



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Derecho Informático

**LICENCIAS CREATIVE COMMONS Y LA POSIBILIDAD DE GENERAR OBRAS
DERIVADAS, EN RELACIÓN AL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO DE
ACCESO A LA CULTURA**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERNANDA VICTORIA MARTINEZ ACHIARDI
Profesor Guía: LORENA DONOSO ABARCA

Santiago, Chile
2010

*A mi familia
A mis amigos
A Sebastián.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
CREATIVIDAD, PROCESO CREATIVO Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO	6
1.1 Creatividad	6
1.2 Evolución del Concepto de Creatividad. Proceso Creativo	9
1.3 La Creatividad como Valor Social	1 3
1.4 Creatividad e Internet	1 5
1.5 Creatividad y Derecho	1 9
CAPITULO II	2
DERECHO DE AUTOR Y CREATIVIDAD	2
1. Nociones Generales	2 2
2. El Derecho de Autor como Derecho Humano	2 4
3. Normas internacionales de protección al derecho de autor y su relación con la posibilidad de dar origen a bienes culturales	3 1
a) El Convenio de Berna de 1886 para la protección de las Obras Literarias y Artísticas	3 1
b) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio	3 8
c) El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor	4 8
4. Legislación Nacional	5 5

4.1 Acuerdos Comerciales Ratificados por Chile y su relación con la posibilidad de crear nuevas obras	5 9
4.2 Limitaciones y Excepciones a los Derechos de Autor	7 3
4.2.1 Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en la legislación chilena sobre propiedad intelectual	7 6
5. Derecho de autor en el Entorno de las Nuevas Tecnologías	8 1
6. Aportes del Derecho de Autor a la Creatividad	8 7
CAPITULO III	9
DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA COMO CONDICION PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO CREATIVO	2
1. Generalidades sobre el Derecho de acceso a la cultura	9 2
2. Derecho de acceso a la cultura y a participar en la vida cultural	9 3
2.1 Declaraciones de Derechos Humanos	9 6
2.2 La UNESCO y PNUD	1 04
2.3 Situación en Chile	1 10
a) Constitución Política de la República de Chile	1 10
b) Otras Leyes	1 14
3. Derecho de acceso a la cultura, Derecho de autor y creación	1 16
CAPITULO IV	1
CREACION EN LA ERA TECNOLOGICA Y OBRAS DERIVADAS	19

1. La Obra	1 19
2. La Originalidad como presupuesto de protección de las obras por parte del Derecho de autor	1 21
3. Obras Originarias y Obras Derivadas	1 23
3.1 Concepto Doctrinario y Legal	1 23
3.2 Características de las obras derivadas	1 31
3.3 Requisitos para crear una obra derivada dentro de la legalidad	1 34
4. Creación en la era tecnológica y creación de obras derivadas	1 41
4.1 El proceso de comunicación y acceso a las obras en la Sociedad de la Información	1 43
4.1.1 Transmisiones digitales interactivas o “a la carta” e intercambio de archivos “peer-to-peer”	1 45
4.2 Obras digitales y obras digitalizadas	1 47
4.3 Originalidad de las obras en la sociedad de la información	1 55
5. Desafíos del régimen jurídico de las obras derivadas en la era tecnológica.	1 57
CAPITULO V	1
LA CONDICIÓN DE LICENCIATARIO COMO ELEMENTO LEGITIMANTE PARA LA CREACIÓN DE UNA OBRA DERIVADA Y LICENCIAS CREATIVE COMMONS	63
1. Contratos de Licencia de Derechos de Autor	1 63
2. Las Obras Derivadas en el Marco de las Licencias Amparadas en el Derecho de autor	1 65

3. Las Obras Derivadas en el marco de las Licencias Creative Commons	1 72
3.1 La Organización Creative Commons	1 72
3.2 Las Licencias Creative Commons	1 75
3.3 Modalidades de Licencia <i>Creative Commons</i> Chile	1 77
3.3.1 Licencias <i>Creative Commons</i> Chile y contenido del Derecho de autor	1 80
3.4 Creación de Obras Derivadas a partir de una autorización otorgada a través de una licencia <i>Creative Commons</i>	1 86
3.4.1 Licencias <i>Creative Commons</i> y obras derivadas en su relación con la Ley de propiedad intelectual	1 86
3.4.2 La aplicación de las licencias <i>Creative Commons</i> en la creación de obras derivadas	1 96
3.4.3 Datos relacionados con la aplicación de las licencias Creative Commons	1 98
CONCLUSIÓN	2 04
BIBLIOGRAFÍA	2 09

RESUMEN

El actual escenario mundial, revolucionado por el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, presenta una serie de desafíos tanto a los derechos de propiedad intelectual como a los derechos que garantizan a toda persona el acceso a la cultura. El paradigma de la creación monopolizada por un sector que podríamos denominar “profesional” da paso a uno nuevo, en el cual, dadas las herramientas de la era digital, cada persona tiene en sus manos la posibilidad de crear y difundir una obra de su autoría con contenido creativo. Gran parte de estas creaciones pueden ser clasificadas como obras derivadas, las que resultan de la transformación de una obra primigenia u originaria. Esta democratización de la creatividad se ha visto constreñida por la intensificación de la protección de los derechos de propiedad intelectual, generada por el cada vez más importante rol de tales derechos en el comercio internacional. Es claro que la creatividad como valor social es algo deseable por toda nación, para su desarrollo cultural, social y económico, como lo es también la defensa y protección de los intereses morales y patrimoniales derivados de la producción cultural. Si bien ambos conceptos se encuentran intrínsecamente relacionados, el devenir de la normativa sobre propiedad intelectual ha provocado un desequilibrio entre aquello que reconocemos como los intereses públicos y privados, de acceso y protección, respectivamente. Las obras derivadas son un ejemplo claro de esto, pues si bien los avances tecnológicos facilitan la generación de contenido creativo a partir de obras preexistentes, el estricto régimen de autorizaciones que imponen las normas sobre propiedad intelectual dificulta dicha tarea.

Iniciativas como las licencias Creative Commons buscan reestablecer el equilibrio que debe existir en la normativa sobre derecho de autor, facilitando el acceso a contenido creativo y posibilitando la producción de nuevas obras, empoderando a los autores para que sean estos quienes definan aquello que puede o no ser realizado con

su obra. Sin embargo, resulta vital el definir si dicho equilibrio es suficientemente garantizado con las decisiones particulares de los autores.

INTRODUCCIÓN

El problema de la creatividad y del proceso creativo es de larga data. La Historia nos indica que en la Antigüedad se consideraba que la creación debía ser “desde la nada” y que por lo tanto, el concepto de “creatividad” no era atribuible a las personas de carne y hueso pues se estimaba que escapaba de las capacidades humanas. Se concluía, entonces, que la creación originaria sólo podía ser abordada por la divinidad.

Esta reflexión nos lleva a afirmar que desde el principio de los tiempos el ser humano tuvo clara conciencia de que sólo podía crear a partir de lo ya existente, de que, en definitiva, todas las obras humanas eran necesariamente derivadas. Ello no obstó, en todo caso, a que con el transcurso del tiempo la humanidad comenzara a atribuir y apreciar el valor de las creaciones humanas, incluso, a ver la novedad impresa en ellas, a pesar de tratarse su materia prima de viejas ideas, conceptos y técnicas. A partir de esta concepción de las obras humanas resulta claramente pretenciosa e incluso artificiosa la calificación de una obra como original, y más aún atribuir la condición de “originaria” a una obra humana.

Ahora bien, el reconocimiento de que las obras humanas son derivadas no necesariamente implica que lo sean de una obra en particular. Dicho en otros términos, quizás no siempre sea factible identificar fehacientemente la obra de la cual derivan las nuevas creaciones, pero ello no implica desconocer el hecho de que las obras preexistentes que pudieron ser apreciadas por el autor (que podremos llamar acervo cultural) fueron su fuente de inspiración.

En este contexto, los derechos de autor debieran reconocer estas relaciones entre el acervo cultural (conjunto de obras preexistentes que son susceptibles de ser conocidas por los nuevos autores) y las nuevas obras, en cuanto a su rol de cara a la creación de éstas, en pos del desarrollo humano. Ello es importante además porque permite hacernos cargo del hecho que la creatividad no sólo constituye el ejercicio del

derecho fundamental a expresar las ideas, sino que además, contribuye a incrementar el acervo cultural de una sociedad, haciéndola avanzar hacia estadios superiores. Siendo así, la creatividad no sólo está al servicio del autor, sino que además de la sociedad toda: en primer término, aquélla en la cual el creador se encuentra inserto y en términos más amplios, de la humanidad. De ahí la pretensión social de que las obras pasen al patrimonio común de la humanidad en un tiempo razonable, lo cual es especialmente apremiante en las sociedades con un menor desarrollo cultural, pues ven en la posibilidad de acceder a las obras una esperanza de lograr una mayor creatividad y, por ende, un mayor desarrollo local. Asimismo, partiendo de estas premisas, no debiera extrañar que en las sociedades más avanzadas se procure desarrollar estrictos patrones de protección de los derechos de los autores, que retarden, en la medida de lo posible, el acceso como patrimonio común a las obras, puesto que con ello se asegura una suerte de monopolio no sólo respecto de las obras individualmente consideradas, sino además del acervo cultural y, por ende, de la creatividad. Ello redundaría naturalmente en la mantención de la situación de nivel de desarrollo de las naciones.

Sin embargo, en los últimos años han surgido movimientos que llaman a los autores a que voluntariamente abran sus obras al conocimiento y uso por terceros, bajo sistemas de licenciamiento, que, estando insertos en la legislación general de derechos de autor, vienen a facilitar el acceso y uso de las mismas, por la vía de conceder autorizaciones sin necesidad de un requerimiento particular previo. Estas autorizaciones o licencias se han enmarcado en movimientos sociales que podríamos llamar épicos, en el sentido que se han insertado en una lucha social por el reconocimiento de la necesidad de garantizar el acceso a la cultura. También podríamos calificarlos como movimientos ideológicos, en el sentido que aparentemente muestran una postura ética respecto del comportamiento del autor, que honestamente debiera reconocer que la creación que ha desarrollado es fruto del conocimiento que ha tenido de las obras preexistentes.

Pero también debemos reconocer que se trata de movimientos que nacen en un escenario en que se ha hecho evidente el protagonismo que la comunidad ha tomado

en el proceso de difusión de la cultura. En efecto, sirviéndose de las potencialidades de la tecnología, la comunidad se ha revelado como creadora frente a quienes detentan derechos de propiedad intelectual, tornando casi imposible o por lo menos ilusa la pretensión de aplicar los rígidos sistemas de protección que se idearon y funcionaban medianamente bien en el mundo analógico, haciendo cuasi inaplicables las duras sanciones que podemos leer en las leyes de propiedad intelectual.

Este desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en definitiva, ha revolucionado el mapa de la creatividad, puesto que como nunca antes el conocimiento ha sido disponibilizado al punto que basta contar con un computador con conexión a la Red de Redes y nociones básicas para acceder a él.

Pero no sólo en esto ha cambiado el panorama, sino que además un cúmulo de obras tradicionales han sido representadas en formatos digitales y otras han nacido en este formato, lo cual también cambia el escenario desde la óptica de la entrega de materia prima transformable a los potenciales creadores. Ello ha llevado a sostener con más fuerza que antes que cualquier persona puede ser un creador en potencia, por cuanto si reconocemos que el acceso a las obras preexistentes estimula la creatividad, hoy es asimismo más fácil que a partir de una obra (considerada como materia prima) se produzcan obras derivadas.

Es en este contexto que se cuestiona que el régimen general de derechos de autor se estructure sobre la base de conferir al creador derechos exclusivos que le permiten determinar los términos en que su obra podrá ser utilizada. Al ser estos derechos exclusivos, cualquier uso que se le quiera dar a una obra protegida por derecho de autor deberá contar con la autorización del titular de estos derechos si, por ejemplo, se desea realizar una copia de la obra o bien, hacer una adaptación de una obra, la traducción de un libro en lengua extranjera, musicalizar un cortometraje, etc.

Una adecuada protección de los intereses de los autores incentiva la creatividad. Pero una protección excesiva de los mismos puede ahogar el proceso creativo, debido a que, para poder crear en base a obras preexistentes, será necesario contar con la

autorización del titular del derecho de autor. Nos encontramos con dos derechos humanos, el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura que teniendo una misma finalidad –cual es, el incentivo de la creatividad- la persiguen desde perspectivas opuestas.

De esta forma el sistema de licenciamiento denominado Creative Commons, ofrece una alternativa en pos de conciliar estos derechos, mediante la puesta a disposición de los creadores de una serie de licencias a través de las cuales los autores y artistas podrán permitir el uso de su obra bajo las condiciones establecidas en este contrato, de manera que, accediendo a estas licencias, no será necesario negociar autorizaciones particulares por parte de los interesados en la utilización de las obras protegidas por derechos de autor.

Los objetivos de este tipo de licencias radican en el entendimiento de que se debe desarrollar un fondo común de bienes creativos, a través del intercambio de obras entre usuarios y la colaboración para la producción de contenido de libre acceso. Para nuestros efectos resulta importante establecer las relaciones que se producen entre este tipo de licencias y aquéllas que emanan de la aplicación supletoria de las normas sobre propiedad intelectual y, en general, con los derechos que emanan de estos regímenes jurídicos, en especial, con los derechos patrimoniales y morales del autor que autoriza la creación de obras derivadas a partir de su obra.

Nuestra preocupación es si es suficiente dejar al arbitrio del autor, en tanto que voluntariamente adhiera a un sistema como el de las licencias Creative Commons para asegurar el desarrollo cultural de nuestras sociedades. Partimos de la base que estas licencias aumentan las posibilidades de generar obras derivadas, dada la autorización del autor de forma anticipada y general. Ello se conforma con los derechos de cada persona como receptora de las obras culturales y su capacidad de crear y desarrollarse.

Nuestra hipótesis de trabajo es que las licencias Creative Commons si bien son útiles al proceso creativo no constituyen una solución suficiente de cara a la necesidad

de incrementar la creatividad como una forma de avanzar en el desarrollo de los pueblos, debiendo revisarse y concordarse a estos objetivos, los estatutos jurídicos de los derechos de autor, mediante el establecimiento de las debidas excepciones a los derechos que surgen para los autores, en aras a garantizar el acceso y utilización posterior de las obras por nuevos creadores. Un objetivo tan importante no puede quedar al arbitrio de la buena voluntad, derivada de imperativos épicos /éticos de los autores.

Por último, es necesario precisar que este trabajo se refiere a la aplicación de las Licencias *Creative Commons* a las obras que se pueden encontrar en las redes digitales, en específico, Internet. Además, si bien existen más derechos que el acceso a la cultura relacionados con la creatividad (como por ejemplo, el derecho a la educación) nos circunscribiremos al que consideramos directamente relacionado con la posibilidad de toda persona a crear, o, como disponen las principales Declaraciones de Derechos Humanos, a participar en la vida cultural de su nación. Finalmente, aunque son conceptos semejantes, utilizamos acceso a la cultura y no acceso al conocimiento, ya que el primero parece más adecuado al proceso creativo, en cuanto significa no sólo la percepción de contenido, sino la apropiación y resignificación de éste con el objetivo de dar origen a una obra original.

I CREATIVIDAD, PROCESO CREATIVO Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO

1.1 Creatividad

A lo largo de la historia, el hombre se ha visto enfrentado a un sinnúmero de retos. Su capacidad de entender y moldear el mundo se ha puesto a prueba por las nuevas realidades que se suceden en el tiempo debido a factores físicos, económicos, políticos, sociales y culturales. La manera de dar respuesta a estos desafíos es la creatividad, facultad inherente al ser humano, que le permite encontrar formas de dar satisfacción a sus necesidades, siempre dinámicas e infinitas.

Pero la creatividad también dice relación con la necesidad de las personas de representar su mundo interior, tanto como o más que aquél que las rodea, necesidad que es evidente desde los inicios de la humanidad¹. Plasmar nuevas realidades con ayuda de la imaginación y la técnica, ya sea en forma escrita, plástica, a través de la música, la danza y otras maneras de expresión artística, corresponde a una demostración del espíritu humano que lo diferencia del resto de los seres vivientes: implica la posibilidad de dar origen a algo nuevo, de expresar la propia interioridad y aportar así a la comunidad en la cual la persona está inserta.

Podemos entender entonces que la creatividad no se vincula únicamente con la persona como individuo, en cuanto a su desarrollo integral, sino que también dice relación con el hecho de que las obras producto de la creatividad individual nutren y enriquecen la comunidad a la que pertenece, formando parte entonces del patrimonio cultural de ésta y parte fundamental de su identidad.

La definición de creatividad que brinda el Diccionario de la Real Lengua Española de la Real Academia Española contempla dos acepciones:

¹ Así, la elaboración de pinturas rupestres en Francia comenzó en el año 30.000 antes de Cristo, mientras que los primeros rastros de escritura datan del año 4.000 antes de Cristo.

1. Facultad de crear
2. Capacidad de creación.²

Ambos significados nos llevan a consultar los términos “crear” y “creación”. Crear quiere decir, en su primera acepción, “producir algo de la nada”, y en la segunda acepción “establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado”³, mientras que “creación” se define como la “acción y efecto de crear”⁴, y en su sexta acepción como “obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva”⁵. Las definiciones señaladas comparten un elemento común, el cual consiste en dar origen a algo que representa algún grado de novedad, evocando claramente a la generación de algo que anteriormente no existía.

Si se persigue una definición unívoca de creatividad, será esta una tarea difícil, sino imposible: desde que se ha incorporado el término a los diccionarios, el concepto de creatividad ha sido estudiado desde el punto de vista de las más variadas disciplinas tales como la psicología, las ciencias de la educación, la antropología, la sociología, etc., por lo que la definición adoptada dependerá del enfoque que los estudiosos pertenecientes a cada una de estas ciencias hayan asumido al momento de abocarse a la tarea de conceptualizar este término.

Se ha definido como: “la capacidad humana de producir contenidos mentales de cualquier tipo y que esencialmente pueden considerarse como nuevos y desconocidos

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Lengua Española, 22ª edición [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=creatividad> [Consulta: 15 de noviembre de 2007]

³REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. op. cit. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=crear> [Consulta: 15 de noviembre de 2007]

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. op. cit. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=creaci%C3%B3n> [Consulta: 15 de noviembre de 2007]

⁵ Ídem

para quienes lo producen. La creatividad puede implicar la formación de nuevos sistemas y de nuevas combinaciones de informaciones ya conocidas” o “la capacidad de crear ideas. Y una idea no es más que una asociación nueva de materiales viejos”⁶. Se describe así también popularmente como “la generación de nuevas ideas o conceptos, o de nuevas asociaciones entre ideas y conceptos conocidos, que habitualmente producen soluciones originales.”⁷ De estas distintas definiciones, nuevamente podemos abstraer dos elementos fundamentales: el primero de ellos es la producción de algo nuevo para quien crea y segundo, dicha creación surge de elementos conocidos que se asocian de manera novedosa.

Es este tipo de definición el que nos interesa en este capítulo, ya que se aleja definitivamente de los conceptos que hemos revisado. La creación desde la nada, podemos deducir entonces, es algo que escapa de las capacidades del ser humano ya que “nadie puede crear en un “vacío”: toda creación se sustenta de creaciones anteriores.”⁸ Es necesario utilizar ideas o bien elementos de obras preexistentes para luego reformularlas o reorganizarlas en orden a crear otras nuevas: “una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados ininidad de veces. En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es altamente enriquecedor, en otras, trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo.”⁹ La

⁶ GONZÁLEZ, Jerónimo, Cuando resplandece el relámpago... (Concepto de Creatividad. Etapas en el Proceso Creativo) [en línea]. 17 de junio de 2007 <<http://www.compascreativo.com/?p=22>> [Consulta: 15 de diciembre de 2007]

⁷ WIKIPEDIA. Creatividad [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Creatividad> [Consulta: 15 de diciembre de 2007]

⁸ XALABARDER, Raquel (2006). Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al copyright? UOC Papers [en línea] N°2. UOC. <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>> [Consulta: 20 de marzo de 2008] Licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 de *Creative Commons* P. 5

⁹ LIPSZYC, Delia, Derecho de autor y derechos conexos. UNESCO / CERLALC / Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 1993 (reimpresión 2005) P. 62

creación, por lo tanto, requiere de una base conformada por el ambiente, las tradiciones y la cultura que rodea a la persona humana de manera que alimente sus pensamientos y su imaginación. La apropiación de estos elementos, su comprensión y resignificación por parte de los sujetos de una comunidad dará origen a la fuente de la creatividad de las generaciones futuras produciendo así una constante retroalimentación cultural.

1.2 Evolución del Concepto de Creatividad. Proceso Creativo

El razonamiento que nos ha llevado a concluir que el proceso creativo requiere de ideas y nociones previas que nutran la creatividad de las personas, desechando entonces la posibilidad de creación a partir de la nada, refleja la evolución que ha tenido el concepto de creatividad a lo largo de la historia. Así es como en el período griego dicho concepto no existía, como tampoco el de “creador” o “crear”. Esta actividad se concebía por los antiguos griegos como la búsqueda de las verdades eternas las cuales, una vez desentrañadas, pasaban a ser meramente imitadas. No cabía, bajo su perspectiva, la idea de creatividad en el sentido de presentar nuevas realidades e ideas, ya que todas ellas preexistían y sólo se podían “copiar”. La única excepción, en la comprensión griega sobre la creación, era la poesía, la cual permitía romper las reglas y no consistía en una imitación de la realidad.

Es en el tiempo de los romanos donde se acuña el término latín “*creare*”, de donde proviene el infinitivo “crear” y el sustantivo “creatividad”, mas dichos conceptos no poseían el significado que actualmente les atribuimos. Para comprender el uso que se le daba a tales términos basta saber que para los romanos “*creator*” era sinónimo de “padre o fundador”. El concepto de creatividad *strictori sensu* empezó a tomar cuerpo sólo a finales de la Antigüedad y entrado el medioevo, especialmente en el sentido de modelar algo a partir de la nada. Pero se debe tener en cuenta que la idea que se tenía en un principio de la creatividad era negativa: se sostenía que la creatividad es

inexistente¹⁰ ya que, si bien comenzó a atribuírsele un significado que forma parte del concepto general actual de creatividad, en el sentido de dar origen a algo, ésta sólo existía cuando se creaba a partir de la nada entendiéndose que ningún ser humano poseía dicha capacidad, por lo que la expresión quedaba reservada para enunciar esta manifestación de la omnipotencia divina. La creatividad así concebida –en términos negativos- fue representada en la Antigüedad posterior con una frase: “*ex nihilo nihil fit*”, lo que quiere decir “nada surge de la nada”.

