 2003 la Recording Industry Association of America (RIAA) ha entablado “miles de procesos contra gente que compartió material con derechos de autor”. WALKER, “New Movement Hits Universities: Get Legal Music”, *Washington Post*, 17 de marzo de 2005, p. E1. Estos procesos han suministrado compensación por daños a los propietarios de derechos de autor; han servido como herramienta educativa, aclarando que mucho intercambio de archivos, si se hace sin permiso, es ilegal; y aparentemente han tenido un efecto disuasivo real y significativo. Ver, *e. g.*, L. Rainie, M. Madden, D. Hess, & G. Mudd, Pew Internet Project y comScore Media Metrix Data Memo: *The state of music downloading and file-sharing online*, pp. 2, 4, 6, 10 (abril de 2004) [www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Filesharing_April_04.pdf] (el número de gente que descarga archivos cayó de un pico de aproximadamente 35 millones a alrededor de 23 millones en el año siguiente a los primeros procesos; 38% de los que descargan archivos actualmente reportan descargas de menos archivos debido a los procesos); M. Madden & L. Rainie, Pew Internet Project Data Memo: *Music and video downloading moves beyond P2P*, p. 7 (marzo de 2005) [www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Filesharing_March05.pdf] (el número de personas que descargan ha “subido un poco” pero “sigue permaneciendo bien por debajo del pico”); GROENNINGS, “Note, Costs, and Benefits of the Recording Industry’s Litigation Against Individuals”, 20 *Berkeley Technology L. J.* 571 (2005); pero ver EVANGELISTA, “Downloading Music and Movie Files is as Popular as Ever”, *San Francisco Chronicle*, 28 de marzo de 2005, p. E1 (refiriéndose a la continua “ola de rampantes infracciones de derechos de autor”, mientras anotaba que la RIAA dice que cree que “la campaña de demandas y educación pública al menos ha frenado el problema”).

Más aún, los poseedores de derechos de autor pueden desarrollar nuevos sistemas tecnológicos que ayudarán a frenar las infracciones ilegales. Unas nuevas tecnologías llamadas “*digital watermarking*” (“señal de agua digital”) y “*digital fingerprinting*” (“impresión de huella digital”) pueden codificar dentro del archivo información sobre el autor y la fecha y alcance de los derechos de autor, mediante “impresión de huellas” que pueden ayudar a descubrir a los infractores. *RIAA Reveals Method to Madness*, *Wired News*, 28 de agosto de 2003, [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”, *J. L. & Arts* 385, 391, 451 (2004). Otra tecnología puede restringir potencialmente, mediante encriptación, la capacidad del usuario para hacer una copia digital. Ver J. BORLAND, *Tripping the Rippers*, C/net News.com (28 de septiembre de 2001), [news.com.com/Tripping+the+rippers/2009=1023_3=273619.html]; ver texto para *Bridgemar Services Ltd.* como *Amicus Curiae* 5-8 (argumentando que los proveedores del servicio *peer-to-peer* pueden bloquear más fácilmente el intercambio ilegal).

Al mismo tiempo, los avances tecnológicos han desestimulado las copias ilegales al hacer la copia *legal* más barata y fácil de lograr (*e. g.*, la descarga de música con permiso del propietario de derechos de autor). Varios servicios venden música ahora por menos de un dólar por canción. (Walmart.com, por ejemplo, cobra 88 centavos por cada una). En consecuencia, muchos consumidores atraídos inicialmente por la conveniencia y flexibilidad de servicios como Grokster están migrando ahora a servicios legales pagos (servicios con permiso para copiar) donde pueden disfrutar a un bajo costo de una conveniencia y flexibilidad aún mayores sin comprometerse en intercambio ilegal. Ver WU, “When Code Isn’t Law”, 89 *Va. L. Rev.* 679, 731-735 (2003), señalando la prevalencia de problemas tecnológicos en los sitios de intercambio gratuitos); K. DEAN, *P2P Tilts Toward Legitimacy*, wired.com, Wired News (24 de noviembre de 2004) [www.wired.com/news/digiwood/0,1412,65836,00.html]; M. MADDEN & L. RAINIE, marzo de 2005, Data Memo, *supra*, en 6-7 (porcentaje de personas que descargan archivos actualmente usando servicios pagos subió de 24% a 43% en un año; número que usa servicios gratuitos cayó de 58% a 41%).

De este modo, los servicios legales para descargar música —aquellos que cobran al cliente por descargar la música y pagan regalías a los propietarios de derechos de autor— han seguido creciendo y produciendo ingresos sustanciales. Ver texto para la *Internet Law Faculty* como *Amici Curiae* 5-20; BRUNO, *Digital Entertainment: Piracy Fight Shows Encouraging Signs* (Mar. 5, 2005), disponible en Lexis, News Library, Billboard File (en 2004, los consumidores en todo el mundo compraron más de diez veces el número de pistas digitales compradas en 2003; se espera que el mercado global de música digital de 330 millones de dólares en 2004 se doblará en 2005); Comunicado de Prensa, *Informa Media Report, supra*, (los ingresos digitales mundiales probablemente excederán los 3.000 millones de dólares en 2010); Ashton (International Federation of the Phonographic Industry) *Predicts Downloads Will Hit the Mainstream*, Music Week, 9 de enero de 2005, p. 6 (los sitios legales de música y los MP3 portátiles “están ayudando a transformar el mercado de música digital” en “una experiencia de consumo de todos los días”). Y se ha comenzado a desarrollar tipos más avanzados de redes P2P *no* orientadas a la música, asimilando en parte las lecciones de Grokster.

Finalmente, como reconoció *Sony*, la opción legislativa sigue abierta. Las cortes son mucho menos aptas que el Congreso para la tarea de “acomodar plenamente las diversas permutaciones de intereses competidores que están inevitablemente

implicadas en esa nueva tecnología”. *Sony*, 464 U. S., en 431; ver, e. g., *Audio Home Recording Act* de 1992, 106 Stat. 4237 (agregando 17 U. S.C., ch. 10); *Protecting Innovation and Art While Preventing Piracy: Hearing Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 108th Cong., 2d Sess. (22 de julio de 2004).

No sé si estos desarrollos y alternativas similares resultarán suficientes, pero tengo razonable certeza de que, dada su existencia, todavía no se ha demostrado una fuerte necesidad de modificar *Sony* (o de interpretar más drásticamente el estándar de *Sony*). Ese hecho, junto con los riesgos adicionales que tal modificación (o interpretación estricta) podrían imponer sobre la innovación tecnológica, me lleva a la conclusión de que debemos mantener *Sony*, leyendo su estándar como yo lo he leído. Leído así, este requiere afirmación de la determinación del Noveno Circuito de los aspectos relevantes de la cuestión de *Sony*.

Por estas razones, estoy en desacuerdo con la magistrada GINSBURG pero de acuerdo con la Corte y me uno a su opinión.