A medida que se desarrolla la cultura antropocéntrica “el hombre emulará progresivamente la capacidad creadora de dios con el objeto de mostrar su libertad e independencia frente a éste a través de la expresión de la creatividad, haciendo coherente de esta forma su creciente protagonismo”¹¹. Aquella capacidad que sólo se atribuía a la deidad, se comienza percibir en el hombre como la facultad y necesidad de éste de generar cosas nuevas. Sin embargo, aún se utilizaba la palabra “creador” sólo para referirse a Dios considerándose que el hombre podía crear solamente combinando, aumentando o disminuyendo la realidad.

Marcial García López considera que es en el siglo XIX donde el término “creador” comienza a atribuírsele también al hombre y donde el sustantivo “creatividad” y el adjetivo “creativo” comienzan a poseer un significado relevante. Los hombres del Romanticismo comienzan a comprender la creatividad por primera vez sin el requisito de que el producto de ésta deba surgir desde la nada: la creatividad se reconoce en la capacidad del ser humano para producir cosas novedosas, y la novedad a la que se hace referencia es resultado de la expresión espontánea, subjetiva y autónoma del artista. Surge entonces, un concepto de creatividad intrínsecamente ligado al hombre y, en específico, a los artistas, concepto que resulta de la conjugación de los distintos elementos que caracterizaron a la creación a lo largo del desarrollo de la humanidad: para el hombre es imposible crear de la nada y crea, por lo tanto, manipulando la

¹⁰ GARCIA López, Marcial. El concepto de creatividad. Evolución histórica [en línea] http://congressos.blanquerna.url.edu/spucp/Pdfs/Garc%EDa_MagCong05.pdf [Consulta: 15 de mayo de 2008] P. 42

¹¹ Ídem

realidad con el objeto de obtener nuevas combinaciones o nuevos modos de aprehenderla y comprenderla. El hombre del Romanticismo será quien reconozca en estas combinaciones y en estos nuevos modos de entendimiento de la realidad un valor creativo, elevando a los artistas a la calidad de “elegidos”. Esta noción elitista presente en el concepto de creatividad es reemplazada gracias a los movimientos libertarios de fines del siglo XIX: “la creatividad, entonces, baja al nivel de lo cotidiano e invade todos los terrenos de la cultura, cuando antes era un concepto asociado sólo al arte y a los artistas”¹². Junto con esto, la creatividad se impregna de un carácter social ya que los anarquistas consideraban que la creatividad no se limita a expresar la individualidad personal, sino que a través de ella también es posible expresar la voz de la colectividad.

El concepto de creatividad, amplio e impreciso debido a las múltiples elaboraciones a las que dio origen, ingresa al siglo XX, donde será objeto de estudio de las más diversas disciplinas. Será la psicología la que se encargue, principalmente, de formular teorías científicas en torno a la creación y a la creatividad. Entre éstas destaca la teoría de las asociaciones remotas de Mednick¹³ la cual considera que existe creatividad cuando se encuentran conexiones cada vez más alejadas entre distintos conceptos, creando así nuevas asociaciones entre ellos. Matussek, por su parte, centra su teoría en las experiencias del sujeto, donde la creatividad radica en descubrir las relaciones entre ellas para dar origen a nuevas ideas. Para MacKinnon, la creatividad involucra un proceso que se caracteriza por la originalidad de su producto y por la condición de ser capaz éste último de solucionar problemas. Finalmente, cabe destacar la visión de creatividad del Cognitivismo, cuyo paradigma contempla al trabajo creativo como un proceso que se desarrolla en la mente del sujeto a través del cual, aquél “busca, obtiene, almacena, manipula y genera información, planificando de manera intencionada su conducta”¹⁴. Reconocemos, por tanto, como elemento presente en la mayoría de los intentos de conceptualización de creatividad, un carácter combinatorio y

¹² GARCIA López, Marcial, op. cit. p. 44

¹³ *Ibíd.* P. 46

¹⁴ GARCIA López, Marcial, op. cit. p. 49

de asociación, donde la novedad radica en los nuevos vínculos que se pueden generar a partir de ideas o conocimiento ya adquirido.

Uno de los aportes más significativos del estudio de la creatividad es la construcción de una teoría sobre el proceso creativo, y su explicación mediante fases que se aplican tanto a la creación científica como artística. Los autores coinciden en identificar cuatro fases, las cuales son:

1. Fase de preparación: En esta fase el sujeto percibe un problema, al que busca hacerle frente reuniendo toda la información y conocimientos disponibles sobre aquél, sin discriminar entre aquello que puede ser relevante y lo que no y sin que exista orden o prioridad alguna en su acumulación.

2. Fase de incubación: Consiste en un tiempo de espera durante el cual se asientan las experiencias adquiridas en la fase de preparación. En la fase de incubación se busca, inconscientemente, la solución al problema.

3. Fase de iluminación: El conocimiento adquirido durante la fase preparatoria y acumulado en la incubatoria da paso a una idea clara de la solución del problema.

4. Fase de verificación: Durante esta fase se comprueba si la solución obtenida en la fase de iluminación se adecua al problema de modo de resolverlo. Además de la verificación y examen es importante en esta etapa la comunicación de la solución, la que debe ser adecuada en beneficio de la cultura y su desarrollo.

Podemos notar a partir de los distintos conceptos de creatividad que hemos conocido y del análisis de las fases del proceso creativo lo fundamental que es para la creación el acceso al conocimiento acumulado disponible. No se concibe más creación por parte del sujeto humano que aquella que se basa en lo que éste ha aprendido, observado y experimentado a lo largo de su vida. Pero, como veremos en el desarrollo

de esta investigación, la creación no sólo tiene lugar a través de la inspiración y las ideas surgidas de las obras artísticas y literarias que han precedido a la creación en un momento dado y a las que el creador ha tenido acceso. Gran parte de nuestra cultura esta formada a partir de la reconstrucción y la manipulación de la herencia cultural. Lawrence Lessig señala al respecto que para crear se requiere algo de contenido con el cual comenzar, al cual el autor le añadirá “elementos creativos”, como sucede, por ejemplo, cuando una dramatización se basa en una novela. De acuerdo a Lessig, toda esta creatividad depende en parte del acceso y del uso de aquello que ya ha sido creado¹⁵. Pensamos que mientras más amplio sea el acceso que tenga un sujeto y mayores sean las posibilidades y las facilidades para manipular las obras que lo anteceden, existirán mayores posibilidades de generación de trabajos con un alto contenido creativo.

1.3 La Creatividad como Valor Social

El resultado del proceso creativo importa no sólo al sujeto que lo produjo sino que beneficia a la sociedad toda. Es en esta generación de nuevo contenido donde se puede enfocar el valor de la creatividad como valor social.

Daniel Andujar, en el prólogo del libro de David Casacuberta, señala que “crear algo que la comunidad considera valioso y compartirlo, generando las herramientas y los procesos necesarios para que lo elaborado sea accesible, es, sin lugar a dudas, un posicionamiento ético que tiene una evidente repercusión en el contexto cultural, político, económico y social”¹⁶.

¹⁵ LESSIG Lawrence, *The Future of Ideas, The Fate of the Commons in a Connected World* [en línea] Random House, Nueva York, Estados Unidos de América, 2001. <<http://the-future-of-ideas.com>> Con licencia *Creative Commons* BY-NC. [Consulta: 15 de julio de 2008] P.119

¹⁶ CASACUBERTA Sevilla, David, *Creación colectiva: En Internet el creador es el público*. Gedisa, Madrid, España, 2003. P. 9

Esta idea nos lleva a la siguiente consideración: si bien hemos dicho que la creatividad es una capacidad inherente al ser humano, no alcanza ésta su mayor relevancia mientras que su producto no es compartido con la comunidad que aportó directa o indirectamente a su creación. Es decir, la creatividad adquiere real importancia cuando las nuevas creaciones son dadas a conocer a la colectividad para que los individuos que la componen puedan gozar y hacer uso de dichas creaciones produciendo nuevas obras. Es de esta manera que la creatividad puede ser apreciada socialmente, transformándose el que la mayor parte posible de los miembros de la comunidad participe y contribuya creativamente a su desarrollo y diversidad en algo deseado. Al respecto, el psicólogo Carl Rogers reconoció en la escasez de creatividad una de las principales fuentes de las deficiencias de las sociedades por lo cual se hace urgente para éstas el contar con cada vez más personas creativas, sin que sea necesario para que las creaciones sean valiosas socialmente el que éstas consistan en una teoría científica, una nueva tecnología o bien, una sinfonía, un cuadro, etc.¹⁷

Para Isidora Mena, la participación de la mayor cantidad de personas posible en la creatividad y la retroalimentación que tiene lugar con la sociedad, fuente de la experiencia que alimenta las creaciones, es un desafío con carácter de perentorio ya que el ejercicio de la creatividad de sólo algunos, produce un desequilibrio social de tal proporción que atenta contra la existencia de la propia y tan creativa humanidad. Percibe a la creatividad como el medio que permite reestablecer el equilibrio siempre que todas las personas participen en ella, y su hipótesis es que la participación de todos “con su capacidad reflexiva y creativa en plenitud, permitiría la consideración de tantas perspectivas, que probablemente las decisiones nos servirían a todos, pudiendo ser una herramienta de regulación social mucho mejor que el mercado”¹⁸.

¹⁷ LOPEZ Pérez Ricardo. Desarrollos Conceptuales y Operacionales acerca de la Creatividad. Universidad Central. [en línea] Escuela de Ciencias de la Educación .1995 <http://biblioteca-digital.ucentral.cl/documentos/academicos/pdf/desarrollos_conceptuales.pdf> [Consulta: 10 de julio de 2008] P.13

¹⁸ MENA Edwards, Isidora. Diccionario de la Creatividad. Revista Perspectiva Nº 16, Santiago, 2002 Texto presentado con ocasión de la presentación del libro Diccionario de la Creatividad de Ricardo López Pérez. P. 123

A esta democratización de la creatividad a la que apunta Mena ha contribuido de manera relevante la irrupción de las nuevas tecnologías, y especialmente, de la red Internet.

1.4 Creatividad e Internet

Como señalamos antes, adherimos a quienes estiman que un factor fundamental en la creatividad es el acceso a las ideas y obras ya existentes en una comunidad, materia prima de las nuevas creaciones. En base a esto, podemos afirmar que influye directamente en la creatividad la forma de difusión y distribución de la cultura. Un ejemplo lo encontramos en la invención de la imprenta, la cual revolucionó la forma en que se difundía el conocimiento, haciendo posible el acceso al saber como hasta entonces no había sido posible.

Internet ha significado una revolución en esta materia debido a su enorme capacidad para contener y distribuir conocimiento, lo que ha significado un cambio en la manera en que las personas acceden a las artes y a la cultura, de forma que “Internet es la mejora radical y sustantiva de los medios de distribución del contenido. Internet, para muchos, ha implicado la oportunidad única de cambiar la forma mediante la cual la cultura y el arte llegan hasta el público, para hacerlos más accesibles y directos”¹⁹.

Desde el punto de vista de la distribución de contenidos, permite el acercamiento a todo tipo de obras, provenientes de cualquier parte del mundo. Internet es “el instrumento que favorece el enlace inmediato de un solo individuo ante una sola

¹⁹ RUIZ Gallardo, Claudio, Creative Commons: el futuro del derecho de autor [en línea] Terra Magazine 29 de noviembre de 2007 <<http://www.us.terra.com/terramagazine/interna/0,,O12111069-EI8866,00.html>> [Consulta, 15 de diciembre de 2007].

pantalla de ordenador con el resto del mundo”²⁰, convirtiéndose entonces en el nutriente ideal para la creatividad de las nuevas generaciones. Pero la influencia de Internet en la creatividad no sólo dice relación con la difusión y acceso a contenidos que, mediante su utilización o combinación por los usuarios, permitan la generación de nuevas obras culturales, sino también, y como se tratará con posterioridad, con una mutación en el concepto de creador y de público, esto es, en la producción y aporte de contenido, lo que constituye, en nuestra opinión, la verdadera revolución de la cultura digital.

Las nuevas tecnologías de la información han generado un cambio fundamental en la producción de conocimiento y cultura. Ya hemos señalado que parte de este cambio está dado por “la enorme capacidad de Internet de almacenar y transmitir toda clase de obras mediante su desmaterialización y transformación en códigos binarios, así como la recuperación y reproducción de obras almacenadas y transmitidas con entera fidelidad al original y con suma rapidez”²¹ lo que se traduce en contenido accesible. María Trinidad Sanchis ilustra este hecho, contrastando la capacidad de publicación existente previa a la emergencia de las nuevas tecnologías y aquella que resulta de la combinación de rapidez, fidelidad al original y bajos costos que caracteriza a lo digital en la difusión de información: “cuando la base de rentabilidad de la impresión de una obra está tradicionalmente fijada en mil o dos mil ejemplares, las técnicas digitales permiten hacer bajar el coste de producción de una obra casi al mínimo. La tirada media de una obra se sitúa actualmente alrededor de ocho mil o diez mil ejemplares, cerca del 40% no se venden nunca. Sin embargo, las técnicas digitales permiten, hoy en día, publicar “según la demanda” una obra de más de 600 páginas en menos de un minuto. Por otro lado, los libreros o librerías *on-line*, como amazon.com, dicen ya estar

²⁰ FERRER Mercedes, Creatividad en Internet [en línea] Tribuna Complutense, 12 de abril de 2005 <www.ucm.es/info/ucmp/cont/descargas/documento3464.pdf> [Consulta: 15 de diciembre de 2007]

²¹ COSTA Navarro, Catalina. Perspectiva constitucional del derecho de autor en el entorno digital. Profesor guía: VARAS Alfonso Paulino. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007 P. 35

en condiciones de poder ofrecer a sus clientes más de 3 millones de títulos, lo que es bastante más amplio que lo que la más importante de las librerías pueda almacenar”²².

Pero por otra parte, aunque de ninguna manera desvinculada de lo anterior, este cambio incide directamente, y de una manera sin precedentes, en los conceptos tradicionales de público y de autor y en los papeles que ambos juegan en la producción de conocimiento y obras artísticas. En primer lugar, gracias a ser Internet la gran plataforma de difusión de contenido que es, la creatividad se ve fomentada en aquella persona que accede y goza de los bienes que tiene a su disposición. Con las herramientas que las nuevas tecnologías otorgan toda persona puede convertirse en un creador por lo que “las fronteras entre artista, productor y espectador se van difuminando. La digitalización permite apropiarse y reciclar todo tipo de materiales culturales para reaprovecharlos en otras obras, poniendo en crisis el mismo concepto de autor”²³. La creación, por lo tanto, deja de estar restringida a las mentes y manos de un limitado número de artistas para pasar a todas las personas, las que podrán materializarla con relativa facilidad a través de los medios que brinda la era digital.

Es por esto que se hace necesario reformular los términos de creador o autor y de espectador o público en el escenario de las nuevas tecnologías, puesto que el artista o autor deja de ser la única fuente de creación artística y cultural para pasar a ofrecer una estructura a partir de la cual el espectador pueda crear. El artista se transforma en un productor de herramientas que cualquier persona podrá utilizar en orden a generar sus propias creaciones: “el artista deja de ser creador *stricto sensu* para convertirse en productor. El artista desarrolla una herramienta que luego será el público el que use, desarrolle y difunda según sus intereses, que no tienen porqué coincidir ni estar influidos por la voluntad original del artista, más allá de aumentar las capacidades del

²² SANCHIS María Trinidad Derechos de Autor, digitalización e Internet, Universitas, Madrid, 2004. Pp. 114 y 115.

²³ CASACUBERTA Sevilla, David, op. cit., P. 41

público mediante una nueva herramienta que permita distribuir los funcionamientos de una nueva manera”²⁴.

Por su parte, y como se ha dejado ya entrever, el espectador cambia de rol y como nunca antes en la historia, tiene la oportunidad, las herramientas, medios y espacio para dejar “de ser un mero observador para establecerse como creador”²⁵.

A diferencia del papel que cumplía el público frente a otros medios de comunicación (de mero lector, oyente o espectador), las nuevas tecnologías de la información y comunicación otorgan la posibilidad de producir contenidos, de hacerlos conocidos y de intercambiar conocimiento e ideas con otros de estos nuevos creadores. Es por esto que, en este escenario, se habla de “usuario” antes que de espectador “subrayando la dimensión activa, simétrica y participativa de su implicación con las tecnologías. Así pues, la figura del usuario pareció particularmente bien adaptada al universo de las nuevas tecnologías en el sentido de que permite disociarse de la caracterización mercantil del consumidor o de la representación pasiva del *receptor* de los medios masivos”²⁶. Hacemos esta distinción entre usuarios y espectadores para enfatizar el rol que desempeñan en la era tecnológica y aquél que tienen en los que podríamos denominar medios de comunicación tradicionales: en el caso de los usuarios se establece una relación que no se ve reducida a la figura de receptor sino que se vincula a niveles de apropiación por parte de éste de las herramientas que las nuevas tecnologías de información y de comunicación ponen a su disposición.

En segundo lugar, la comunicación entre personas de todas partes del mundo, facilitada por las nuevas tecnologías, las herramientas en línea que permiten el trabajo

²⁴ CASACUBERTA Sevilla, David, op. cit P. 60

²⁵ *Ibíd.* P. 35

²⁶ CARDON, Dominique, La Innovación por el uso. *En:* Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información. (edición tetralingüe en francés, castellano, inglés y portugués), AMBROSI Alain *et al.* C & F Éditions. Caen, Francia, 2005. p. 311

simultáneo y colaborativo, etc. han hecho posible la creación colectiva, lo que se contrapone a la figura tradicional de autor o artista que concibe el proceso de creación como algo individual. Al favorecer Internet la interactividad, la conectividad entre usuarios, así como la posibilidad de estos de compartir sus obras, se da pie al que, según David Casacuberta, es uno de los cambios radicales que se producen en nuestra cultura con la introducción de las tecnologías de la información y comunicación: Internet es la plataforma propicia para que personas en diferentes lugares del mundo puedan trabajar juntas y crear contenido a través de la colaboración. El hecho de ser este contenido el producto de un esfuerzo colectivo dice relación con la circunstancia de ser fruto de la discusión, del aporte de información y acopio de conocimiento que los distintos actores contribuirán a su elaboración. En este sentido, se relaciona también Internet a la creatividad, propiciando las experiencias de creación conjunta entre usuarios.

Para el objeto de esta investigación nos centraremos en el primer fenómeno –sin obviar que se encuentra relacionado con el segundo- es decir, en la posibilidad, fomentada por las nuevas tecnologías, de cada persona de ser un creador, cuyas obras puedan ser conocidas por su comunidad, ser apreciadas por ésta y servir de base y/o inspiración de nuevas obras. Esta democratización en la generación de cultura, o su posibilidad, da origen a ciertos replanteamientos de las instituciones que fueron ideadas para el concepto tradicional de autor de manera de acoger e incentivar a los nuevos creadores. A dichas instituciones nos referiremos a continuación.

1.5 Creatividad y Derecho

Al cumplir la creatividad un papel fundamental en el desarrollo de las personas y sociedades humanas es de esperarse que el Derecho propenda a su protección y a su incentivo. Con este objetivo, las distintas legislaciones adoptaron normas destinadas a fomentar el trabajo creativo, asegurando a los autores derechos exclusivos sobre sus obras: es el denominado Derecho de autor –o *Copyright* para el mundo anglosajón-. Dicho derecho se consagra con la categoría de Derecho Humano en la Declaración

Universal de Derechos Humanos de 1948 reconociendo el derecho que toda persona tiene a la protección y respeto de sus intereses materiales y morales derivados de una producción científica, literaria o artística de la cual es autora.

Sin embargo, no se debe entender que el Derecho de Autor, como Derecho Humano, es un derecho absoluto ya que desde sus inicios se ha comprendido como un derecho con un contenido intrínsecamente social, reconociendo el hecho de que para que sea posible crear, es menester haber accedido a obras culturales que sirvan de sustento y nutriente para las nuevas creaciones

No es absoluto por cuanto el mismo cuerpo jurídico que lo consagra como Derecho Humano establece a su vez sus principales limitaciones, como son el acceso a la cultura, a la educación y a la información. El artículo 27 de la Declaración en cuestión reconoce el derecho de la sociedad de gozar de las obras artísticas y del progreso científico y los beneficios que de él resulten, así como el derecho de cada uno de los individuos que la componen a tomar parte en la vida cultural de aquélla.

De lo anterior deducimos que al momento de establecer normas referidas al Derecho de Autor, no se deben considerar únicamente las potestades que el autor tendrá sobre su obra, sino que también debe ser tomado en cuenta el interés de quienes serán los destinatarios de la obra, esto es, el público. No podemos enfatizar suficientemente la intrincada relación entre el Derecho de autor y aquellos derechos que se encargan de garantizar las prerrogativas sociales relacionadas con el goce de las obras culturales y artísticas y la participación en su producción, prerrogativas que limitan, como hemos dicho, los derechos exclusivos emanados del Derecho de autor en pos del acceso a la materia prima de la creación, mientras que dichos derechos exclusivos permiten recompensar y reconocer el rol de los autores de promotores de la creatividad. Ambos derechos contribuyen a fomentar aquélla por lo que se deberían entender como derechos complementarios, mas la evolución de ambos ha sido dispar, fortaleciéndose el Derecho de autor hasta el punto de dificultar el ejercicio de aquél dirigido a garantizar el interés público sobre la cultura y las artes.

En el siguiente acápite profundizaremos en la relación existente entre la creatividad y el Derecho de autor, relación que se encuentra determinada, por una parte, por el reconocimiento a los autores de derechos exclusivos sobre sus obras, y por otra, por ser este reconocimiento producto del interés social de acceso a los bienes culturales, y que, dada la evolución que han experimentado las legislaciones sobre propiedad intelectual, ha manifestado un desequilibrio a favor de los titulares de derechos de autor, disminuyendo el contenido en dominio público y por lo tanto, las posibilidades de toda persona de crear libremente a partir de obras preexistentes, posibilidad que se ve potenciada por la utilización de las herramientas tecnológicas.

El análisis del panorama actual de la legislación sobre propiedad intelectual, en general, y derechos de autor, en específico, nos dará luces acerca de la posible desvirtualización del derecho de autor con respecto a sus objetivos y las consideraciones que dichas normativas –convenios y tratados internacionales, así como nuestro propio ordenamiento jurídico- han tenido respecto a las posibilidades de uso libre de las obras protegidas, con miras a lograr el deseable equilibrio que debe imperar en estas materias.

II DERECHO DE AUTOR Y CREATIVIDAD

1. Nociones generales

El derecho de autor forma parte, junto con la propiedad industrial, de la denominada Propiedad Intelectual, la cual es “un haz de normas jurídicas a las cuales se puede recurrir con fines de protección, indemnización y conservación de los derechos referentes a una “creación” intelectual (invento, idea técnica, obra artística, diseño de objetos o marca registrada, etc.)²⁷. El derecho de autor se puede definir, por su parte, como el conjunto de normas a través del cual se instaura la protección y el respeto de los derechos de los autores y artistas sobre sus creaciones, de manera que “protege la expresión formal del desarrollo del pensamiento, otorgando al creador derechos exclusivos de carácter patrimonial a la publicación, difusión y reproducción de la obra y derechos de carácter personal”²⁸. Dentro de la denominación derecho de autor, reconocemos los derechos de autor propiamente tal, y los derechos conexos o afines, que son aquéllos reconocidos a los artistas intérpretes y ejecutantes respecto de sus producciones y que no serán objeto de análisis de esta tesis.

Este conjunto de normas atribuye a los autores derechos exclusivos sobre la explotación de sus obras (patrimoniales), tales como los derechos de reproducción, distribución y transformación, entre otros. Así también, les son reconocidos y garantizados derechos morales que tienen su origen en la conexión existente entre la persona del autor y el producto de su creatividad, como son los derechos de paternidad e integridad de la obra. Como veremos más adelante, los derechos patrimoniales de autor le aseguran a su titular el control sobre las utilidades que se hagan de su obra, de manera que, de pertenecer ésta al dominio privado, no se podrá hacer uso de ella lícitamente si no se cuenta con su autorización.

²⁷ MOUSTAPHA Lo, Mouhamadou, Los derechos de propiedad intelectual, En: Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información, (edición tetralingüe en francés, castellano, inglés y portugués) AMBROSI Alain *et al.* C & F Éditions. Caen, Francia, 2005. p. 601.

²⁸ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. P. 62

Al momento de relacionar el derecho de autor con la creatividad, en el sentido que hemos establecido de ésta en la primera parte de esta investigación, es decir, como una facultad inherente a todo ser humano que se encuentra intrínsecamente relacionada con el desarrollo de las personas y de los pueblos, se debe atender a la noción de que esta rama del derecho tiene como fin proteger a los autores y sus obras de manera de asegurar una continua producción de bienes culturales, pues se persigue enriquecer el patrimonio cultural de la colectividad y de esta manera alimentar la creatividad del mayor número de personas posible. Su finalidad última es, como se puede apreciar, intrínsecamente social.

Esta función social de la propiedad intelectual, tributaria de la idea de que nada puede ser creado de la nada, es reconocida expresamente en los primeros sistemas legales sobre propiedad intelectual. Es así como el *Statute of Anne* de 1709 se establece teniendo como objetivo “alentar a los hombres instruidos a componer y escribir libros útiles”²⁹, mientras que la Constitución de los Estados Unidos de 1787, indica como facultad del Congreso el “fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”^{30,31}. Es más, y como veremos a continuación, la vinculación del derecho de autor con la promoción de la cultura y el fomento de la creatividad y las artes es lo que le ha valido el reconocimiento como un derecho humano fundamental en diversas declaraciones y pactos internacionales sobre Derechos Humanos.

²⁹ The History of Copyright: A critical overview with source texts in five languages (a forthcoming book by Karl-Erik Tallmo) [en línea] <<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>> [Consulta: 02 de marzo de 2008]

³⁰ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787.

³¹ Sin embargo, existen legislaciones sobre derechos de autor que no se fundan en la consideración del papel social que cumple el reconocimiento de tales derechos, como es el caso del derecho francés.

2. El Derecho de Autor como Derecho Humano

El artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho de toda persona de participar en la vida cultural de su comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios resultantes de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Reconoce, asimismo, el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, por su parte, consagra en su artículo 27 el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, mientras que el numeral segundo del mismo artículo se encarga de asegurar a toda persona el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. En términos similares, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual se encuentra dividido en tres apartados, establece en el primero de ellos, junto con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Del estudio de estas disposiciones salta a la vista que el derecho de propiedad intelectual como derecho humano fundamental es vinculado, en cada una de estas declaraciones y pacto, a las prerrogativas sociales que dicen relación con la participación en la vida cultural y al goce de los progresos científicos. Cabe preguntarse entonces, como lo hace Chapman³², cuáles son los fundamentos de la incorporación de los derechos de propiedad intelectual, y en específico, para la materia de esta tesis, de los derechos de autor, a la categoría de derechos humanos, cómo es

³² CHAPMAN R. Audrey La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea] < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf> > [Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2008] P. 11

conceptualizado tal derecho, y si la vinculación de los derechos de autores y creadores con el resto de los derechos humanos incluidos en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue meramente azarosa, o si por el contrario, se debió a la clara noción de que tales derechos se encuentran intrínsecamente relacionados.

La historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos da cuenta de que, mientras que la incorporación de los derechos de participación en la vida cultural de la comunidad y a gozar de los beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones a la categoría de derechos humanos fue pacífica, no ocurrió lo mismo cuando tocó el turno de evaluar la propiedad intelectual como uno de aquellos derechos inherentes a la personalidad humana. Se argumentó contra tal idea afirmando que la propiedad intelectual no era un derecho fundamental propiamente tal y que se encontraba suficientemente amparada por el derecho a la propiedad, recogido en el artículo 17 del cuerpo en cuestión, e incluso, que su protección especial entrañaba una perspectiva elitista³³.

Algo similar ocurrió al momento de incorporarse la propiedad intelectual en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, rechazándose en los primeros proyectos del Pacto la consagración de los derechos de autores y creadores aduciéndose por la delegación estadounidense que la materia relativa a la propiedad intelectual era demasiado compleja para ser abordada en un Pacto de tales características. Luego, los países socialistas manifestarían su preocupación acerca de la conveniencia de consagrar los derechos de propiedad intelectual en el Pacto puesto que podría conllevar la protección de los intereses individuales de los autores en lugar de los de la colectividad. En cambio, la incorporación del derecho de participación en la vida cultural y al disfrute de los beneficios científicos fue apoyada ampliamente por las delegaciones.

³³ CHAPMAN, op. cit. p.12

Finalmente, los argumentos destinados a lograr la incorporación de la disposición referente a la protección de la propiedad intelectual prosperaron y se dio origen a la redacción del artículo 15 N° 1 apartado c) que hoy conocemos. Tales argumentos se basaban, entre otras razones, en el hecho de ya estar recogida la protección de los derechos de propiedad intelectual en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de que tales derechos y los derechos del público eran complementarios y no opuestos, y que, como declaró el delegado israelí “sería imposible alentar efectivamente el desarrollo cultural a menos que se protegieran los derechos de autores y científicos”³⁴.

De acuerdo a Chapman, el proceso de inclusión de los derechos de propiedad intelectual a los textos internacionales sobre Derechos Humanos, pone de manifiesto cuatro aspectos. El primero de ellos lo revisten las pretensiones relativamente débiles de considerar a la propiedad intelectual como un derecho humano³⁵, lo que dio origen a numerosos debates. Agrega Chapman que “en ambos casos –en la Declaración Universal y el Pacto- los componentes del Artículo relativos a la propiedad intelectual se respaldaron principalmente debido a su carácter accesorio para la realización de otros derechos que se consideraba en una base moral más fuerte”³⁶.

En segundo lugar, tres de los más importantes textos internacionales sobre Derechos Humanos contemplan el derecho a la protección de los derechos de autores y creadores junto a los otros dos componentes del artículo 15 del Pacto que ya hemos citado, lo que evidencia la consideración por parte de los redactores de tales pactos de estar dichos Derechos Humanos intrínsecamente relacionados: “los derechos de los autores y creadores no sólo son buenos en sí, sino que se entendieron como condiciones previas esenciales de la libertad y la participación y el acceso a los beneficios de los avances científicos”.³⁷ Esta misma circunstancia, y para mantener la

³⁴ CHAPMAN. Op. Cit. P. 14

³⁵ Ídem

³⁶ Ídem

³⁷ Ídem

coherencia con lo dispuesto en las distintas partes del Artículo 15, da pie al tercer aspecto que se desprende de la historia de la incorporación de los derechos de propiedad intelectual a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, esto es, que la consagración del Derecho de Autor como derecho humano fundamental impone obligaciones a las legislaciones sobre propiedad intelectual, en el sentido de que deben “garantizar que las protecciones de la propiedad intelectual complementan, respetan plenamente y fomentan otros elementos del Artículo 15. En otras palabras, los derechos de autores y creadores deben facilitar en lugar de limitar la participación cultural, por una parte, y el progreso científico y el acceso a la ciencia, por otra”.³⁸

La cuarta consideración es que al momento de debatir la incorporación del derecho relativo a la propiedad intelectual la discusión giró en torno a si debería o no proceder ésta, y no en relación a su concepto, alcance y límites. Es por esto, afirma Chapman, que dicho debate no aportó una base conceptual para la interpretación de este derecho.³⁹

Con el cometido de llenar este vacío y precisar el concepto y la relación de la propiedad intelectual con los derechos humanos, surgió, como resultado del Día de Debate General sobre el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, llevado a cabo el 27 de noviembre de 2000, la Observación General N° 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)⁴⁰. Escapa de las materias estudiadas en esta tesis el análisis exhaustivo de las conclusiones a las que llegó el Comité en la Observación N° 17, pero cabe señalar que se reconoce el derecho contenido en el artículo 15 N° 1 apartado c) como

³⁸ CHAPMAN. Op. Cit. P. 14

³⁹ Ídem

⁴⁰ 35º periodo de sesiones. Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005. Adoptada el 21 de noviembre de 2005 y publicada como Documento oficial de las Naciones Unidas bajo la referencia: E/C.12/GC/17 el 12 de enero de 2006.

un derecho humano que deriva de la dignidad y la valía inherente a toda persona, y como tal está intrínsecamente relacionado con los demás derechos señalados en el artículo 15, de manera que se refuerzan entre sí y se limitan recíprocamente.

Por otra parte, es relevante el hecho de que la Observación llama a no equiparar la propiedad intelectual como derecho humano –“expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana”⁴¹- con los regímenes legales de propiedad intelectual, ya que estos –que consagran derechos temporales, revocables y enajenables (por lo menos los patrimoniales de autor)- son herramientas que utilizan los Estados “para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto”⁴², señalando además que, mientras el derecho de propiedad intelectual como derecho humano se encarga de asegurar intereses materiales básicos a los autores y creadores y la conexión entre la obra y su autor, así como con la comunidad y el patrimonio cultural colectivo, los regímenes de propiedad intelectual “protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales”⁴³, respondiendo a la realidad aportada por el desarrollo y la intensificación de las relaciones comerciales internacionales, donde la propiedad intelectual adopta la calidad de bien fundamental de la economía basada en la información y el conocimiento, asimilándolo Chapman a las materias primas y al trabajo en la primera revolución industrial.⁴⁴

⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General Nº 17 (2005). En: e-Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Enero-Marzo de 2006 [en línea] <http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf> [Consulta: 1 de noviembre de 2008] P.3

⁴² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General Nº 17 (2005) op.cit. P.3

⁴³ Ídem

⁴⁴ CHAPMAN. Op. Cit. P. 5

Uno de los puntos, sino el punto esencial que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encarga de precisar en la Observación N° 17 es que los derechos de propiedad intelectual y el derecho que se reconoce en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales no son lo mismo. Esta diferencia cobra importancia cuando queremos observar la relación e influencia de la propiedad intelectual, en general, y los derechos de autor, en específico, en el proceso creativo, diferencia que se acentúa en el panorama actual de las regulaciones sobre propiedad intelectual que conoceremos más adelante. Se encuentra, por un lado, la propiedad intelectual como derecho humano fundado en el desarrollo y progreso de la creatividad en beneficio de la comunidad toda y, por otro, los regímenes sobre propiedad intelectual, que, reconociendo el valor comercial de los bienes culturales, protegen cada vez más los derechos de titulares de derechos de autor, en desmedro de los derechos humanos relacionados con la cultura y al desarrollo íntegro de las personas.

Esto último, pensamos, se puede intuir a partir de la ampliación de los actos protegidos por derechos de autor, la extensión de los plazos de esta protección y la consiguiente disminución del dominio público, lo que reduce el contenido disponible a partir del cual es posible la generación de nuevas obras y, por lo tanto, de bienes creativos por las personas comunes y corrientes: la misma protección que se había concebido inicialmente para posibilitar la generación de nuevas obras artísticas y culturales con el consiguiente beneficio de la sociedad en su conjunto, se aleja de este fin y del enfoque de la propiedad intelectual como derecho humano, que llama a configurar una protección de los derechos de autores y creadores que se encuentre equilibrada con el resto de las garantías señaladas en el artículo 15 del Pacto de manera de no privilegiar indebidamente los intereses privados de los autores y prestando la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones⁴⁵. Con este alejamiento se corre el riesgo de que la protección de los derechos de propiedad intelectual sea excesiva: mientras más usos de la obra queden amparados por el derecho y mayores sean los plazos de protección

⁴⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 17 (2005) op. cit. P. 13

que éste brinda, mayor será la dificultad e incluso imposibilidad de acceso a los bienes culturales, resultando en el entorpecimiento del proceso creativo, contrariando, entonces, su objetivo principal y restringiendo además el ejercicio de derechos fundamentales que garantizan el acceso y disfrute de las obras a todos los individuos.

Daremos cuenta del escenario actual de la regulación sobre propiedad intelectual, que hemos caracterizado inicialmente como cada vez más divergente de los propósitos iniciales del derecho de autor como tal y desconocedora de su interdependencia con los derechos que garantizan el acceso a los bienes culturales y a la participación en su producción, con el objeto de observar si efectivamente la actual regulación implica una dificultad al proceso creativo. Resulta interesante, desde esta perspectiva, conocer la extensión del monopolio que tiene el titular del derecho de autor sobre sus obras, ya que tendrá gran relevancia al momento en que el público en general intente acceder a las obras protegidas por derechos de autor para dar rienda suelta a su creatividad. Analizaremos, entonces, la situación actual de los derechos de autor que son reconocidos a los autores y creadores, que resultan de la aplicación de tratados internacionales ratificados por Chile, su legislación sobre propiedad intelectual y los acuerdos comerciales que tienen trascendencia en esta materia, desde un punto de vista estrechamente relacionado con las posibilidades de creación a partir de obras protegidas y, por lo tanto, del ejercicio de los demás derechos culturales señalados en el artículo 15 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de determinar si este escenario, que como veremos, se ve influido fuertemente con el desarrollo de las TICs, es apto para que las obras artísticas y culturales puedan ser utilizadas, en alguna medida, en la creación de nuevas obras, por parte de toda persona interesada en ello. Dicho análisis nos permitirá deducir cuáles son los aportes del Derecho de autor a la creatividad.

3. Normas internacionales de protección al derecho de autor y su relación con la posibilidad de dar origen a bienes culturales

El rol económico que hoy cumple la propiedad intelectual, como hemos indicado, ha significado una más estricta y amplia protección de los derechos de autores y creadores. Junto a esto, ha tenido lugar el fenómeno de la internacionalización del derecho de autor: éste último se caracteriza por ser un derecho territorial, por lo que si un país garantiza a sus nacionales la protección de los derechos patrimoniales y morales que le corresponden por la creación de obras artísticas y literarias, dicha protección se agota en el momento en que la obra traspasa sus fronteras, siendo entonces susceptible de violación en cuanto a su explotación y al respeto de los intereses morales de autor. Frente a la diversidad de legislaciones y con el cada vez mayor traspaso de las fronteras que se sigue al desarrollo del comercio internacional durante el siglo XX, fue de relevancia para las naciones el adoptar formas de armonización de su normativa sobre propiedad intelectual; primero a través de acuerdos bilaterales, para luego adoptar acuerdos sobre normas internacionales relativas a la propiedad intelectual. Los primeros de ellos fueron el Convenio de París de 1833 para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.⁴⁶

a) El Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas⁴⁷

A partir de la Unión Internacional para la protección de las Obras literarias y artísticas o Unión de Berna se constituyó, el 9 de septiembre de 1886, el Convenio de

⁴⁶ Debido a la materia a tratar en esta tesis no se abordarán aquellos textos jurídicos referentes a los derechos conexos.

⁴⁷ Previo a la adhesión de Chile al Convenio de Berna de 1886, en 1973, cabe mencionar como Convenciones internacionales ratificadas por Chile la Convención Interamericana sobre Derecho de autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946 (promulgada por Decreto Supremo Nº 74 de 1955, publicado como Ley de la República el 21 de julio de 1955) y la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952 (promulgada por Decreto Supremo Nº 75, de 1955, publicado como Ley de la República el 26 de julio de 1955.)

Berna para la protección de las Obras literarias o artísticas⁴⁸⁻⁴⁹, como un modo de responder a la creciente necesidad de las naciones de “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”⁵⁰. Se puede considerar al Convenio de Berna como el texto internacional básico en materia de derecho de autor, conteniendo una serie de reglas que establecen el margen mínimo de protección que se reconoce a los autores.

El Convenio de Berna ha sido ratificado por más de 160 países, aumentando el número de adhesiones de manera significativa durante los últimos años, en la medida en que se ha hecho patente la importancia de los derechos de propiedad intelectual y su protección en el marco del comercio internacional, por lo que sus disposiciones tienen aplicación en la gran mayoría de los países del mundo, contribuyendo, sin duda, a la armonización de las distintas legislaciones nacionales.

Nos limitaremos en este trabajo a señalar el contenido básico del Convenio de Berna, por cuanto su análisis exhaustivo excede nuestro cometido. No obstante, al constituir el Convenio en cuestión el texto internacional básico en materia de derecho de autor es incuestionable su trascendencia e influencia en las legislaciones nacionales referidas a la materia, y así también en la conformación del panorama actual referente a la propiedad intelectual, en general, y a los derechos de autor, en particular.

El Convenio de Berna establece el principio del “trato nacional” como uno de sus principios básicos (artículo 5º), por el cual las obras creadas en un Estado miembro de

⁴⁸ Completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914, y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁴⁹ Ratificado por Chile el 2 de enero de 1973, promulgado como Ley de la República mediante Decreto Supremo Nº 121 de 15 de febrero de 1973, y publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de marzo de 1973.

⁵⁰ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas [en línea] <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html> [Consulta: 03 de marzo de 2008]

la Unión deben ser protegidas en los demás Estados miembros de la misma forma en que estos protegen las obras de los autores nacionales. Además, y como ya hemos mencionado, otro principio básico presente en el Convenio es el principio de protección mínima, en virtud del cual los Estados miembros deben implementar en sus respectivas legislaciones los niveles mínimos de protección que se establecen en él. De esta manera, y aplicando el principio del trato nacional, los autores de un Estado miembro gozarán en los demás de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a sus nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el Convenio (artículo 5.1). Por otra parte, el Convenio de Berna establece un sistema de “protección automática”, es decir, se prescinde de formalidades que condicionen el goce y ejercicio de estos derechos.⁵¹

En cuanto a los derechos reconocidos y amparados por el Convenio de Berna, este cuerpo internacional hace mención tanto a los derechos patrimoniales como morales de autor. Entre los derechos patrimoniales de autor reconocidos en el Convenio se encuentra el derecho de traducción (artículo 8), el derecho de reproducción (artículo 9), de representación o ejecución pública (artículo 11), el derecho de radiodifusión y comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida (artículo 11 bis), el derecho de recitación pública (artículo 11 ter), el derecho de adaptación (artículo 12), el derecho de efectuar adaptaciones y reproducciones cinematográficas de obras, y el derecho de distribución de las obras así adaptadas y reproducidas (artículo 14). El artículo 14 ter se refiere al *droit de suite*.

⁵¹ Convenio de Berna, Artículo 5: “1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a sus nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente convenio.

2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

3) La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.”

En cuanto a los derechos morales, el Convenio establece el derecho del autor de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma o cualquier atentado que cause perjuicio a su honor o reputación, derechos que conserva el autor aún cuando los derechos patrimoniales sobre la obra hayan sido cedidos (artículo 6 *bis*).

En relación a la duración de la protección de estos derechos, el artículo 7 del Convenio de Berna establece un plazo mínimo de protección que se extiende a la vida del autor y 50 años *post mortem auctoris*, mientras que se dispone que en lo relativo a los derechos morales de autor el plazo para su protección debe ser a lo menos de igual extensión que aquel establecido para los derechos patrimoniales⁵², facultándose a los países de la Unión a conceder plazos de protección más extensos que los previstos en dicho artículo

Por último, cabe señalar que el Convenio de Berna dispone que los derechos patrimoniales que reconoce pueden ser objeto de limitaciones que tienen por objeto equilibrar el interés privado de autores y el interés público, a partir de las cuales las obras protegidas pueden ser utilizadas sin necesidad de obtener la autorización del autor y sin que medie el pago de una remuneración. El artículo 9.2 del Convenio permite a los países de la Unión incorporar a sus legislaciones internas ciertos casos especiales en que se permita la reproducción de las obras literarias y artísticas siempre que dicha reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, dando pie a la denominada “Regla de los tres pasos” formulada luego con mayor precisión en el Acuerdo sobre los ADPIC. El

⁵² El artículo 7 señala plazos específicos para el caso de obras cinematográficas y fotográficas. En el caso de las primeras los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años. En el caso de las obras fotográficas y artes aplicadas, los países miembros de la Unión pueden establecer el plazo de protección, pero dicho plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras.

artículo 10, por su parte, se refiere a algunos casos de libre utilización de las obras⁵³, regulando directamente el derecho de cita, y reservando a las respectivas legislaciones de los países de la Unión la decisión de contemplar la facultad de utilización de las obras a título de ilustración de la enseñanza.⁵⁴

Como hemos indicado, la adhesión al Convenio de Berna es prácticamente global, estableciendo la base del sistema internacional de protección de derechos de autor, y configurando una protección eficaz de los intereses de autores y creadores nacionales y extranjeros, al tiempo que toma en consideración los intereses de los usuarios,

⁵³ Convenio de Berna. Artículo 10: “1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.”

⁵⁴ El artículo 10 *bis* del Convenio de Berna establece otras posibilidades de utilización libre, pudiendo los Estados miembros de la Unión permitir la reproducción por la prensa, la radiodifusión o transmisión por hilo de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo, habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección. Así mismo, pueden establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento (artículo 10 *bis* .2).

Además contempla dos casos de licencias no voluntarias en el artículo 11 *bis* .2 en cuanto al derecho de radiodifusión y comunicación al público por hilo, comunicación pública de una obra radiodifundida, o comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra refundida. También los Estados miembros pueden conceder licencias obligatorias respecto del derecho de autorizar la grabación sonora de las obras musicales cuya grabación ya haya sido autorizada (Artículo 13.1). Por otra parte, dentro de las disposiciones relativas a los países en desarrollo, se permite a estos Estados conceder licencias no voluntarias en los casos de la traducción para uso escolar, universitaria y para investigaciones, así como aquellas que limitan el derecho de reproducción para responder a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria (Anexo del Acta de París de 1971).

estableciendo una regla a través de cuya aplicación se puede determinar si una utilización que se haga de una obra sin la autorización de su autor es o no lícito (artículo 9.2).

Nos referiremos más adelante, al tratar el Acuerdo sobre los ADPIC, a las consecuencias que posee la adhesión al Convenio de Berna por gran parte de los países del mundo, sobre todo en materia económica. Pero es el momento de señalar que el Convenio de Berna ha tenido una importante influencia en el escenario del acceso a las obras y a la posibilidad de crear a partir de ellas, no sólo debido a la regulación transfronteriza que hace de los derechos de autores y creadores, sino que también en la conformación del contexto que gatillará la decisión de los movimientos por la cultura libre para idear sistemas alternativos a los derechos de autor para así facilitar el uso de las obras protegidas. Uno de estos sistemas alternativos es el que propone Creative Commons, el que trataremos en extenso en nuestro capítulo final.

Para comprender la especial trascendencia del Convenio de Berna en la creación del contexto del cual surgen las reivindicaciones de ciertos sectores de los derechos de los usuarios con respecto a las obras, referentes al acceso a éstas y a la posibilidad de creación a partir de obras ajenas preexistentes, debemos señalar primero que el derecho de autor para el mundo anglosajón se comprende bajo el término *copyright*. Estos estatutos jurídicos –derecho de autor para el Derecho continental y *copyright* para el Derecho anglosajón- no son idénticos por cuanto el *copyright* originalmente no concibe atributos morales del autor, sino que apunta directamente a la obra basándose en consideraciones de tipo económico, lo que se demuestra, entre otras manifestaciones, a través de diferentes disposiciones de uno y otro en cuanto a la renunciabilidad de los derechos morales de autor. Sin embargo, estas diferencias se han mitigado, sobre todo luego de la incorporación de Estados Unidos al Convenio de Berna, en 1989. Esta tardía incorporación de Estados Unidos a los Estados Miembros de la Unión de Berna, debida en parte a la reticencia del reconocimiento de los derechos morales de autor, generó consecuencias que repercutieron en el dominio público, es decir, en el cúmulo de obras de libre utilización. Hemos dicho que el Convenio de Berna establece un sistema de protección automática de los derechos de

los autores, por lo que al momento de adherirse, Estados Unidos renuncia a las formalidades exigidas hasta el momento (formalidades de *notice*, consistentes en la incorporación del símbolo © más el nombre del autor y año de publicación, y de registro) como condiciones para la protección de la propiedad intelectual. Este sistema de protección era inverso al establecido por el Convenio de Berna, puesto que las obras nacían y permanecían en el dominio público mientras no se llevaran a cabo por parte del autor las formalidades legales pertinentes. Dichas formalidades “permitían al autor decidir si proteger su obra (cumpliendo con las formalidades) o incluirla en el dominio público (no cumpliéndolas). Desde 1989, a raíz de la ratificación del Convenio de Berna de 1886 (unos cien años más tarde que el resto de los países), en Estados Unidos –como en toda Europa-, una obra original se beneficia de la protección del *copyright* desde su creación (sin ningún tipo de formalidad: ni “noticia”, ni registro) y, por tanto, sin que su autor pueda decidir al respecto”⁵⁵. Raquel Xalabarder indica que otro cambio que influye en el dominio público, y por lo tanto, en aquello que puede realizar el público en general con las obras, sin que medie una autorización, es la ampliación del plazo de protección de las obras que tuvo lugar en Estados Unidos en 1998, pues “en comparación con el plazo europeo (armonizado en toda Europa por la Directiva 93/98/CE, de 29 de octubre de 1993) de 70 años *post mortem auctoris*, las obras norteamericanas se protegían 20 años menos (50 años *pma*). Para evitar la «discriminación» que se producía a raíz de la regla de comparación de plazos establecida en el CB (en Europa, las obras norteamericanas entraban en el dominio público antes que las europeas), el congreso norteamericano añadió 20 años al plazo de protección, para equipararlo al europeo.”⁵⁶

El dominio público se vio entonces seriamente disminuido pues toda obra queda automáticamente protegida, siendo menester para hacer uso de aquélla contar con la autorización del autor y pagar una remuneración. Podemos adelantar que este factor, junto a la ampliación de los plazos de protección de los derechos de autor, determina que el estado actual de las legislaciones sobre derechos de autor no contempla una

⁵⁵ XALABARDER, Raquel (2006), op. cit. P. 5

⁵⁶ *Ibíd.* P. 6

forma expedita y libre de acceder y utilizar las obras preexistentes protegidas ya que existe incertidumbre al momento de establecer si una obra determinada se encuentra o no en dominio público, lo que según Lawrence Lessig es una carga enorme y evidente para el proceso creativo.⁵⁷

Hemos ya señalado que el Convenio de Berna se encuentra ratificado por la mayoría de las naciones del mundo y que las adhesiones se intensificaron en los últimos años por el trascendente rol que cumplen los derechos de propiedad intelectual en el escenario macroeconómico mundial. Tanto es así, que para que un país pueda participar en los sistemas de comercio internacional prácticamente se ha convertido en una condición que éste garantice el nivel de protección mínimo establecido en el Convenio de Berna, pues “el hecho de que un país pase a ser miembro de la Unión de Berna es prueba de que éste está dispuesto a ejercer la voluntad política necesaria para proteger los derechos de los autores de los demás países; esta prueba puede ser también una condición previa para el éxito de la cooperación internacional, incluida la atracción de inversiones extranjeras a los sectores de la economía distintos de la propiedad intelectual”.⁵⁸

b) El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio

El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS, en inglés) corresponde al Anexo 1c del Acuerdo por el que se establece la OMC, como resultado de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales celebrada entre 1986 y 1994. Junto con los Tratados de la OMPI, forma parte de los esfuerzos de la comunidad

⁵⁷ LESSIG Lawrence. Cultura Libre. Versión en español: CÓRDOVA Antonio/Elástico bajo licencia creative commons [en línea] LOM ediciones/ONG Derechos digitales. Chile. 2005. <http://www.derechosdigitales.org/culturalibre/cultura_libre.pdf> [Consulta: 12 de septiembre 2007] p. 279

⁵⁸ Protección internacional del derecho de autor. Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina Julio 12, 1999 a Julio 20, 1999, Guatemala. P. 6.

internacional para procurarse un régimen homogéneo y efectivo de protección de la propiedad intelectual, así como de actualización de sus disposiciones frente a la realidad revolucionada bajo la influencia de las nuevas tecnologías. Pone bajo su amparo a los bienes inmateriales producidos en el entorno digital al reconocer el cada vez mayor valor comercial de los productos culturales y el valor agregado que significa la creatividad en los productos comerciales convencionales.

Este Acuerdo recoge en su texto las disposiciones del Convenio de Berna -lo que evidencia, como hemos señalado anteriormente, el reconocimiento de la importancia que tiene hoy en día para las relaciones comerciales internacionales el formar parte de el sistema internacional de protección de derechos de autor- desde su artículo 1 al 21 y el Anexo al Acta de París de 1971 del Convenio de Berna, pero se encarga de señalar que en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC ningún país tendrá derechos ni obligaciones que emanan del artículo 6 *bis* del Convenio de Berna, lo que quiere decir que, bajo la sola aplicación del Acuerdo, los países firmantes no se encuentran obligados a respetar y cumplir las disposiciones del Convenio de Berna referidos a derechos morales de autor (artículo 9). Al incorporar las normas del Convenio, el Acuerdo recoge el principio del trato nacional (artículo 3) y un novedoso –en materia de acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual- trato de la nación más favorecida, el cual consiste en que “toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país debe hacerse extensiva inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todas las demás partes, aún cuando tal trato sea más favorable que el que otorga a sus propios nacionales”.⁵⁹

Además de recoger las disposiciones del Convenio de Berna, con excepción de las que se refieren a derechos morales de autor, el Acuerdo sobre los ADPIC aborda aspectos que no se consideraron en el Convenio o bien, se trataron insuficientemente. Entre estas normas cabe destacar la obligación para los Estados miembros de la OMC de proteger los programas de ordenador como obras literarias, de la forma en que el

⁵⁹ OMC. Los Acuerdos de la OMC [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#nAgreement> [Consulta: 15 de marzo de 2008].

Convenio de Berna dispone que éstas últimas deben ser protegidas, es decir, a través de derechos de autor (Artículo 10.1).

El artículo 10.2 dispone que las bases de datos y otras compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, se encuentran protegidas por derechos de autor, aun cuando éstas incluyan datos que no se encuentren amparados de la misma forma, siempre que “por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual”. Por su parte, el Acuerdo prevé en su artículo 11 el derecho exclusivo de arrendamiento comercial respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, ya se trate de los originales o las copias de estas obras amparadas por el derecho de autor.⁶⁰

En cuanto a la duración de la protección contemplada por el Acuerdo sobre los ADPIC, esta es de 50 años a partir de la muerte del autor. Cuando la duración de la protección de una obra no pueda ser calculada sobre la base de la vida de una persona física, la duración de la protección no debe ser inferior de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada, o en su defecto, de la realización de la obra (artículo 12).

El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC retoma la “regla de los tres pasos” en lo referido a la regulación de las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos del autor, las cuales deben circunscribirse a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. A través de esta regla se busca lograr un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados que se conjugan en el derecho de propiedad intelectual. No obstante, y como trataremos con posterioridad, “con motivo del desarrollo de la tecnología digital, ha empezado a cuestionarse este

⁶⁰ Respecto de las obras cinematográficas los Estados Miembros no se encuentran obligados en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC a conferir a los autores y a sus derechohabientes este derecho exclusivo, a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción, criterio denominado “de menoscabo”. En cuanto a los programas de ordenador esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí.

equilibrio y ha empezado a criticarse, en especial, la pertinencia de determinadas excepciones y limitaciones al derecho de autor. Por lo que cabe ver la manera en que han reaccionado ante estos cambios las nuevas normas internacionales y nacionales que han incorporado en su reflexión la tecnología digital.”⁶¹

Nos parece importante también señalar que el Acuerdo sobre los ADPIC contempla un mecanismo de solución de diferencias relacionadas con el cumplimiento de las normas mínimas del mismo, de manera que de existir una controversia sobre esta materia entre países miembros de la OMC, un grupo de expertos comerciales nombrados para tal efecto interpretará las disposiciones atinentes al caso y publicará el informe respectivo. Si una de las partes en la controversia decide recurrir en contra de la decisión del Grupo de expertos comerciales, lo puede hacer ante el Órgano de Apelación de la OMC. En el caso en que una de las partes no respete la decisión, se podrán imponer sanciones comerciales a ésta por la contraparte, mediante autorización del Órgano de Solución de Diferencias.

En resumidas cuentas, el Acuerdo sobre los ADPIC no se caracteriza por su novedad, no difiriendo en gran grado de anteriores acuerdos internacionales sobre los derechos de propiedad intelectual. Mas la diferencia que estriba este Acuerdo radica en que contempla normas mínimas exhaustivas de protección que pueden hacerse efectivas a través de un fuerte mecanismo de solución de controversias, con lo que se robustece la protección internacional de los derechos de autor. Estas normas mínimas se refieren a la “protección de productos y procesos mediante patentes, obras literarias, artísticas, musicales y de otro tipo mediante derechos de autor y derechos conexos, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, esquemas de trazado de los circuitos integrados, e información reservada como los secretos comerciales.”⁶²

⁶¹ LEPAGE, Anne. Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital. e-Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. enero-marzo de 2003 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696S.pdf>> [Consulta: 28 de octubre de 2008] P.8

⁶² SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Comisión De Derechos Humanos. Consejo Económico Y Social. Naciones Unidas. Consecuencias Para Los Derechos Humanos

El fortalecimiento de los derechos exclusivos de los autores a través del Acuerdo sobre los ADPIC tiene como fin reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual asegurándose de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo, mientras que el artículo 7 del Acuerdo establece como el objetivo fundamental de éste la promoción de la innovación tecnológica, de la transferencia y difusión de la tecnología, promoción a la que debe contribuir la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Pero tanto este artículo como aquél que indica cuales son los principios del Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 8) relacionan la protección de los derechos de propiedad intelectual con el “bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones” (artículo 7), y con la facultad que se les reconoce a los países miembros para adoptar o aplicar medidas apropiadas para la protección de “la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico” (artículo 8.1), así como para “prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología” (artículo 8.2).

Se establece de esta manera una relación entre las disposiciones de protección de la propiedad intelectual del Acuerdo sobre los ADPIC y la promoción y protección de los derechos humanos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, advirtiendo la necesidad de existencia de un equilibrio entre el interés privado y público y un objetivo final, basado en el bienestar general. El Acuerdo busca el equilibrio de intereses a través del citado artículo 8, es decir, permitiendo a los Estados miembros que adopten medidas relacionadas con el interés público, en especial, en materia de

Del Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio. Informe De La Alta Comisionada. 52º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2001/13. 27 de junio de 2001 [en línea] <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2001.13.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2001.13.Sp?Opendocument)> [Consulta: 28 de octubre de 2008]

derechos económicos, sociales y culturales, siempre y cuando estas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el mismo Acuerdo. Pueden, por ejemplo, como lo señala el artículo 27, excluir ciertas invenciones de la patentabilidad cuando sea necesario para proteger el orden público o la moralidad, o bien, para proteger la salud o la vida de las personas o animales, para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medioambiente. Esta posibilidad de exclusión en materia de patentes se encuentra limitada, ya que se podrá determinar, por los motivos que hemos indicado, siempre que tal exclusión no se haga meramente porque la explotación se encuentre prohibida por la legislación del país (artículo 27.2). Agrega este artículo que, además, es posible para los Estados miembros excluir de la patentabilidad los métodos de diagnóstico, terapéuticos, y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales. Pueden, asimismo, excluir plantas y animales⁶³.

Otra manera en que el Acuerdo sobre los ADPIC pretende alcanzar el equilibrio es permitiendo a los países miembros contemplar casos de licencias obligatorias, de la forma en que se señala en el artículo 31, esto es, en materia de patentes, cuando se permite a terceros la utilización de la patente sin la autorización del titular de los derechos, sujeta a determinadas condiciones. Cabe agregar, tal como se hace en el Informe de la Alta Comisionada “Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los ADPIC”, que este “fomenta la cooperación internacional. En especial, los países desarrollados miembros están obligados a ofrecer incentivos a sus empresas e instituciones para promover y fomentar la transferencia a los países menos

⁶³ Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 27.2: Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

adelantados y proporcionar, cuando se solicite, cooperación técnica y financiera en favor de países en desarrollo y menos adelantados.”⁶⁴

Sin embargo, la relación existente entre las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y la promoción y protección de los derechos humanos ha sido motivo de preocupación desde la perspectiva de estos últimos, ya que si bien el Acuerdo contempla, como ya hemos visto, disposiciones que se refieren expresamente a los vínculos existentes con tales derechos, éstos –los vínculos- “suelen expresarse como excepciones a la norma más que como principios rectores en sí mismos y están subordinados a las disposiciones del Acuerdo”⁶⁵. Se trata de disposiciones meramente permisivas y, por lo tanto, depende su efectiva aplicación de las legislaciones de los países miembros, así como su significado y efecto. La preocupación, entonces, surge en torno a si el Acuerdo sobre los ADPIC equilibra apropiadamente intereses privados y humanos envueltos en los derechos de propiedad intelectual.

Por esto, no se debe soslayar el hecho de que el objetivo fundamental de los Acuerdos sobre los ADPIC es, como hemos dicho, la promoción de la innovación tecnológica, ya que dada la importancia que atribuye el Acuerdo sobre los ADPIC a la tecnología moderna, se desatienden otros tipos de tecnología y conocimientos, como el de las comunidades locales y los pueblos indígenas, al tiempo que no se menciona la necesidad de proteger el patrimonio cultural. Estas circunstancias advierten un desequilibrio que podría tener un impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos, sobre todo, en los derechos culturales⁶⁶.

⁶⁴ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Consecuencias Para Los Derechos Humanos Del Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio. Informe De La Alta Comisionada. Op. Cit P.11

⁶⁵ *Ibíd.* P. 10

⁶⁶ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Consecuencias Para Los Derechos Humanos Del Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio. Informe De La Alta Comisionada, op. cit. P. 13

Esta circunstancia motivó a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a considerar en sus resoluciones 2000/7 de 17 de agosto de 2001 y 2001/21 de 16 de agosto de 2001 que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC representa contradicciones para con los derechos económicos, sociales y culturales. La Resolución 2000/7 señala que “la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los derechos humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la libre determinación, existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra parte”⁶⁷. La Resolución 2001/21 dispone que “existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los derechos a la libre determinación, la alimentación, la vivienda, el trabajo, la salud y la educación, y en relación con la transferencia de tecnología a los países en desarrollo”⁶⁸.

Cabe mencionar, como se desprende de los textos citados, que las materias que mayor preocupación provoca el Acuerdo sobre los ADPIC en quienes postulan un enfoque de derechos humanos en la protección de la propiedad intelectual son, entre otras, los obstáculos a la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, las consecuencias para el disfrute del derecho a la alimentación de los derechos a desarrollar variedades vegetales y a patentar organismos genéticamente modificados, la "biopiratería" y la reducción del control por las comunidades (especialmente las comunidades indígenas) de sus propios recursos genéticos y naturales y de sus

⁶⁷ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Comisión de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Resolución sobre derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. E/CN.4/Sub.4/2000/7, 17 de agosto de 2000 [en línea] <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c462b62cf8a07b13c12569700046704e?Op=ndocument>> [Consulta: 20 de octubre de 2008]

⁶⁸ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS [2000] op. cit.

valores culturales, y las restricciones al acceso a productos farmacéuticos patentados y sus consecuencias para el disfrute del derecho a la salud.⁶⁹

Como el alcance de este acápite se encuentra limitado al efecto del Acuerdo sobre los ADPIC en la posibilidad de creación de obras protegidas por, específicamente, los derechos de autor, es decir, obras literarias y artísticas, no nos referiremos al efecto que produce en aquéllas materias que se encuentran amparadas por la otra rama del Derecho de propiedad intelectual, este es, la propiedad industrial. Baste por esto, la indicación hecha en el párrafo anterior.

Hemos adelantado ya en este capítulo que, dadas las características del actual régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual, es importante determinar el alcance de esta protección para vislumbrar las posibilidades de creación lícita por parte del público, en equilibrio con una protección eficaz de los intereses de autores y creadores. El primer punto que destacaremos y que ya hemos mencionado brevemente, es que el Acuerdo sobre los ADPIC contribuye de forma radical a la armonización de las legislaciones sobre propiedad intelectual, lo que toma especial importancia cuando se considera que impone normas mínimas de protección que se aplican a través de los mecanismos de solución de controversias de la OMC. Como resultado, se ha intensificado la protección de la propiedad intelectual, y, para lo que nos convoca, el derecho de autor. Dicha intensificación de la protección, la cual se hace exigible de manera unilateral de acuerdo al sistema de solución de controversias previsto por la OMC, se encuentra intrínsecamente relacionada con un segundo punto que merece nuestra atención: la búsqueda del fortalecimiento en la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, en el marco de las negociaciones que dieron origen al Acuerdo sobre los ADPIC, se vincula con el papel que cumplen los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional a partir del siglo XX, donde los principales titulares de derechos de propiedad intelectual son empresas

⁶⁹ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS [2000] op. cit.

transnacionales. El informe de Oloka-Onyango y Deepika Udagama⁷⁰ señala que en este sentido son perfectamente comprensibles las preocupaciones manifestadas en cuanto a que el Acuerdo favorece la concentración de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual en países desarrollados y en poderosos actores no estatales puesto que en las definiciones predominantes de los derechos de propiedad intelectual se tienen más en cuenta los intereses de los productores (o propietarios) de los conocimientos que los de los usuarios. Se nos presenta de esta manera uno de los caracteres del derecho de propiedad intelectual actual: la normativa vigente se aleja de su cometido de proteger, y junto con esto, incentivar a los autores a dar origen a nuevas obras que resultarán, finalmente, en beneficio de la sociedad en su conjunto, puesto que quienes son titulares de los derechos exclusivos de los autores son generalmente empresas transnacionales, y lo protegido pasa a ser los intereses comerciales de éstas. Es nuestro pensamiento que el equilibrio que hemos planteado al iniciar este acápite se ve amenazado por el favorecimiento de los monopolios al que da paso el Acuerdo sobre los ADPIC, coartándose de esta manera las posibilidades de acceso y goce de las obras culturales y de participar en la vida cultural de la comunidad a través de la transformación de obras preexistentes.

Como destacábamos en el primer punto, el fortalecimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual tiene como efecto en los países miembros de la OMC menos adelantados o en vías de desarrollo el que estos, en cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, deban revisar y robustecer su legislación sobre propiedad intelectual. Puede suceder que los Estados pongan en ejercicio nuevas normas de protección de los derechos de propiedad intelectual que se caractericen por contemplar un grado de protección mayor al previsto por el Acuerdo sobre los ADPIC, lo que se conoce como “ADPIC-plus”. Una legislación de propiedad intelectual del tipo ADPIC-plus es atentatoria contra el equilibrio que debe existir entre intereses privados y

⁷⁰ SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Comisión de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/10, 2 de agosto de 2001 [en línea] <[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d11a61a54bf6c94ac1256aa400593901/\\$FILE/G0114804.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d11a61a54bf6c94ac1256aa400593901/$FILE/G0114804.pdf)> [Consulta: 20 de octubre de 2008]

públicos, puesto que no contemplan las garantías previstas por el Acuerdo. Suelen ser resultado de presiones comerciales unilaterales para que se adopte una legislación con un estándar de protección que exceda el previsto por el Acuerdo sobre los ADPIC, las que podrían conllevar un desconocimiento de las obligaciones contraídas por los Estados respecto a los textos internacionales de derechos humanos. Respecto a este punto se ha dicho que la esperanza de que el Acuerdo sobre los ADPIC ponga fin (o ponga fuera de la ley) estas presiones carece de fundamento.

c) El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

El escenario que hemos planteado para el desarrollo de esta tesis se caracteriza por el progreso y avances en el área de la tecnología, de la mano de la intensificación e internacionalización del comercio. Las nuevas tecnologías como fotocopias e impresiones, los sistemas de radiodifusión por satélite y de transmisión digital, la producción de obras por computadores y de programas de ordenador, bases de datos, etc., han significado un cambio radical en la creación, difusión y la utilización de las obras.

Estos cambios, como es fácil entrever, repercuten en la protección de los derechos emanados de la creación de obras, por lo que se entendió necesaria la introducción de nuevas normas internacionales sobre protección de la propiedad intelectual.

La OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) es un organismo especializado de las Naciones Unidas establecido en 1967 a través del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, con sede en Ginebra, Suiza, que tiene como objetivo “desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público”⁷¹. Su fin, según el Artículo 3 del Convenio que establece la OMPI, es fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, mediante la cooperación de

⁷¹ ¿Qué es la OMPI? [en línea] <<http://www.wipo.int/about-wipo/es/what/>> [Consulta: 20 de octubre 2008]

los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional y asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones. Actualmente, 184 Estados forman parte de la OMPI, siendo Chile uno de los Estados miembros desde 1970.

Fue en este organismo donde se comenzaron los trabajos preparatorios de nuevos cuerpos internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos. El 20 de diciembre de 1996 se adoptó el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA, o en inglés, WCT)⁷² junto al Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF o, en inglés, WPPT) el cual está dirigido a complementar el Convenio de Roma de 1961, el cual trata sobre derechos afines.

El TODA⁷³ completa y complementa el Convenio de Berna. Tiene como objeto hacerse cargo de las nuevas condiciones surgidas como consecuencias del advenimiento de las TICs y que tienen repercusiones en materia de derechos de autor.

Su preámbulo manifiesta el interés de los países firmantes por mantener la protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual frente al “profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas”⁷⁴ señalando como una de sus guías el mantener el equilibrio entre los derechos del autor o artista y el del público en general.

En cuanto a su contenido, el TODA establece la obligación por parte de los países firmantes de acatar las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (artículo 1.4) y su Anexo. Pone bajo su amparo obras que son producto del desarrollo tecnológico de similar forma en que lo hace el Acuerdo sobre los ADPIC. El

⁷³ Ratificado por Chile el 11 de abril de 2001, promulgado por decreto supremo n° 270 de fecha 28 de noviembre de 2002, publicado como Ley de la República con fecha 7 de marzo de 2003.

⁷⁴ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). [en línea] <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html> [Consulta: 03 de marzo de 2008]

artículo 4 del TODA protege los programas de ordenador homologándolos, para los efectos de su protección, a las obras literarias, tal como lo dispone el artículo 2 del Convenio de Berna. Asimismo, se encarga de amparar las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, siempre que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual (artículo 5 TODA).

A continuación, el Tratado de la OMPI aborda los derechos exclusivos que reconoce a los autores pero contemplando en su regulación el nuevo entorno digital.

Se refiere de manera expresa a los derechos de distribución (artículo 6), de alquiler (artículo 7) y de comunicación pública (artículo 8). En cuanto a los derechos morales de autor, no se refiere expresamente a ellos, pero establece, en virtud del artículo 1, que ya hemos mencionado, el deber de los países miembros de cumplir aquellos señalados en el Convenio de Berna.

El derecho de distribución se encuentra tratado en el artículo 6 del TODA como el derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares mediante venta u otra transferencia de propiedad. Bajo la sola vigencia del Convenio de Berna el derecho de distribución se contemplaba expresamente para el solo efecto de las obras cinematográficas, mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC no prevé un derecho exclusivo de estas características⁷⁵.

El párrafo 2 del mismo artículo dispone que son las propias partes las que deben determinar las condiciones, si las hubiera, para la aplicación del agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

⁷⁵ Protección internacional del derecho de autor, op. cit. P. 11

El artículo 7 del TODA contempla el derecho de alquiler de manera similar al artículo 11 del Acuerdo sobre los ADPIC como el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público, ya sea del original o de ejemplares de la obra a los autores de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establece la legislación pertinente del Estado parte.⁷⁶

A través del TODA, además, se reconoce como derecho exclusivo de los autores la comunicación al público de sus obras, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de manera tal que el público pueda acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Este derecho de puesta a disposición del público contempla, entonces, las transmisiones a través de redes interactivas mediante la “previsión de un derecho general de comunicación al público (artículo 8), el cual colma los vacíos existentes en la cobertura de dicho derecho bajo el Convenio de Berna. Durante las discusiones de la Conferencia Diplomática, sin embargo, se aclaró que las partes contratantes eran libres de implementar la obligación de otorgar un derecho exclusivo respecto a dicha “puesta a disposición” a través del otorgamiento de un derecho de distribución.⁷⁷

En relación al derecho de reproducción, el TODA no se refiere expresamente a éste, pero se entiende incorporado en virtud de la referencia hecha al Convenio de Berna en el artículo 1. No se encuentra, entonces, contenido en el texto del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor una precisión acerca del alcance del derecho de reproducción en los medios digitales. Se encargan de esta materia las declaraciones concertadas relativas al Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, adoptadas por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996. La Declaración concertada respecto del artículo 1.4) señala que el derecho de reproducción y sus limitaciones, tal

⁷⁶ Las excepciones también son análogas a las del Acuerdo sobre los ADPIC: El párrafo 2 del artículo 7 del TODA señala que “el párrafo 1) no será aplicable:

(i) en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler; y
(ii) en el caso de una obra cinematográfica, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción.

⁷⁷ Protección internacional del derecho de autor, op. cit. P. 18

como se encuentran contemplados en el Convenio de Berna son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Precisa, además, que constituye una reproducción, bajo los términos del Convenio de Berna, el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida.

En cuanto al plazo de protección de estos derechos, éste se extiende a 50 años a partir de la muerte del autor, aplicándose igual plazo para las obras fotográficas.

Al igual que el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI contempla la “regla de los tres pasos” en materia de limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos que concede, extendiendo su aplicación a todos ellos (artículo 10). La Declaración concertada respecto del artículo 10 permite a los Estados parte ampliar y aplicar debidamente estas limitaciones al entorno digital, entendiéndose además que se permite a las partes contratantes incorporar nuevas excepciones y limitaciones a su legislación nacional que resulten adecuadas al medio digital, debiendo cumplir estas nuevas excepciones o limitaciones con la regla de los tres pasos.

Por último, nos referiremos a las disposiciones referidas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos, contenidas, respectivamente, en los artículos 11 y 12 del TODA.

Al momento de abordarse la protección del derecho de autor en el nuevo medio digital se reconoció que “todo nuevo derecho en relación con los usos digitales de las obras requeriría, para ser realmente efectivo, el apoyo de normas relativas a medidas tecnológicas de protección o de información sobre la gestión de derechos”⁷⁸. Estas medidas tecnológicas consisten en tecnologías especializadas adoptadas por los titulares de los derechos de autor, dirigidas a controlar el uso de las obras en el medio digital. Pueden clasificarse, en términos generales en:

⁷⁸ Protección internacional del derecho de autor, op. cit. P. 20

1) medidas que controlan el acceso a la obra protegida, permitiéndolo únicamente a las personas autorizadas. Ejemplo de estas medidas tecnológicas son la criptografía, firmas digitales, contraseñas, etc.

2) la segunda clase de medidas tecnológicas se encarga de limitar los usos de la obra protegida una vez que ya se ha accedido a ella. Pertenecen a este grupo de mecanismos los sistemas de gestión de copias en serie para los mecanismos de grabación audio digital y los sistemas de aleatorización para los DVD.⁷⁹

En virtud del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, los Estados parte se obligan a proporcionar tanto una protección adecuada como recursos jurídicos efectivos destinados a evitar la elusión de las medidas tecnológicas que hayan adoptado los autores respecto de sus obras con el objeto de restringir usos de éstas que no hayan sido autorizados por el autor o permitidos por la ley.

El artículo 12, como hemos indicado, se refiere a las obligaciones que contraen las partes contratantes del TODA en relación con la información sobre la gestión de derechos, las cual consiste, según el mismo artículo, en “la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de la obra”. Al respecto, las partes se obligan a proporcionar recursos jurídicos efectivos en contra de quienes, bajo determinadas condiciones, supriman o alteren sin autorización cualquier información electrónica sobre gestión de derechos o realicen determinados actos sobre ejemplares de obras cuya información electrónica sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada, a sabiendas.

⁷⁹ OMPI, ¿Cómo funcionan las medidas tecnológicas de protección? [en línea] <<http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/technological/faq03.html>> [Consulta: 28 de octubre de 2008]

Como resulta de la revisión de las disposiciones que hemos destacado del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, su trascendencia dice relación con su objetivo de establecer normas que adecuen las instituciones del derecho de autor al medio digital, de manera que no existe duda respecto a que las obras creadas en el entorno digital o fijadas y puestas a disposición del público a través de la Red se encuentran amparadas por la normativa de derecho de autor, cuando corresponda. Esto quiere decir, en la práctica, que para que un usuario pueda hacer uso de las obras puestas a disposición en las redes, como Internet, y que se encuentran en dominio privado, debe contar con la autorización respectiva de parte del titular de los derechos de autor.

Debido a la regulación que se hace en el Tratado de la OMPI de las medidas tecnológicas de protección, nos parece pertinente señalar en este momento los reparos que se han formulado a su respecto. Como veremos más adelante, si bien el desarrollo de la tecnología y la revolución creativa a que da lugar el advenimiento de las TICs facilitó la manipulación, alteración, difusión de obras, etc. con claras consecuencias para la protección de los derechos de autor, el medio digital permite a los autores adoptar mecanismos que permiten controlar el acceso y el uso que se hace de su obra. En virtud de la disposición del TODA que hemos enunciado (artículo 11) los Estados contratantes se obligan, mediante su ratificación, a adoptar medidas jurídicas para la protección de tales mecanismos respecto a su elusión. Constituyen, entonces, una eficaz manera de protección del ejercicio de los derechos de autores y creadores, que serán adoptados por estos según lo estimen conveniente para la defensa de sus intereses. Sin embargo, se nos presenta la ya familiar contraposición de estos intereses con las necesidades culturales de acceso al conocimiento y a los bienes creativos que forman parte del interés público: las medidas tecnológicas adoptadas por los autores para el control y supervisión del ejercicio de sus derechos significan, desde el punto de vista de los usuarios, un óbice al acceso a los bienes culturales. Se debe entender que una normativa sobre derechos de autor en el medio digital comprende la protección del ejercicio de los derechos reconocidos a los autores junto con determinadas limitaciones y excepciones basadas en la función social de la propiedad intelectual. Sin embargo “la barrera tecnológica es incapaz por sí misma de definir

aquellos actos comprendidos dentro de las limitaciones y excepciones, por lo que las neutraliza, quedando en consecuencia la protección del interés social reducido en el entorno digital⁸⁰

La noción de que las posibilidades de acceso a los contenidos en la Red se ven afectadas por la utilización de medidas tecnológicas de protección incluso cuando dicha utilización se encuentra permitida por la ley en el caso de limitaciones y excepciones a los derechos de autor es uno de los problemas de más difícil conciliación que surgen en torno a tales medidas. Como es natural concluir, la limitación del acceso y del uso del contenido repercute en aquello que los usuarios podrán realizar con él. El acceso a las obras es un presupuesto para que los usuarios puedan utilizarlas en la creación de nuevas obras, presupuesto que puede llegar a faltar en el caso que un autor haya adoptado una medida tecnológica de protección para supervisar y controlar el ejercicio de sus derechos.

4. Legislación Nacional

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 N° 25 garantiza a todas las personas la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular, comprendiendo este derecho la propiedad de la obras y otros derechos como su paternidad, edición e integridad. Reconoce, entonces, al autor de una obra derechos patrimoniales y morales sobre aquélla y además, establece que es un derecho que se encuentra sujeto a

⁸⁰ ZAPATA López, Fernando, Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección en el entorno digital, Boletín de derecho de autor Vol. XXXVI, n° 3, julio-septiembre de 2002 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001287/128727S.pdf#page=2>> [Consulta: 28 de octubre de 2008 P.11]

expropiación de igual forma y bajo las mismas condiciones que otros derechos de dominio.

Por su parte, el Código Civil señala en su artículo 584, en el Título II “Del Dominio” del Libro II “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce” que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores la cual será regida por leyes especiales. Las leyes especiales a que se refiere este artículo 584 son la Ley N° 17.336 de 2 de octubre de 1970 sobre Propiedad Intelectual y sus modificaciones⁸¹ y el Decreto de Educación N° 1.122 de 17 de mayo de 1971, el cual es el Reglamento de la Ley 17.336. La propiedad industrial, por su parte, se regula en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial de 25 de enero de 1991.⁸²

En un intento de sintetizar a grandes rasgos las disposiciones más relevantes de nuestra Ley de propiedad intelectual cabe señalar su objeto de protección: el artículo 1 indica que la Ley 17.336 protege los derechos que, por el solo hecho de la creación, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. Se establece, por lo tanto, un objeto de protección amplio, así como la protección automática de los derechos de autor –“por el sólo hecho de la creación”-, siguiendo lo dispuesto en el Convenio de Berna, en relación a que no es necesaria formalidad alguna para que las obras literarias o artísticas estén amparadas. Acorde con este punto, el artículo 8 de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual establece una presunción legal de autoría a favor de quien ha registrado la obra en el Registro de Propiedad Intelectual, por lo que este registro, lejos de importar una condición para que la obra sea amparada por el Derecho, permite identificar los títulos de las obras y, junto con esto, dar publicidad de todos los actos jurídicos de los cuales da testimonio con su

⁸¹ Son las siguientes: Ley N° 17.773 del 18 de Octubre de 1972, Ley N° 18.443 del 17 de Octubre de 1985, Ley N° 18.957 del 5 de Marzo de 1990, Ley N° 19.072 del 19 de Agosto de 1991, Ley N° 19.166 del 17 de septiembre de 1992, Ley N° 19.912 del 4 de noviembre de 2003, Ley N° 19.914 del 19 de noviembre de 2003, Ley N° 19.928 del 31 de enero de 2004.

⁸² Modificada por Ley N° 19.996 del 11 de Marzo de 2005 y Ley N° 20.160 del 26 de Enero de 2007

inscripción⁸³. En cuanto a la duración de la protección, el artículo 10 establece que ésta dura toda la vida del autor y se prolonga hasta por 70 años después de su muerte, plazo que puede extenderse una vez vencido hasta el fallecimiento del cónyuge o hijas solteras o viudas o con cónyuge imposibilitado definitivamente para realizar cualquier género de trabajo, si lo hubiere.

Nuestra Ley de propiedad intelectual, como ya hemos indicado, ha sufrido varias modificaciones debidas, en parte, a la necesaria actualización que debía experimentar para hacerse cargo de los cambios aportados por la aparición de las nuevas tecnologías y para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas a partir de los acuerdos internacionales que nuestro país ha ratificado en esta materia. Dentro de su texto se encuentran varias normas que intentan amparar debidamente a las obras que son producto de la revolución digital. Como ya lo hemos señalado, el artículo 1 de la Ley de propiedad intelectual establece la protección de los derechos que por la creación de la obra adquieren los autores, cualquiera que sea la forma de expresión de ésta, lo que da cuenta de que la ley “protege no sólo las obras que cuenten con un soporte analógico sino también digital y virtual, dado que también éstas son formas diversas de expresión”⁸⁴. El artículo 3 establece a los programas computacionales como obras especialmente protegidas, cualquiera sea el modo o forma de expresión de aquellos, protección que abarca tanto al programa fuente o programa objeto, e incluso a la documentación preparatoria técnica y manuales de uso (Nº 16). También se encuentran amparadas bajo el alero del Derecho de autor las compilaciones de datos y otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual (Nº 17). Asimismo, La referida ley se pone en el supuesto del vertiginoso desarrollo de la tecnología y las comunicaciones. Ejemplo de ello se aprecia en el artículo 5 letra v cuando define lo que se debe entender por “comunicación pública” señalando que es “todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva

⁸³Departamento de Derechos Intelectuales. Preguntas frecuentes. [en línea] <http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/faq.asp> [Consulta: 26 de septiembre de 2007].

⁸⁴ COSTA Navarro, Catalina, Op. cit. P. 44.

para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro”. Disposición similar se encuentra en el artículo 18 letra a⁸⁵. Es claro que la ley prevé situaciones futuras derivadas del avance tecnológico frente a las cuales no desea dejar desprotegidos los derechos de los autores.

En relación al monopolio exclusivo que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce a los autores, mencionaremos someramente los derechos patrimoniales y morales que señala. El inciso final del artículo primero de la Ley 17.336 dispone que “el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”. Luego, en el capítulo IV de la ley, bajo el título de Derecho Moral, el artículo 14 enumera los derechos morales a que se refiere el artículo primero⁸⁶, desprendiéndose de su redacción los derechos morales de paternidad del autor sobre su obra y la reivindicación de ésta o bien, el de mantener la obra anónima, el derecho de integridad sobre la obra, el derecho de divulgación o de mantener la obra inédita y el derecho de autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa.

Los derechos morales son transmisibles por causa de muerte y además tienen la característica de ser inalienables estimándose nulo todo pacto en contrario. En cambio,

⁸⁵ Ley 17.336 sobre propiedad intelectual, Artículo 18: Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

a) Publicarla mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro.

⁸⁶ Ley 17.336 sobre propiedad intelectual, artículo 14: El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades:

- 1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido;
- 2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico;
- 3) Mantener la obra inédita;
- 4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere, y
- 5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común”

los derechos patrimoniales pueden ser objeto de enajenación. La Ley de propiedad intelectual señala en su artículo 18 que sólo el titular del derecho de autor o quienes hubiesen sido expresamente autorizados por él podrán utilizar la obra, para luego enumerar algunas de estas facultades relacionadas con la explotación del derecho de autor. Estos derechos son: el derecho de reproducción, de publicación, comunicación pública, transformación y de ejecución pública. Por su parte, el artículo 19 dispone que nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.

Como hemos mencionado, nuestra legislación sobre Propiedad Intelectual ha debido moldearse, tal como hemos esbozado en los párrafos anteriores, siguiendo las pautas del devenir internacional y el impacto tecnológico. Es así, como los compromisos a través de acuerdos comerciales bilaterales ratificados por Chile han influido fuertemente en nuestra normativa, dando origen a cambios que, analizaremos, pueden influir en el equilibrio que debe existir en la regulación de la propiedad intelectual, y en específico, en el derecho de autor, para dar paso a la creatividad de todos. Daremos cuenta, entonces, de tratados internacionales recientemente ratificados por nuestro país y que influyen de manera significativa en la materia en cuestión. Estos tratados son el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

4.1 Acuerdos Comerciales Ratificados por Chile y su relación con la posibilidad de crear nuevas obras

Cuando nos hemos referido al proceso de intensificación de las relaciones internacionales durante las últimas décadas, siendo la base de éste el incremento del intercambio comercial entre países, se debe entender que Chile ha sido parte también de este proceso de globalización y apertura comercial. Es por esto que ha llevado a cabo múltiples negociaciones que tienen por objeto el suscribir y ratificar tratados bilaterales con otras naciones. Si bien estos tratados tienen como fin la regulación de materias comerciales, los denominados “tratados de última generación” incluyen

aspectos que escapan del establecimiento de zonas de libre comercio, de la desgravación de productos, etc., incorporando, entre otros, temas laborales, medioambientales y, lo que nos interesa en esta oportunidad, normas referentes a la propiedad intelectual.

Nos dedicaremos en este acápite a dos tratados que han sido recientemente suscritos y ratificados por Chile, los cuales tienen especial trascendencia respecto a las obligaciones adquiridas por nuestro país en lo referido a la normativa sobre propiedad intelectual, en general, y los derechos de autor, en particular, y que al mismo tiempo, tienen repercusiones en el acceso de la sociedad a las obras, y la posibilidad que éste conlleva en la creación de nuevos bienes culturales basados en obras ajenas. Estos tratados, a los que nos abocaremos a continuación, centrándonos en la tarea que nos hemos propuesto para este capítulo, son el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, los cuales han moldeado de manera importante nuestra actual legislación sobre propiedad intelectual.

Fruto de las negociaciones que tuvieron lugar desde 1999, a partir de la celebración de la Primera Cumbre entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe, se suscribió el 18 de noviembre de 2002 un Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea⁸⁷ que tiene como objetivo establecer una asociación política y económica desde la base de una profundización en la relación y cooperación entre las partes. Así, el artículo 2 en su punto tercero señala que el Acuerdo abarca los ámbitos político, comercial, económico y financiero, científico, tecnológico, social, cultural y de cooperación.

El Acuerdo de Asociación con la Comunidad Europea aborda el tema de la propiedad intelectual en su Parte IV (Comercio y Cuestiones relacionadas con el Comercio), título VI, artículos 168 y siguientes, siendo uno de los objetivos de esta Parte la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, de

⁸⁷ Promulgado por Decreto Nº 28 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 28 de enero de 2003 y publicado con fecha 1 de febrero de 2003.

conformidad con las normas internacionales más exigentes.⁸⁸ Por su parte, el artículo 168 se encarga de establecer el objetivo del título VI “Derechos de Propiedad Intelectual” señalando que “las Partes concederán y asegurarán una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, acordes con las más altas normas internacionales, incluidos los medios efectivos para hacer cumplir tales derechos previstos en los tratados internacionales”.

Entrando en materia, el Acuerdo de Asociación se caracteriza por hacer uso de una regulación general, a diferencia, como veremos más adelante, de la regulación exhaustiva y detallada del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, y por utilizar la técnica de la remisión normativa. El carácter general de la regulación se puede apreciar en el concepto amplio de propiedad intelectual que establece el artículo 169, bajo el título “Ámbito de aplicación” considerando derechos de propiedad intelectual tanto lo que nuestra legislación denomina derechos de propiedad intelectual propiamente tal –tratando en la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual tanto derechos de autor y conexos- y la propiedad industrial⁸⁹.

Luego, el artículo 170, para alcanzar los objetivos trazados en el artículo 168, remite a una serie de instrumentos internacionales referentes a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Entre los convenios que ambas partes ya han ratificado e implementado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, comprometiéndose por el Acuerdo a continuar asegurando la ejecución efectiva de las obligaciones emanadas de ellos se encuentran el Acuerdo sobre los ADPIC, el

⁸⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 28 de 1 de Febrero de 2003: Promulga el Acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español, Artículo 55 letra g)

⁸⁹ *Ibíd.* Artículo 169: Ámbito de aplicación: A los efectos del presente acuerdo, se considerarán derechos de propiedad intelectual los derechos de autor, incluidos los derechos de autor de programas informáticos y bases de datos, y derechos conexos, los derechos relativos a patentes, diseños industriales, indicaciones geográficas, incluidas las denominaciones de origen, marcas registradas y esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados, así como la protección de información no revelada y la protección contra la competencia desleal tal como se define en el artículo 10 bis del Convenio de París sobre la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo, 1967).

Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, el Convenio de Berna y la Convención de Roma sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, y el Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales de 1978 y 1991.

Luego, se hace referencia a un conjunto de tratados que se debían implementar por cada una de las partes contratantes al 1 de enero de 2007, de los cuales los únicos que efectivamente han sido ejecutados por Chile y que se encuentran vigentes son los Tratados de la OMPI (tanto Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el referente a interpretación o ejecución de fonogramas)⁹⁰. Asimismo, las partes deben convenir en y asegurar una ejecución adecuada y efectiva de otra serie de convenios para el 1 de enero de 2009, entre los que se encuentra el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

Para concluir con la remisión que hace el artículo 170 a distintos cuerpos jurídicos de protección de los derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo indica como obligación de las partes “hacer todo lo necesario para ratificar y asegurar lo antes posible una ejecución adecuada y efectiva” de los convenios que nombra, los cuáles tienen como característica común regular ciertos aspectos del derecho de marcas⁹¹. Como es evidente, no señala un plazo para que dicha ratificación tenga efecto.

⁹⁰ Los restantes Convenios a que hace referencia el artículo 170 b) son: el Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas (Acta de Ginebra, 1977, modificado en 1979); el Tratado de cooperación en materia de Patentes (Washington 1970, enmendado en 1979 y modificado en 1984); y el Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (Estrasburgo 1971, modificado en 1979).

⁹¹ Los Convenios a que hace referencia el artículo 170 d) del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea son: el Protocolo del Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (Madrid 1989); el Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (Acta de Estocolmo, 1967 y modificado en 1979); y Convenio de Viena por el que se establece una clasificación internacional de los elementos figurativos de las marcas (Viena 1973, modificado en 1985).

La técnica utilizada en el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea da cuenta de la intención de cooperación entre las partes y de uniformización y armonización de la normativa referente a la protección de la propiedad intelectual, en sentido amplio, por lo que, como hemos dicho, no contempla una regulación detallada, lo que lo diferencia del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos, al que pasaremos revista a continuación.

El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (en adelante, TLC), al igual que el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, abarca materias que escapan de lo meramente económico, por lo que se les clasifica como acuerdos “cuarta generación *plus*”. No es el lugar para detallar el amplio contenido del TLC, por lo que baste con señalar que está constituido por veinticuatro capítulos los cuales abordan las más diversas materias. Así, comprende, entre muchas otras, normas sobre administración aduanera, contratación pública, inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, comercio electrónico, normas laborales y medioambientales. Se encarga también de nuestra materia en cuestión, la propiedad intelectual, en su Capítulo Diecisiete. Utilizando un concepto amplio de Propiedad Intelectual, comprende dicho capítulo regulación referente a marcas de fábrica o de comercio (17.2), nombres de dominio en Internet (17.3), indicaciones geográficas (17.4), derechos de autor (17.5) y conexos (17.6) y obligaciones comunes a ambos (17.7); protección de señales satelitales portadoras de programa codificados (17.8), patentes (17.9), medidas relativas a ciertos productos regulados, como los farmacéuticos o químicos agrícolas (17.10), mientras que el artículo 17.11 se encarga de señalar obligaciones generales respecto a los derechos de propiedad intelectual.

Nuevamente, limitaremos nuestro actual objeto de análisis a la normativa referente a derechos de autor y que podría tener relevancia al momento de generar bienes creativos.

El Capítulo 17 comienza con una declaración de intenciones de las Partes respecto de estas materias, entre las cuales destaca, para nuestros efectos, aquella en que éstas reconocen “la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos de los

titulares y los legítimos intereses de los usuarios y de la comunidad en relación con las obras protegidas”⁹².

Al igual que el Acuerdo de Asociación con la Comunidad Europea, el TLC se basa en los tratados internacionales ya existentes que versan sobre propiedad intelectual, refiriéndose expresamente al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, reafirmando los derechos y obligaciones establecidos en éste; pero a diferencia del Acuerdo de Asociación que limita su regulación a la referencia normativa a estos Convenios, el TLC establece una regulación sustantiva y detallada, cuyas principales disposiciones que nos parecen de interés para nuestros propósitos conoceremos a continuación.

Comenzando el artículo 17.5 sobre Derechos de autor, el TLC regula ciertos derechos patrimoniales de los autores de obras literarias y artísticas, siendo estos el derecho de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición. Cabe señalar que el Tratado define en una nota lo que para el reconocimiento de dichos derechos deberá entenderse por “autores”, precisando que tal concepto comprende a “quienes hayan adquirido el derecho respectivo de conformidad con la ley”, aludiendo, entonces, tanto a los creadores (titulares originarios) como a los titulares secundarios (como serían los cesionarios).

Respecto de los derechos que hemos mencionado, cabe destacar que el indicado en el punto 1 del artículo 17.5 del Tratado, es decir, el de reproducción, confiere a los autores el derecho de autorizarla o prohibirla, de cualquier manera o forma, ya sea permanente o temporal. En esta última, expresa la norma, se incluye el almacenamiento temporal en forma electrónica. Éstas, las copias temporales, son de usual ocurrencia cuando se accede a contenido a través de las redes digitales como, por ejemplo, Internet y el Tratado contempla un plazo de adicional de 2 años a contar de la entrada en vigencia del mismo para implementar dicha materia.

⁹² CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Nº 312 de 31 de Diciembre de 2003: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado. Capítulo Diecisiete: Derechos de Propiedad Intelectual.

Similares consideraciones hace el TLC al regular el derecho de comunicación pública, reconociendo a los autores el derecho de autorizarla o prohibirla, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, comprendiendo la puesta a disposición al público de tal forma que “los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. Como veremos más adelante, tales características corresponden a la puesta a disposición del público de una obra por medios electrónicos, transmisiones digitales interactivas o transmisiones “a la carta”.

Respecto del derecho de puesta a disposición o distribución, las Partes, en virtud del TLC, otorgan a los autores de obras literarias o artísticas, el derecho de autorizar la puesta a disposición del público del original y de las copias de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad. Como se desprende de la redacción del numeral 3 del artículo 17.5, la facultad de los autores radica en la autorización, y no añade la facultad de prohibir como si se contempla en los anteriores numerales. Además, se aclara a través de una nota qué se debe entender por “original y copias”, señalando que son tales solo los ejemplares o copias físicas que se pueden poner materialmente en circulación. Se excluye, por tanto, para el Tratado en cuestión la posibilidad de distribuir una obra o las copias de ella a través de medios electrónicos o digitales por medio de su venta u otra transferencia de propiedad, lo que en concordancia con el numeral segundo (derecho de puesta a disposición) lleva a Paula Jaramillo a concluir que “el efecto principal de la distribución o puesta a disposición del público de una obra, realizada por medios electrónicos, sería el que ésta no podría tener la facultad de transferir el dominio, como sí sucede con los ejemplares físicos. Así, el autor conservaría plenamente el control de la obra, pudiendo aplicar sobre ella medidas de protección tecnológica, de administración de su uso, y de otra naturaleza, sin limitación. Esto inclusive, podría poner en tela de juicio la libertad de acceso del público a la obra “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” como la misma norma señala.”⁹³

⁹³ JARAMILLO Gajardo, Paula, Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor: desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea.

En relación con el plazo de protección de las obras, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos hace una distinción en cuanto a si dicho plazo se calcula en base a la vida de una persona natural, o sobre una distinta. En el primer caso, la protección no debe ser inferior a la vida del autor y 70 años después de su muerte. En el segundo, los 70 años se cuentan desde el final del año civil de la primera publicación autorizada de la obra, o, en defecto de dicha publicación, desde el final del año civil en que fue creada la obra.

En el Artículo 17.7 “Obligaciones comunes al derecho de autor y derechos conexos”, el Tratado establece en materia de limitaciones y excepciones a los derechos de autor la “Regla de los tres pasos” ya incorporada en el Convenio de Berna, según la cual, como sabemos, las Partes podrán implementar en sus respectivas legislaciones excepciones que se adapten a sus necesidades, mientras se respeten las condiciones establecidas en la regla que ya hemos conocido (17.7 numeral 3). Más adelante, el mismo artículo otorga una detallada regulación acerca de Medidas Tecnológicas Efectivas, las que define como “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente” (Artículo 17.7 numeral 5 letra f). Como se desprende de la lectura de la disposición citada, ésta se refiere exclusivamente a aquellas medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso a una obra, y no a aquéllas que tienen como objetivo el control por parte del titular de los derechos de autor de las utilidades que se hacen sobre la obra. Concordante es que las Partes deben disponer que “cualquier persona que a sabiendas, elude sin autorización del titular del derecho o de la ley de conformidad con este Tratado, cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegida, será responsable civilmente y, en circunstancias apropiadas, será objeto de responsabilidad penal, o dicha conducta podrá ser considerada una agravante de otro

profesor guía Alberto Cerda Silva, Memoria (magíster en derecho) Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Programa de Magíster en Derecho. 2008. Pp. 72 y 73.

delito”, mas las Partes no se encuentran obligadas a imponer responsabilidad civil o penal cuando la elusión de la medida tecnológica no tiene como fin controlar el acceso a la obra (artículo 17.7 numeral 5, letra a). Añade la letra b) de la citada disposición que las Partes deberán, a su vez, implementar medidas administrativas y civiles, y, cuando la conducta sea maliciosa y con propósitos comerciales prohibidos, medidas penales respecto a la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que se promocionen, publiquen o comercialicen con el fin de eludir medidas tecnológicas efectivas, o bien no tengan otro propósito o uso más que el de eludirlas, o que hayan sido principalmente producidos, adaptados, o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica. Destaca que, a continuación, el TLC enuncie ciertos casos en los que las Partes deberán tener en consideración las circunstancias que los constituyen, como los propósitos educacionales o científicos que se pudieran observar en la elusión de la medida tecnológica efectiva, al aplicar las medidas penales a las que se refiere en el párrafo precedente. Asimismo, faculta a las Partes para que eximan de responsabilidad penal respecto de actos constitutivos de elusión de medidas tecnológicas efectivas cuando digan relación con “bibliotecas, archivos e instituciones educacionales, sin fines de lucro” e incluso de responsabilidad civil, si dichos actos fueron ejecutados de buena fe (artículo 17.7 numeral 5 letra b). Las Partes, además, están facultadas, continúa el artículo 17.7 numeral 5 letra d, para establecer limitaciones o excepciones que digan relación con ciertas situaciones o actividades, siempre que “no menoscaben la adecuada protección legal ni la eficacia de los recursos legales destinados a impedir la elusión de medidas tecnológicas efectivas”. En particular, dichas situaciones o actividades se refieren a usos no infractores, actividades no infractoras de ingeniería inversa, acceso por parte de bibliotecas sin fines de lucro y otras instituciones con el fin de tomar decisiones respecto de adquisiciones, etc.

A continuación, el TLC se refiere a la protección de la información sobre gestión de derechos (17.7 numeral 6) la cual puede entenderse como la información que identifica a la obra, su autor, al titular de cualquier derecho sobre la obra, sobre los términos y condiciones de su utilización, y todo número o código que represente tal

información. Al respecto las Partes se comprometen a “brindarle protección y a sancionar civilmente aquellas conductas en que el infractor, a sabiendas y sin autorización, pretenda alterarla, suprimirla o distribuirla, o distribuya copias de determinada obra en base a información no fidedigna. Si dicha conducta fuere además maliciosa y con fines de lucro la sanción deberá ser de naturaleza penal, facultándose a las partes para eximir de responsabilidad a organismos tales como bibliotecas e instituciones educacionales, entre otros, que no tengan dicho fin de lucro.”⁹⁴

Abandonamos la extensa regulación acerca de las Medidas Tecnológicas Efectivas e Información sobre Gestión de Derechos, para adentrarnos en otra serie de disposiciones que son de relevancia para nuestro objeto de investigación, y que se agrupan bajo el título “Observancia de los derechos de propiedad intelectual” (17.11), las cuales tienen como objetivo señalar las obligaciones de las Partes respecto a la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual a través de procedimientos y recursos administrativos y judiciales, civiles o penales. Nos referiremos en específico a un sistema especial de resolución de controversias, que se encuentra regulado a propósito de la Limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (17.11 numeral 23)⁹⁵, al que se denomina “sistema de notificación y bajada”. En un marco regulatorio en el cual se busca que los proveedores de servicio cooperen con la protección de los derechos de autor con el objeto de “disuadir del almacenamiento y transmisión no autorizados de materiales amparados por los derechos de autor”⁹⁶, la limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet “busca el establecimiento de una serie de limitaciones al alcance de los recursos que se puedan dirigir contra los ISP cuando

⁹⁴ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 82

⁹⁵ El TLC se refiere a los sistemas de solución de controversias en su Capítulo 22.

⁹⁶ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Nº 312 de 31 de Diciembre de 2003: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado. Capítulo Diecisiete: Derechos de Propiedad Intelectual. 17.11 numeral 23, letra a.

ellos “no controlen, inicien o dirijan” estas conductas lesivas “y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación.”⁹⁷ El “sistema de notificación y bajada” consiste en que los titulares de derechos de autor notifiquen al proveedor de servicios de Internet de una supuesta infracción por material alojado en su sistema o red, para que dicho material sea retirado o se inhabilite el acceso a material almacenado que ha sido retirado o que se le haya inhabilitado el acceso en su sitio de origen. El efecto del sistema de “notificación y bajada” se señala en el artículo 17.11 numeral 23 letra g en los siguientes términos: “Si el proveedor de servicio retira o inhabilita, de buena fe, el acceso a material basándose en una infracción aparente o presunta, estará exento de responsabilidad ante cualquier reclamo que de ella resulte, siempre que, en el caso de material alojado en su sistema o red, adopte sin demora las acciones necesarias para notificar al proveedor del material que así lo ha hecho y, si el proveedor del material presenta una contra notificación y está sometido a la jurisdicción en un proceso por infracción, reestablezca el material en línea, a menos que el primer notificante busque obtener una reparación judicial dentro de un tiempo razonable.”

Una vez conocidas las principales disposiciones, para nuestros efectos, sobre derecho de autor del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y el TLC con Estados Unidos estamos en condiciones de abordar las implicancias de dichos tratados en nuestro ordenamiento jurídico. Es así como nuestra legislación referente a los derechos de autor, tal como hemos hecho referencia a ella en el apartado anterior, se ha modificado (y debe modificarse aún) para adaptar su normativa a las obligaciones contraídas en estos acuerdos comerciales⁹⁸, ampliando su ámbito de aplicación, aumentando el plazo de protección de los derechos de autor, etc. lo que

⁹⁷ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 88

⁹⁸ Así, la Ley Nº 19.912 que adecua la legislación que indica conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio suscritos por Chile de 4 de noviembre de 2003, la Ley Nº 19.914 que adecua la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, de 19 de Noviembre de 2003, la Ley Nº 19.928 sobre Fomento de la Música Chilena de 31 de enero de 2004, más una serie de proyectos de ley de reforma de la Ley 17.336 y que consideran los compromisos internacionales contraídos por Chile.

acarrea consecuencias en materia de acceso a los bienes culturales y por lo tanto, en las posibilidades creativas de los usuarios de las nuevas tecnologías.

Como afirma en su investigación Paula Jaramillo, gran parte de las modificaciones que han tenido y tendrán lugar en nuestra normativa referente a propiedad intelectual ha tenido su origen en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos pues otorga una regulación mucho más detallada de la que hace el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, que, como hemos mencionado, remite a otros cuerpos normativos sobre la materia. Señala, sin embargo, que el principal rol del Acuerdo es, precisamente obligar a Chile a “garantizar una adecuada protección a las obligaciones que garantizan los tratados que en él se indican.”⁹⁹

El Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos, por su parte, ha generado uno de los cambios más importantes en la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual y de gran impacto en la constitución del dominio público y, por lo tanto, en el acceso a las obras culturales. Es éste el aumento del plazo de duración de la protección de los derechos de autor, de 50 a 70 años. Dicho incremento de 20 años en la protección de los derechos de autor importa que los titulares de tales derechos gozarán de derechos exclusivos sobre sus obras por un mayor lapso de tiempo. Al respecto, Jaramillo señala que “desde el punto de vista del autor y del sector dedicado a la creación de nuevos contenidos culturales, este aumento en el plazo de protección parece, a primera vista, un excelente incentivo para continuar ejerciendo dicha actividad. Desde esta perspectiva, se obtendría un beneficio para toda la sociedad, la que dispondría de mayores cantidades de bienes culturales para su consumo.”¹⁰⁰ Sin embargo, si dicho aumento del plazo no va acompañado de un régimen adecuado de limitaciones y excepciones a los derechos de autor, el acceso a las obras podría verse restringido, al mismo tiempo que “un plazo más extenso de protección de los derechos de autor, implica necesariamente que dicha obra no pasará al dominio público sino una vez expirado él, extendiéndose por consiguiente el período durante el cual la obra es

⁹⁹ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 132

¹⁰⁰ *Ibíd* P. 133

económicamente más atractiva para disponer de ella, y en específico, comercializarla. Para el acceso a la cultura esto es de suma importancia, ya que una obra que ha pasado a dominio público es de mucho más fácil acceso que aquella respecto de la cual los derechos patrimoniales se encuentran aún vigentes, produciéndose también una afectación al equilibrio.”¹⁰¹

Por otra parte, como hemos mencionado al esbozar la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, su artículo 18 letra “e” reconoce al titular del derecho de autor el derecho exclusivo de distribución y el inciso segundo de la señalada disposición introduce el concepto de agotamiento del derecho de distribución por primera venta o transferencia de propiedad de la obra, respecto del original o ejemplar transferido¹⁰², mientras que en materia de derechos conexos se contempla en el artículo 66 (interpretaciones y ejecuciones) y 68 (fonogramas) como está contenido en los artículos 17.5 numeral 3 y 17.6 numeral 2 del TLC. La figura del agotamiento del derecho de distribución dice relación con que una vez que el titular del derecho de autor ejerce su derecho de distribución, este caduca, por lo que una vez vendida o transferida la propiedad sobre el ejemplar respectivo de la obra ya no se requerirá obtener nuevamente su autorización para las ventas posteriores de ese mismo ejemplar.¹⁰³ Desde el punto de vista del acceso a los bienes culturales, el concepto de agotamiento del derecho de distribución, novedoso en nuestra legislación, tendría un efecto positivo, pues los ejemplares de segunda mano se podrían comercializar sin que corresponda el pago de derechos de autor. Es por esto que se afirma que la institución del agotamiento del derecho de distribución por primera venta constituye

¹⁰¹ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 134

¹⁰² Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. Artículo 18: Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley.

Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido.

¹⁰³ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 111

una importante medida para contrarrestar los efectos adversos que puede producir un aumento de los plazos de protección del derecho de autor, como ha sucedido en Chile.¹⁰⁴

Otra materia que podría tener un serio impacto en el acceso a la cultura, desde la perspectiva que nos interesa para el desarrollo de esta investigación, es decir, como la base de la actividad creativa, es la regulación que se podría dar al sistema especial de solución de controversias de “notificación y bajada” al que se refiere el TLC. Este “sistema de notificación y bajada” significaría un mecanismo de protección inmediato, amplio y poderoso de los intereses de los titulares de derechos de autor que no está contemplado siquiera en el derecho de autor tradicional¹⁰⁵. De acuerdo con Paula Jaramillo, la inclusión de este sistema “puede afectar el acceso a la cultura desde la perspectiva que señala que el ISP sería el primer llamado a evaluar la titularidad y vigencia de los derechos de autor involucrados en los contenidos alojados en sus redes. Si el ISP estimara que el contenido afecta algunos derechos de autor, procederá a poner la situación en conocimiento del proveedor de contenidos y a bloquearlo, para limitar su responsabilidad”¹⁰⁶. Sería el ISP el que debería controlar todo el material que almacenan y transmiten, así como discriminar qué contenido es lícito y cual no, lo que es discordante con nuestra normativa.

Para concluir con el análisis de la relevancia de estos acuerdos comerciales en nuestra legislación y en el escenario actual de las posibilidades creativas, cabe mencionar algunas materias que deben ser adecuadas para ser incorporadas a nuestro ordenamiento. Entre ellas se encuentra aquella referida a las medidas efectivas de protección. Como hemos señalado con anterioridad su incorporación en la legislación sobre derechos de autor es controvertida pues podría significar un obstáculo para el acceso a las obras pasando incluso usos lícitos de ella derivados de la aplicación de una excepción a los derechos de autor. Relacionado con

¹⁰⁴ JARAMILLO Gajardo, Paula. op. cit. P. 111

¹⁰⁵ *Ibíd.* P. 87

¹⁰⁶ *Ibíd.* P. 139

las medidas tecnológicas de protección se encuentra la ingeniería inversa, como una excepción a las primeras. Al disponerla el TLC, se ha contemplado su incorporación como excepción en nuestro ordenamiento sobre propiedad intelectual. Señala Jaramillo que “de no contemplarse de esta manera en nuestra legislación interna, corremos serio riesgo de ponernos en desventaja frente a terceros países, en que pueda resultar más conveniente desarrollar actividades relacionadas con el software, así como también afectaría de manera negativa al derecho fundamental de acceso de las personas, ya sea que éste recaiga sobre las artes, las ciencias, o la tecnología”.¹⁰⁷

A modo de conclusión, aparece claro que tanto el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y el TLC revisten importantes consecuencias para nuestra legislación interna sobre propiedad intelectual. Al ser acuerdos comerciales se dedican a regular la explotación de los derechos de propiedad intelectual, en general, y de los derechos de autor, en particular, sin recoger normas referentes al acceso a la cultura con su debida importancia lo que puede acarrear serias consecuencias en el equilibrio que debe existir en materia de derecho de autor. Para completar el escenario de los intereses en juego en nuestro ordenamiento jurídico nos dedicaremos a continuación a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

4.2 Limitaciones y Excepciones a los Derechos de Autor

Hemos dedicado este capítulo a dar cuenta del escenario actual del derecho de autor y de cómo el panorama de la legislación pertinente afecta el proceso creativo, partiendo desde la base que para que tenga lugar dicho proceso es necesario el acceso a los bienes culturales. Como hemos podido apreciar, la regulación de los derechos de autor decanta por la protección de los intereses de los titulares de tales derechos, reconociéndoles facultades exclusivas de explotación, de manera tal que el ejercicio de tales derechos por parte del autor se realiza a través de su autorización la cual se requiere para la utilización de la obra por parte de terceros. También hemos

¹⁰⁷ JARAMILLO Gallardo, Paula, op. cit. 138

señalado que el derecho de autor ha sido comprendido como un derecho que debe propender al equilibrio entre el interés de los autores de verse recompensados tanto moral como materialmente por sus obras y el interés de la sociedad de gozar de las obras literarias y artísticas y participar en su creación, entendiéndose por tanto que el derecho de autor no equivale sólo a protección, sino también, a acceso. Precisamente es este último, el interés social, el que se reconoce por el Derecho de propiedad intelectual al momento de incorporar en su seno ciertas limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de autor ya que se entiende que de ser necesaria en todos los casos la autorización de éste para el uso de obras protegidas se vería afectado el conocimiento, la realización de actividades educativas y de investigación científica, como también se entorpecería el desarrollo de la creatividad al obstaculizarse la utilización privada que pueda hacerse de la obra.

Manifestación del carácter limitado de los derechos exclusivos de autor se encuentra en primer lugar en el hecho de ser la protección del derecho de autor establecida con carácter temporal: las obras permanecen protegidas a lo largo de un determinado lapso de tiempo, luego del cual pasarán a formar parte del dominio público, donde los miembros de la sociedad podrán utilizarlas libremente.

Una segunda manifestación es la posibilidad de expropiar los derechos patrimoniales de un autor sobre su obra, expropiación que debe tener una causa de utilidad pública o de interés nacional.

Con el mismo objetivo, se establecen también en las legislaciones sobre propiedad intelectual restricciones a los derechos patrimoniales de autor, los cuales se presentan de dos formas: la primera de ellas son las licencias no voluntarias, las cuales permiten utilizar libremente la obra protegida contra el pago de una remuneración al autor. Se clasifica en licencias legales, donde la remuneración es determinada a través de una norma legal o bien, por una autoridad competente, y licencias obligatorias, en las cuales el titular de los derechos de autor puede negociar el monto de la remuneración.

Finalmente, las legislaciones sobre Derecho de autor contemplan limitaciones y excepciones propiamente tales a los derechos exclusivos de los autores, las cuales no requieren el pago de remuneración al autor ya que son establecidas con miras al interés social de acceso a las obras culturales. Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en este último sentido, se encuentran contempladas en las distintas legislaciones nacionales, las que recurren a distintas formas de concretarse, reconociéndose así los denominados “sistemas abiertos” consistentes en un enunciado, y no en una lista exhaustiva de actos no constitutivos de violación de derechos¹⁰⁸ - como en el *fair use* de Estados Unidos-; “sistemas semicerrados”, donde existe un criterio de apreciación de la validez de las excepciones que se debe aplicar para el caso concreto; y “sistemas cerrados”, donde las excepciones se enuncian expresamente a través de una lista *numerus clausus*.

Los cuerpos internacionales sobre derecho de autor permiten que los Estados miembros dispongan dentro de su ordenamiento jurídico sobre propiedad intelectual excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de autores y creadores. El criterio utilizado en los cuerpos internacionales sobre derecho de autor condiciona la aplicación de las excepciones y limitaciones al cumplimiento de una prueba, la cual consiste en que se trate de casos especiales que no atenten contra la aplicación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Es la denominada “prueba de las tres etapas” o “regla de los tres pasos”, la cual es aplicable tanto a los sistemas abiertos y cerrados. En cuanto a su regulación, nos remitimos al análisis realizado con anterioridad en este capítulo.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que posibilitaron la desmaterialización de las obras, la facilidad de reproducción de éstas, su transmisión en línea y la generalización del uso de las redes, en especial, Internet, se ha modificado el equilibrio que se pretendía alcanzar con la incorporación de limitaciones y excepciones al monopolio exclusivo de los autores sobre los usos de sus

¹⁰⁸ LEPAGE, Anne, Panorama General De Las Excepciones Y Limitaciones Al Derecho De Autor En El Entorno Digital, En: e-Boletín de Derecho de Autor, enero-marzo de 2003. UNESCO. [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/13996S.pdf>> [Consulta: 28 de octubre de 2008] P.6

obras, por lo que se han presentado cuestionamientos en relación al alcance que debiesen tener los derechos exclusivos de autores y creadores frente a los intereses de la sociedad, así como también surgen cuestiones en torno a que ciertas limitaciones, ideadas en y para el mundo analógico no aparecen justificadas en el entorno digital.

Al respecto, como hemos indicado al referirnos al Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, la declaración concertada respecto de su artículo 10 permite a las partes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de la red digital.

4.2.1 Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en la legislación chilena sobre propiedad intelectual

El artículo 11 de nuestra Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual señala cuáles son las obras que pertenecen al patrimonio cultural común¹⁰⁹, o lo que es lo mismo, las obras que según nuestra legislación sobre derecho de autor, se encuentran en el dominio público, las que se pueden acceder y utilizar libremente. Junto con esto, y con el objetivo de beneficiar el acceso a las obras y productos culturales, la Ley sobre Propiedad Intelectual establece en su Capítulo V las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de autor reconocidas en nuestro sistema, de lo que emana que estamos frente a un “sistema cerrado” como lo hemos caracterizado anteriormente.

¹⁰⁹ Ley 17.336 Art. 11: Pertenecen al patrimonio cultural común:

- a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido;
 - b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico;
 - c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley;
 - d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior, que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2°, y
 - e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.
- Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.”

El párrafo III del capítulo V de nuestra Ley de Propiedad intelectual señala las excepciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales se deben circunscribir a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos de autor (artículo 45 *bis* de la Ley 17.336)¹¹⁰. Estas excepciones son:

- Derecho de cita: el artículo 38 de la Ley 17.336 dispone que se podrá reproducir fragmentos de obras ajenas, sin remunerar ni solicitar autorización al autor, siempre que esta reproducción sea en obras de carácter cultural, científico o didáctico, debiendo mencionar la fuente, título y autor. Según el Decreto N° 1.122, en su artículo 6º, este fragmento consiste en un párrafo que no exceda de 10 líneas.
- Conferencias y discursos: (artículo 39) podrán ser publicados con fines de información, pero para que puedan ser publicados en una colección separada, completa o parcial, se requiere la autorización del autor.
- Lecciones dictadas en universidades, colegios y escuelas: (artículo 41) pueden ser recogidas de cualquier manera por aquellos a quienes va dirigida, pero no podrán ser publicadas, ya sea total o parcialmente, sin autorización del autor.
- Utilización libre de fonogramas o partituras en ciertos tipos de establecimientos: podrán utilizarse libremente y sin pago de remuneración siempre que se realicen dentro de un establecimiento comercial en que se expongan o vendan instrumentos musicales, aparatos de radio y televisión, entre otros que señala el artículo 42, y con el exclusivo objeto de efectuar demostraciones a clientes.
- Reproducción de obras de arquitectura: el artículo 43 dispone que la reproducción de obras arquitectónicas por medio de fotografía, cine, televisión u otros similares, como también la publicación de las fotografías en diarios, revistas y textos escolares es libre y sin sujeción a pago de remuneración de derechos de autor.

¹¹⁰ Disposición incorporada a la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual por la Ley 19.912 en aplicación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

- Reproducción de monumentos y obras artísticas en plazas, avenidas y lugares públicos: Pueden ser libremente reproducidos por cualquier procedimiento, siendo lícita la publicación y venta de las reproducciones (Artículo 44).
- Películas y fotografías publicitarias o propagandísticas: respecto de estas obras no se aplican las exigencias señaladas en el artículo 30 de la Ley 17.336¹¹¹ (Artículo 45).
- Programas computacionales: según el artículo 45 inciso segundo cuando no sean objeto esencial del arrendamiento no se aplica lo dispuesto por el artículo 37 *bis*¹¹².

A estas excepciones cabe añadir las señaladas en el Párrafo IV del Capítulo V de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Estas disposiciones bajo el título “Excepciones al derecho de autor” señalan:

- Modificaciones introducidas por el propietario en una obra de arquitectura: en este caso, el autor no podrá oponerse a estas modificaciones, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto (artículo 46).
- El artículo 47 señala casos en los cuales no se considerará comunicación ni ejecución pública de la obra: si ésta se utiliza sin fines de lucro dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones

¹¹¹ Artículo 30 de la Ley 17.336: “El productor cinematográfico está obligado a consignar en la película, para que aparezcan proyectados, su propio nombre o razón social, y los nombres del director, de los autores de la escenificación, de la obra originaria, de la adaptación del guión de la música y de la letra de las canciones, y de los principales intérpretes y ejecutantes.”

¹¹² Artículo 37 bis de la Ley 17.336: “Respecto de los programas computacionales sus autores tendrán el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de dichas obras amparadas por el derecho de autor.”

similares. No se requiere, para estas utilizaciones, remunerar ni solicitar la autorización del autor de la obra.

El inciso segundo del artículo 47 dispone que la adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, no constituye infracción a la Ley de propiedad intelectual siempre que la primera cumpla ciertas condiciones, cuales son, que la adaptación sea esencial para su uso en un computador determinado y que no se la destine a un uso diverso. La copia de un programa no constituirá, a su vez, infracción a la ley en cuestión mientras sea esencial para su uso en un computador determinado o para fines de archivo o respaldo. Las adaptaciones y copias no podrán ser transferidas bajo ningún título, salvo que en las primeras se cuente con autorización del autor, y en las segundas, la copia se transfiera conjuntamente con el programa computacional que le sirvió de matriz.

La legislación de propiedad intelectual chilena no contempla otros usos libres de bienes culturales en el entorno digital más que aquellos que hemos explicado *supra* por lo que, para que se puedan utilizar obras y manipularlas para crear nuevos bienes culturales de manera libre y gratuita se deberá recurrir básicamente a obras cuyo plazo de protección ha expirado o que se encuentren en alguno de los casos de excepción señalados expresamente por nuestra legislación.

Se ha criticado¹¹³ la falta de adecuación de la ley 17.336 al panorama aportado por las TICs, ya que si bien ha experimentado modificaciones, prácticamente no ha variado en esta materia lo que haría insuficiente el sistema de excepciones actualmente vigente para lograr un equilibrio adecuado entre los intereses privados de los titulares

¹¹³ SOCIEDAD CIVIL CHILENA SOBRE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA OMPI. Manifestación Pública [en línea] <http://www.csol.org/content/view/109/68/> [consulta: 05 de mayo de 2008] de la que son parte ONG Derechos Digitales, Facultad de Artes de la Universidad de Chile, Programa de Libertad de Expresión, Instituto de la Comunicación e Imagen, Universidad de Chile, Comisión de Directores de Bibliotecas - Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Colegio de Bibliotecarios de Chile A.G., Editores de Chile A.G., Centro del Software Libre, Centro de Difusión del Software Libre, ONG Alianza Chilena por un Comercio Justo y Responsable ONG Vivo Positivo, Red Educalibre, Red SoftwareLibre.cl, Red Conexión Social.

de derechos de autor y el interés público de acceso a los bienes culturales, lo cual “ocasiona una significativa merma para el pleno goce de derechos fundamentales de las personas, junto con menoscabar la competitividad país, al obstaculizar actividades calificadas de legítimas en la mayor parte del mundo civilizado”.¹¹⁴

Las principales omisiones que detecta la Sociedad Civil Chilena sobre Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en la OMPI dicen relación con excepciones dirigidas a usuarios con discapacidad para la reproducción y ejecución de obras protegidas, de manera de garantizar su acceso a éstas lo que debe hacerse a través, por ejemplo, del cambio de formato de la obra; excepciones y limitaciones referentes a bibliotecas y centros de documentación anexos a establecimientos escolares ya que se entiende que un acceso adecuado “debe comprender hipótesis concernientes al derecho de reproducción, a efectos de conservación, reposición, adquisición en casos de obras fuera de circulación, y otras circunstancias determinadas; debe permitir la conmutación bibliográfica en áreas sensibles, tales como ciencia, tecnología y salud; debe establecer un acotado margen de reproducción por usuarios de las bibliotecas; y, debe prever las condiciones para su aplicación en el entorno digital.”¹¹⁵

Se critica, a su vez la restricción impuesta al derecho de cita, que se consideran necesarias para asegurar un acceso plausible a las obras. Así también, se considera como una omisión legislativa que impacta en el equilibrio del derecho de autor la excepción de copia privada que tienen el legítimo adquirente de una obra protegida y excepciones específicas para el desempeño de actividades de docencia e investigación, de conservación patrimonial, así como el establecimiento del derecho de

¹¹⁴ ONG DERECHOS DIGITALES, Observaciones Al Proyecto De Ley Que Modifica La Ley 17.336 De Propiedad Intelectual. Informe para la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado de la República, 2007 [en línea] <<http://www.tratojustoparatodos.cl/docs/derechosdigitales-en-senado.pdf>> [Consulta: 20 de enero de 2009]

¹¹⁵ SOCIEDAD CIVIL CHILENA SOBRE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA OMPI. Manifestación Pública [en línea] <http://www.csol.org/content/view/109/68/> [consulta: 05 de mayo de 2008]

parodia o sátira como una excepción al derecho de autor. Además, frente a la posibilidad ofrecida por las nuevas tecnologías de adopción de medidas tecnológicas de protección de obras, las excepciones a los derechos de autor deben ser acompañadas de disposiciones que las garanticen frente a éstas.

Así, nuestro sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor se presenta en la actualidad como insuficiente, tanto así que “comparando normativas de países de la región, lo que se acrecienta cuando se analizan países desarrollados, es posible establecer que Chile carece de un estándar mínimo de excepciones que permita balancear el interés de los titulares de derecho de autor con los derivados del interés público.”¹¹⁶ Tomando en consideración las obligaciones que Chile ha contraído a través de tratados internacionales en cuanto a la protección de los derechos de autor, la implementación de nuevas excepciones en nuestra legislación interna aparece como necesaria para (re)establecer el equilibrio entre tal protección y el acceso a la cultura.

5. Derecho de autor en el Entorno de las Nuevas Tecnologías

Debemos hacernos cargo de una circunstancia que ha ido de la mano y muchas veces ha sido causa de la constante evolución de la regulación sobre propiedad intelectual, en general y el derecho de autor, en particular. Ya nos hemos referido de manera transversal a los cambios que ha significado el desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación en la protección de los derechos de autor, pero conviene hacer un paréntesis para dar unas pocas luces sobre el derecho de autor en el entorno de las nuevas tecnologías.

El Derecho de autor y su contenido fue concebido en un escenario en que las obras necesariamente se traspasaban a un soporte material. Hoy en día tenemos que situar estos derechos en un nuevo escenario, donde, sin duda, tienen aplicación ya que “en las diversas reuniones de expertos, en el marco de la Organización Mundial de la

¹¹⁶ ONG DERECHOS DIGITALES, op.cit s/p

Propiedad Intelectual, se dejó establecido que los principios básicos de la propiedad intelectual no requieren de modificaciones en el nuevo escenario digital, como tampoco se hace necesario establecer excepciones o disposiciones que alteren las prerrogativas de autores y titulares de derechos intelectuales.”¹¹⁷

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se potenciaron dos fenómenos: uno de ellos está representado por lo que ya hemos denominado internacionalización del Derecho de autor, que puso de manifiesto, en un principio, la evidente contraposición entre el sistema del *droit d’auteur* y el *copyright*, en particular, en lo referido al derecho moral. Esto hizo necesaria la creación de instrumentos jurídicos de convergencia que permitieran regular el derecho de autor una vez que las obras traspasan las fronteras nacionales.

El segundo fenómeno dice relación con los caracteres propios de las nuevas tecnologías: el hecho de que las obras puedan ser hoy soportadas en medios digitales o magnéticos ha cambiado también el modo en que las creaciones se reproducen, transmiten y almacenan. La obra se desmaterializa a través de su transformación en códigos binarios lo que permite que las obras sean transmitidas casi instantáneamente y con entera fidelidad al original a través de las redes digitales, y, considerando que “una de las características fundamentales de un entorno como la World Wide Web es la posibilidad de modificar, adaptar y poner de nuevo en circulación por todo el mundo obras preexistentes, una vez que estas se encuentren digitalizadas y puestas a disposición del público en Internet”¹¹⁸, el entorno digital puede significar “importantes riesgos para la efectividad de derechos morales del autor, en especial los que

¹¹⁷ SCHUSTER Santiago, Propiedad intelectual en Internet, Responsabilidades legales en las redes digitales [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf> [consulta: 15 de junio de 2008]

¹¹⁸ GARROTE Fernández-Díez Ignacio. El Derecho de Autor en Internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la directiva 2001/29/CE. Comares. Granada, España. 2003 2ª ed. P. 142

garantizan el respeto a la integridad de la obra y a ser reconocido como autor¹¹⁹ ya que se facilita en gran medida que las obras sean explotadas sin la autorización del titular del derecho de autor y que sean manipuladas o deformadas sin que tales usos de la obra lleguen siquiera a conocimiento del autor de ésta.

Hemos esbozado a manera de introducción como derecho de autor encuentra una nueva realidad para la cual no fue inicialmente concebido. Esta nueva realidad está conformada, como ya hemos indicado, por la introducción de las nuevas tecnologías de comunicación e información, especialmente, Internet. Hemos también explicado que uno de los puntos que marca la diferencia con el escenario anterior radica en el hecho de que las obras en el entorno digital no cuentan con un soporte necesariamente material. Esta desmaterialización de la obra le atribuye características tanto en sí misma, como en cuanto a su reproducción, distribución, transformación, etc.: como consecuencia de la revolución tecnológica las obras digitalizadas y aquellas creadas en línea gracias a la interactividad, se caracterizan por¹²⁰:

- a) El bajo costo de reproducción de las obras, por cuanto se podrán generar múltiples copias de ésta, las cuales son totalmente fieles e idénticas a la original, y a un costo bajísimo.
- b) Maleabilidad de las obras: Una importante característica de la obra en el entorno digital es su maleabilidad. Esto significa que podrá ser fácilmente modificada por el usuario.
- c) Deslocalización de las obras: Cualquier usuario puede tener acceso a las obras digitales trascendiendo los límites geográficos.

¹¹⁹ JIJENA Leiva Renato, PALAZZI Pablo, TÉLLEZ Julio. El derecho y la sociedad de la información: la importancia de Internet en el mundo actual. TEC de Monterrey, Campus Estado de México: Miguel Ángel Porruá. México. 2003. P. 117

¹²⁰ COSTA Navarro, Catalina. op. cit. P. 36

- d) El autor de la obra podrá transmitir la obra a terceros sin desprenderse del original, con la mayor fidelidad y rapidez.

Dichas características tienen relevancia en cuanto a los derechos patrimoniales y morales: en el entorno digital, los derechos patrimoniales, como hemos indicado *supra*, son extendidos a nuevas formas de comunicación pública, distribución y reproducción siendo adaptados a actos novedosos de explotación. Ya decíamos que el derecho de reproducción se ha ampliado considerablemente desde consistir en la fijación de una obra en un soporte físicamente tangible hasta considerar todo tipo de reproducción digital. La transmisión digital y la digitalización no sólo permiten realizar copias idénticas, sino también hace posible la “realización de copias inmateriales, en un soporte electrónico, lo que permite su transmisión en línea y también su almacenamiento en un soporte material para su comercialización fuera de la Red”¹²¹.

Dadas las características que hemos reconocido a las obras en el entorno de las nuevas tecnologías, la facilidad de copia, transmisión y modificación de las obras, puede significar que respecto de obras que se encuentran en el dominio privado, cuyo autor pone a disposición en Internet, sea posible fácilmente copiar y almacenar en disco duro o bien, alterar dichas obras, con infracción entonces a los derechos exclusivos de explotación del autor. Se ha dicho que “quien pone a disposición de la comunidad del ciberespacio una creación intelectual tiene que entender que está renunciando tácitamente a que siempre se le pida autorización por el uso privado de su obra, sea sólo para consultarla, sea para instalarla en una nueva página WEB; dicho de otra forma, debe aceptar que su derecho “patrimonial” de autor inevitablemente y en gran medida será menoscabado”¹²² Ahora bien, “si se trata de materiales protegidos que su titular pone (a través de Internet) a disposición de terceros con consentimiento para que éstos los copien o lleven a cabo otros actos de explotación, no existe

¹²¹ MIGUEL Asensio, Pedro A. de. Derecho Privado de Internet. Civitas. Madrid. España. 2001.P. 233

¹²² JIJENA Leiva Renato, PALAZZI Pablo, TÉLLEZ Julio. op. cit. P. 117.

infracción de derechos de autor en la medida en que el usuario actúe dentro del ámbito consentido por el titular del derecho.”¹²³

En el caso de los derechos morales, sabemos que son inalienables, y que los derechos morales de paternidad e integridad de la obra deben ser respetados aún cuando la obra haya entrado a dominio público. En el entorno digital, el ejercicio de estos derechos puede verse obstaculizado o incluso, imposibilitado: la rapidez de las transmisiones, la facilidad de reproducción y almacenamiento y los demás factores que hemos nombrado, harían, por ejemplo, en extremo dificultoso para el autor el ejercicio de su derecho de arrepentimiento y retracto una vez divulgada su obra. También observamos dificultades en el respeto al derecho de paternidad, ya que una vez que una obra sea “colgada” en Internet puede suceder que no se manifieste claramente quien es el autor de la obra.

Percibimos como derechos especialmente susceptibles de ser infringidos los derechos de paternidad e integridad. Paternidad, porque es posible que una obra sea publicada y divulgada con nombre o seudónimo diferente al del autor, es decir, que se atribuya a otra persona la obra, o bien, que la obra circule sin incluir nombre alguno. E Integridad pues las nuevas tecnologías han puesto a disposición del usuario herramientas que permiten modificar y alterar fácilmente las obras que se encuentran en las redes digitales y que luego éstas puedan divulgarse nuevamente a través de la Red con estas modificaciones lo que incrementa el riesgo de que las obras sean objeto de estos atentados a su integridad.

Frente a estos cambios, como toda vez que han surgido innovaciones tecnológicas, el régimen de propiedad intelectual ha reaccionado, como hemos podido entrever en el análisis de los distintos cuerpos jurídicos referentes al derecho de autor que hemos analizado, atendiendo (con mayor o menor éxito) a la necesidad de redefiniciones de los derechos propios de las ramas de la propiedad intelectual, y la de adecuar la legislación formulada originalmente para obras análogas en soportes físicamente

¹²³ DE MIGUEL Asensio, Pedro. op. cit. P. 269

tangibles. Raquel Xalabarder¹²⁴ afirma que, al contrario de lo que se podría creer a simple vista, el régimen de propiedad intelectual ha sido reforzado por las nuevas tecnologías digitales. Se basa para esto en dos circunstancias: por un lado el hecho de que se ha ampliado considerablemente la definición de derecho de reproducción, abarcando también la reproducción digital (incluyendo las copias inestables, temporales y efímeras). Esta reproducción “queda sujeta al monopolio del autor, hasta el punto que es imposible utilizar (leer o escuchar) una obra en formato digital sin “explotarla”¹²⁵. La segunda circunstancia la reviste la introducción y protección de las medidas tecnológicas de seguridad¹²⁶, por las cuales el autor, o bien, el titular del derecho de autor puede controlar el uso de su obra y sobre todo el acceso a ella. Estas consideraciones hacen que en el entorno digital “todo uso requiera una reproducción, toda reproducción constituye un acto de explotación; por tanto, todo uso no autorizado se convierte en infracción”¹²⁷. También se ha respondido a los cambios introducidos por la sociedad de la información con una ampliación de los plazos de protección del derecho de autor.

El régimen de propiedad intelectual reforzado así en el entorno de las nuevas tecnologías, tal como hemos dicho, supone que cualquier utilización que se haga del contenido digital se encuentra cubierto por el derecho de autor, por lo que, para que ésta sea lícita, será necesario contar con la autorización del titular de los derechos de autor. Como sabemos, la protección del derecho de autor se establece

¹²⁴ XALABARDER, Raquel (2006). Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright? UOC Papers [en línea] Nº2. UOC. <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>> [Consulta: 20 de marzo de 2008] P.5

¹²⁵ XALABARDER, Raquel (2006). op. cit. P. 5

¹²⁶ Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor: Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas: Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

¹²⁷ XALABARDER, Raquel. op. cit. P.5

automáticamente, por el sólo hecho de la creación de la obra, por lo que tales autorizaciones se hacen perentorias para toda obra, salvo que exista una excepción al derecho de autor que permita su uso libre.

Si consideramos que es esta la realidad existente en el patrimonio cultural entonces surge la pregunta acerca de cuál es el espacio posible para la creación en un universo donde las obras permanecen por largo tiempo bajo el monopolio del autor y donde se requerirá de la autorización del autor de éstas para su utilización. Si la mayoría de los usos de las obras se encuentran amparados por el derecho de autor, y los usos libres permitidos por las leyes tan limitados, como sucede bajo nuestra legislación sobre propiedad intelectual ¿cómo se podrá crear, aprovechando las posibilidades que nos ofrece la Sociedad de la información? Dejaremos planteadas estas preguntas para retomarlas luego, ya que es necesario conocer aquellos derechos que junto al derecho de autor propenden al desarrollo de la cultura y de la creatividad, pero que, por las razones que hemos explicado en este apartado, comienzan a ser invadidos por el derecho de autor, dificultando su adecuado ejercicio.

6. Aportes del Derecho de Autor a la Creatividad

Una de las ideas principales de este capítulo es aquella que reconoce la inseparable relación existente entre el derecho de autor y la creatividad. Hemos mencionado que, desde sus orígenes, el derecho de autor se consideró como una herramienta fundamental para incentivar la producción de obras culturales, lo que resulta, en últimos términos, en beneficio de la sociedad toda. La consideración de su importancia llevó a su consagración como un derecho humano fundamental en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, vista su relación con los demás derechos culturales.

Sin embargo, tal y como hemos descrito con anterioridad en este capítulo, se ha dicho que no debe confundirse aquello que es el derecho de autor como derecho humano, y los regímenes de propiedad intelectual, porque mientras el primero tiene

como objetivo proteger el vínculo existente entre autores y sus creaciones, la colectividad y su patrimonio cultural, y los intereses materiales básicos de los primeros, los regímenes de propiedad intelectual actuales buscan, primariamente, proteger intereses comerciales, generalmente pertenecientes a empresas.

Los intereses materiales básicos a que hemos hecho alusión constituyen el contenido económico del derecho de autor como derecho humano y dice relación con el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido (consagrado en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), a percibir una remuneración adecuada (artículo 7.a) y con el derecho humano a un nivel de vida adecuado (artículo 11.1 del Pacto en cuestión)¹²⁸. Mas, tal y como hemos pasado revista a lo largo de este capítulo, los sistemas legales de protección de los derechos de propiedad intelectual se han robustecido y endurecido producto del cada vez mayor rol económico de la explotación de tales derechos en el comercio internacional, con lo cual se ha perdido de vista la previsión del derecho de autor como derecho humano en que la remuneración de los creadores se guíe por el derecho humano a un nivel de vida adecuado.

El problema respecto al aporte del derecho de autor a la creatividad, es que no podrá obtenerse una respuesta unívoca. Un sector señala que para fomentar la creatividad y para asegurar el desarrollo de la cultura, las artes, la ciencia y la tecnología se requiere un nivel de protección amplio de los derechos de propiedad intelectual, por cuanto existirán más incentivos para la producción de bienes culturales. Frente a este argumento, por el cual la creación cesaría de no existir incentivos económicos y morales, existe otro sector que lo desafía, indicando que basta dar un repaso a la historia de nuestra cultura occidental para notar que la creación no se paraliza en virtud de una mayor o menor protección de los intereses de los creadores: “¿Cuántos creadores, pensadores, artistas, etc. sin ánimo de lucro nos ha dado la historia? Siempre habría Sócrates, Platones Aristóteles, Crisipos, Zenones, etc., dispuestos a compartir sus conocimientos con sus conciudadanos; no creo que los

¹²⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 17 (2005) op. cit.

pintores rupestres cobraran por sus obras, como tampoco lo harían otros muchos pintores posteriores cuyas obras se admiran ahora en museos; y así en todos los campos¹²⁹. Aún más, José Justo Megías señala que de ser tanta la protección de los derechos de autor, de manera que asegure grandes beneficios provenientes de la explotación de tales derechos, se podría llegar a la conclusión que lejos de fomentar la creatividad, el logro de beneficios que excedan con mucho una remuneración justa podría desalentarla, por cuanto no existiría en los creadores profesionales la necesidad de volver a dar origen a nuevas obras: “si se pagara menos a los creadores se podrían ver en la necesidad de tener que aumentar su creación para poder vivir más decentemente; pero, como obtienen grandes beneficios, se pueden permitir el lujo de abandonar la creación – artística o cultural- cuando lo estimen oportuno.”¹³⁰ Algo similar ha sucedido, afirma, con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación señalando que “lo cierto es que en estos diez últimos años no se ha dejado de crear en ninguno de los campos de la cultura, a pesar de la masificación de las copias; lo que se ha dejado es de obtener los beneficios astronómicos que se obtenían antes”.¹³¹

Otra idea que merece nuestra atención señala que a medida que los derechos de propiedad intelectual asumen su papel en el comercio transfronterizo, ha tomado mayor importancia la cesión de los derechos patrimoniales de autor, lo que conlleva que habrá un nuevo sujeto: un tercero que adquiere dichos derechos y que puede ejercerlos. El punto de importancia es que estos titulares de derechos de autor cada vez más son empresas multinacionales que promueven un alto estándar de protección de los derechos de autor de modo de obtener mayores beneficios comerciales. Daniel Álvarez da gran relevancia a este punto pues “no son los creadores los que pugnan por mayores protecciones centradas en la represión penal, el aumento de los privilegios monopólicos y las restricciones a los usos no comerciales, que son parte esencial de

¹²⁹ MEGÍAS Quirós, José Justo, *Sociedad de la Información: Derecho, Libertad, Comunidad*. Aranzadi. Navarra. España. 2007. p. 192

¹³⁰ *Ibíd.* p.193

¹³¹ *Ibíd.* p. 192

las propuestas de los grupos de presión. Por eso, hay quienes afirman que estamos ante un nuevo derecho: el derecho de autor sin autores”¹³²

Ambas ideas, que hemos conocido en esta oportunidad, demuestran un cierto desvío en el camino de los derechos de autor para el logro de sus fines fundamentales, pues como hemos mencionado en varias ocasiones, es el mismo derecho de autor, en su exceso de celo, el que pone trabas al acceso que se supone garantiza, y, por lo tanto, a lo que es la materia prima del proceso creativo, pues en la defensa de los intereses comerciales en juego no se ha prestado suficiente atención al equilibrio que debe existir entre intereses privados y el interés público.

Sin duda, los derechos de autor deben ser objeto de protección jurídica, de manera que permitan a los creadores profesionales subsistir a partir de sus obras intelectuales. Mas un estándar alto de protección de tales derechos no asegura una mayor creatividad. Así, “en algunos países ex socialistas de Europa del este, donde el nivel de protección por el derecho de autor no es muy elevado, revelan por lo menos un aumento de su potencial intelectual. Mientras que muchos países en desarrollo, por ejemplo, en África, aunque adoptaron hace 30 años excelentes leyes sobre derecho de autor, siguen dependiendo hoy de la importación de bienes culturales extranjeros.”¹³³ Dicha evidencia da cuenta de que un alto nivel de protección de los derechos de autor no siempre va acompañado de mayor creación, debiendo los países en desarrollo “adoptar políticas gubernamentales orientadas hacia la creatividad, las industrias culturales y la temática del derecho de autor. Solo así podrán desarrollar su potencial intelectual, la creación y la producción de sus obras intelectuales, catalizadores del progreso, y protegerse de la uniformización cultural.”¹³⁴

¹³² ALVAREZ, Daniel, Derecho de autor y cultura, (texto borrador), Cursos de Formación General www.plataforma.uchile.cl Curso: “TLC’s: un enfoque sesgado de la integración latinoamericana”. P. 1

¹³³ UNESCO. Creatividad: Motor del Desarrollo (nota del redactor) En: e-Boletín de Derecho de Autor, enero – marzo de 2000, [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001225/122512so.pdf#page=3>> [Consulta: 20 de diciembre de 2008] p. 3

¹³⁴ *Ibíd.* P.4

Como vemos, el derecho de autor se vincula de más de una manera con la creatividad, siendo, por una parte, su aliciente, y por otra, el freno de un tipo de creatividad que se ve potenciada por el uso de las nuevas tecnologías, por el acceso a los infinitos contenidos existentes en la Red de redes. Es la creatividad del sector no profesional o de las masas, que no se ve beneficiado directamente por el endurecimiento de la protección de los derechos de autor y que accede a un cada vez menor dominio público.

III DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA COMO CONDICION PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO CREATIVO

1. Generalidades sobre el Derecho de acceso a la cultura

En el capítulo anterior nos hemos dedicado a establecer la relación existente entre la creatividad y el derecho de autor, por cuanto éste último garantiza a los autores y creadores el monopolio exclusivo sobre sus obras, lo que fomentaría una generación continua de bienes culturales. Mas también afirmábamos que la protección exhaustiva que actualmente se concede a los derechos de propiedad intelectual podría significar un límite al acceso de toda persona a las obras culturales, contradiciéndose de esta manera el fin último de tales derechos, cual es, el incentivo de la creatividad.

Pero además del Derecho de autor, podemos vincular a la creatividad otros derechos como son, por nombrar algunos, la libertad de expresión, el derecho a la educación, de pensamiento y de culto, así como también se interrelaciona con otra gama de derechos humanos, a la cual dedicaremos este capítulo, que apuntan al derecho que tiene cada persona para acceder a la cultura y participar activamente en ella.

Hemos ya mencionado *supra* que en orden a crear algo es necesario conocer y servirse de creaciones ajenas, bien sea a través de las ideas contenidas en ellas o a través de elementos propios de la obra en sí, pues toda creación necesita un sustrato que la sostenga e inspire, el cual se hereda de la cultura en la cual está inserto el sujeto y, en específico, de las creaciones de los autores que lo anteceden. Desde aquí que parece evidente para el desarrollo de la creatividad la necesidad de que las personas puedan acceder a un acervo de bienes culturales que las incentive a crear y las lleve a aportar con sus expresiones artísticas al desarrollo social y al patrimonio cultural de su nación. Desde esta perspectiva es clara la relación existente con los derechos de autor: en palabras de Luís Anguita “el Derecho parte de dos principios

respecto de las manifestaciones culturales que resultan de difícil armonización: el acceso a los bienes culturales en los que se exterioriza la Cultura de los pueblos que ha de ser tutelado y garantizado por los poderes públicos; y, el fomento de la creatividad como elemento generador de los nuevos ingredientes culturales, que ha de ser igualmente objeto de protección. Garantizar el acceso y fomentar la creación obedecen a un mismo fin, pero se encuentran enfrentados en el desafío de la propiedad”¹³⁵.

2. Derecho de acceso a la cultura y a participar en la vida cultural

Nos hemos referido a la situación particular en que se encuentran los Estados al momento de incentivar la creatividad y fomentar la cultura de sus pueblos. Efectivamente, los poderes públicos deben hacerse cargo de este aspecto por dos vías: “garantizar las condiciones que estimulen la actividad creadora, reconociendo el derecho a propiedad sobre las obras que de ella emanan, y asegurar al mismo tiempo el libre acceso de la población a los bienes culturales.”¹³⁶

Cabe en este momento referirnos a los derechos que garantizan a las personas la posibilidad de tener acceso a los bienes culturales, centrándonos en el vínculo entre el acceso a la cultura y la utilización de los bienes que se obtienen producto de este acceso como base e inspiración de la actividad creadora de las personas beneficiadas por la recepción de las diversas formas de expresión de las artes. Nos referiremos a estos derechos como Derechos culturales, esto es, “aquellos que posibilitan el acceso

¹³⁵ ANGUIA Villanueva, Luís. Derechos Fundamentales y propiedad intelectual: El acceso a la cultura. En: LA CRUZ Mantecón, Miguel et al, Propiedad intelectual, Derechos fundamentales y Propiedad industrial. Reus. Madrid, España. 2005. P. 52

¹³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Propiedad intelectual: cómo adecuar la ley en los tiempos del cortar/pegar [en línea] 01 noviembre de 2007 <http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-31.5537830925/temas_profundidad_view> [Consulta: 1 de noviembre 2007]

a la cultura por parte del hombre”¹³⁷. También se denomina como Derecho a la cultura, el cual posee un doble aspecto: por un lado el “de acceder y gozar (papel pasivo) y la de tomar parte, crear y contribuir (papel activo)” en la cultura¹³⁸.

En el catálogo internacional de Derechos Humanos se reconocen cinco derechos como derechos culturales: el derecho a la educación, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho de disfrutar los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de toda producción científica, literaria o artística de la que una persona es autora, y la libertad para la investigación científica y la actividad creativa. Acerca del derecho a la educación y los derechos de propiedad intelectual –aunque éste último desde un punto de vista comercial- han sido analizados y desarrollados latamente, mas no se ha elaborado de la misma manera respecto al Derecho a participar en la vida cultural, siendo el más amplio de todos.

Si se quieren abordar los derechos culturales, la manera usual de comenzar es tratar de definir aquello que entendemos por “cultura”. Si recurrimos a los diccionarios, varias son las acepciones correspondientes al término, como aquella que lo define como el “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico” o la que señala que por cultura se debe entender el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”¹³⁹ Esto nos da una primera señal de que “cultura” no es un término unívoco y que definirlo siempre será una tarea de aproximación, pues se trata

¹³⁷ ANGUIITA Villanueva, op. cit., P. 58

¹³⁸ HARVEY Edwin R., Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales, Documento informativo presentado con ocasión del Día De Debate General sobre el Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto), COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Naciones Unidas, viernes 9 de mayo de 2008. p. 6

¹³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Lengua Española, 22ª edición [en línea] http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura [Consulta: 28 de noviembre de 2008]

de intentos de conceptualizar algo ligado intrínsecamente a la naturaleza humana y que es, a su vez, dinámico y variable.

La doctrina relacionada con la cultura como derecho humano la ha comprendido en tres niveles¹⁴⁰:

a) Cultura en un sentido material, es decir, como un producto. Se corresponde con la idea del conjunto de la herencia material de la humanidad, ya sea ésta entendida como un todo, o como grupos humanos particulares;

b) Cultura como el proceso de la creación artística y científica, enfatizando tanto el proceso mismo, como al creador o creadores de (la) cultura; y

c) Cultura en un sentido antropológico, es decir, como un modo de vida, que comprende tanto las creaciones materiales, como sería el arte o la literatura, como los sistemas de valores, tradiciones y creencias de una sociedad o de un grupo social.

La vaguedad respecto al concepto de cultura implica que sea incierta también la noción de “vida cultural”, fórmula que utiliza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la redacción de su artículo 15.1 letra a), cual será nuestro principal objeto de análisis para determinar las garantías que tiene, en función de este derecho humano, cada persona y la comunidad respecto a la cultura y a la posibilidad de participar en ella. Qué se ha entendido por “participar en la vida cultural” en la consagración del derecho a la cultura en los instrumentos internacionales de derechos humanos será una de las materias analizadas a continuación.

¹⁴⁰ STAMATOPOULOU, Elissavet. The right to take part in cultural life, Committee On Economic And Social Rights, Day Of General Discussion On The Right To Take Part In Cultural Life, Article 15(1)(A) Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, 9 May 2008. Traducción libre desde el inglés. Pp. 4-5

Para conocer el contenido del derecho a participar en la vida cultural llevaremos a cabo este análisis a partir de las Declaraciones y Pactos internacionales sobre Derechos Humanos que se refieren a esta materia, para luego conocer algunas de las Recomendaciones, Convenciones y Declaraciones de la UNESCO y los Informes del Programa de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Humano. Desde la perspectiva de la legislación nacional, la Constitución Política de la República así como la historia fidedigna de una serie de leyes vinculadas al fomento de la cultura nos darán luces sobre la aplicación de estos derechos en nuestro país.

2.1 Declaraciones de Derechos Humanos:

El derecho a participar en la vida cultural es un derecho humano fundamental, que se encuentra consagrado en una serie de instrumentos legales internacionales. Entre ellos se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de manera más específica en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también se consagra en varios instrumentos regionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra la Carta Africana de Derechos Humanos de 1981 y el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de 1948 fue el primer instrumento internacional que incorporó los derechos culturales dentro de sus disposiciones. En su artículo 27 hace importantes referencias al Derecho a la participación en la vida cultural, para luego, en su segundo numeral, consagrar el respeto a la propiedad intelectual e industrial. Respecto al primero de los derechos nombrados, la Declaración reconoce el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Consagrando el artículo 27 el acceso a la cultura, podemos reconocer en esta disposición un contenido pasivo y uno activo:

- Pasivo: el derecho que tiene toda persona para gozar de las artes, esto es, poder acceder a ellas para el disfrute y apreciación de los bienes culturales. Desde este punto de vista puede ser catalogado como el “derecho de cultura colectiva”¹⁴¹.

- Activo: El contenido activo se manifiesta en el derecho de las personas para participar libremente en la vida cultural y en el progreso científico que lo rodea. Esta participación se traduce en la posibilidad que tiene el hombre de crear algo nuevo a partir de la materia prima aportada por los creadores que lo anteceden. Reconoce las facultades inherentes de cada ser humano de ser un creador y su capacidad para aportar con ellas al enriquecimiento del patrimonio cultural y al desarrollo de la sociedad en que está inserto, contribuyendo con esto a su diversidad y avance tecnológico. Dentro del contenido activo también se considera el derecho a la propiedad intelectual ya que se entiende como necesario para fomentar las actividades creadoras y tiene como presupuesto la creatividad. Podemos concluir que tanto el derecho de participación en la vida cultural, como el derecho de propiedad intelectual pueden considerarse como un “derecho a la cultura individual”¹⁴².

Junto con los derechos consagrados por el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, encontramos otros derechos relacionados con la creatividad y la posibilidad de participar en la generación de la cultura, que son aquellos que aseguran el desarrollo de la personalidad humana. Entre estos se encuentra el artículo 22 de la Declaración en cuestión, el cual se encuentra formulado como el derecho de toda persona a obtener, considerando la organización y recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales,

¹⁴¹ ANGUIA Villanueva, op. cit., P. 59

¹⁴² Ídem

indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹⁴³ Esto es así pues, como todos los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho de participar en la vida cultural se encuentra relacionado con la dignidad inherente a la persona humana, mas estos derechos, si bien interrelacionados, no deben ser confundidos puesto que el derecho del artículo 15.1 (a) requiere de un nexo especial con la cultura, en contraposición a aquellos espacios en los sistemas culturales que están abiertos para la autorrealización puramente individual.¹⁴⁴

El segundo cuerpo internacional de Derechos Humanos al cual nos referiremos¹⁴⁵ es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de dieciséis de diciembre de 1966, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI)¹⁴⁶. Este pacto recoge los derechos culturales en su artículo 15 N° 1 reconociendo los Estados partes el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

¹⁴³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad

¹⁴⁴ GRONI Christian, The right to take part in cultural life, Documento informativo presentado con ocasión del Día De Debate General sobre el Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto), COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Naciones Unidas, viernes 9 de mayo de 2008. P. 8

¹⁴⁵ Esto sin desconocer la existencia de otros Pactos y Declaraciones que poseen un contenido que alude a los derechos culturales, tales como: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIII, 1948 (OEA); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", Organización de los Estados Americanos Artículo 14.

¹⁴⁶ Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, promulgado como Ley de la República mediante decreto supremo N° 778, de 30 de noviembre de 1976, y publicado el 30 de abril de 1989.

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Se establece además en este artículo que los Estados Parte en el Pacto deben adoptar medidas para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura para asegurar el pleno ejercicio de tales derechos. Se reconoce, además, el respeto de la libertad como un presupuesto de la actividad creadora y el enriquecimiento de ésta a partir del desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales.¹⁴⁷

Como se puede observar la redacción del derecho a participar en la vida cultural en ambos instrumentos internacionales, si bien similar, presenta ciertas diferencias, cuyo origen se puede desentrañar a partir de los trabajos preparatorios que culminaron en la consagración de este derecho como un derecho humano fundamental.

Según Yvonne Donders, previa la incorporación del artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cultura se comprendía reservada para una pequeña *élite*, en la cual no tenía lugar el resto de la población. La consagración del derecho a la libre participación en la vida cultural de la comunidad en dicho instrumento

¹⁴⁷ UNESCO. Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 15 "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;
b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

de Derechos Humanos tenía como objetivo “estimular a los Estados a que las masas participen en la vida cultural y a hacer la cultura más accesible para ellas.”¹⁴⁸

Tal como comentábamos al analizar la consagración del derecho de autor como derecho humano, la incorporación de este derecho a la Declaración fue pacífica, pues se consideró de vital importancia para el desarrollo de cada persona y de los pueblos, y por tanto, digno de ser protegido. Por esta razón, los trabajos preparatorios no arrojan luces acerca del sentido que este cuerpo jurídico otorga a este derecho humano, ni a la expresión “tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. Se estima que los redactores trabajaron sobre la base de un concepto restringido de “vida cultural”, que recaía principalmente en el acceso a los productos culturales. Por otra parte, cabe destacar que el numeral 1 del artículo en cuestión hace referencia al término “comunidad”, lo que, de acuerdo a Donders, aludía a la “comunidad nacional” y no a la situación de minorías, pueblos indígenas u otras comunidades locales y regionales.¹⁴⁹

Por su parte, el artículo 15.1 (a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales omite la palabra “comunidad”, así como también no incorpora “libremente”, como la hace la disposición respectiva en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es posible deducir en este sentido que el Pacto no restringe el Derecho a participar en la vida cultural a una cultura en específico. Al respecto, cabe mencionar una propuesta de redacción del derecho en cuestión hecha por la UNESCO consistente en el derecho de la persona a “participar en la vida cultural de las comunidades a las que pertenezca” argumentando que una persona participa normalmente en la vida cultural de varias comunidades, debiendo los Estados, por lo tanto no sólo respetar el derecho de participar en la vida cultural de la nación, sino también el de tener acceso a la vida cultural de naciones extranjeras o a la de comunidades particulares dentro del propio Estado. Esta propuesta fue rechazada, pues aún se entendía que el derecho a participar en la vida cultural estaba vinculado a

¹⁴⁸ DONDERS, Yvonne, Cultural Life in the context of Human Rights, Day Of General Discussion On The Right To Take Part In Cultural Life, Article 15(1)(A) Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, 9 May 2008. p. 3

¹⁴⁹ *Ibíd.*

la vida cultural de la nación, y que dicha vida cultural se traducía en disponibilizar los altos aspectos materiales de la cultura.¹⁵⁰

Dicha interpretación ha sido revisada para determinar si aún es aplicable hoy en día a través de las Directrices Revisadas de 1990. Éstas no contienen una definición de vida cultural, mas a través de ellas es posible observar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aceptado un concepto más amplio de cultura, además de entender que el derecho contenido en el artículo 15.1 (a) se refiere a la participación del individuo en la vida cultural que éste estime conveniente, sin que sea el Estado el llamado a determinar qué actividades culturales se encuentran apoyadas por este derecho humano.

Para el Día de Debate General llevado a cabo en diciembre de 1992, en el Informe de trabajo de Konaté, se recomendó ampliar aún más el concepto de cultura, incluyendo tanto su dimensión individual como colectiva, así como también extenderlo no sólo a las “manifestaciones culturales”, sino que se incluyan además el lenguaje, las tradiciones, creencias, etc. Se agregó que el alcance del derecho humano consagrado en el artículo 15.1 (a) va más allá del acceso a los productos culturales e implica un vínculo activo en la cultura y participación en el proceso de toma de decisiones. Se afirmó que el derecho a participar en la vida cultural, tal y como se lo consagra en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un derecho que, como la generalidad de los derechos culturales, no se encuentra definido claramente en su carácter y contenido jurídico. Sin embargo, se puede entender que el derecho a la participación en la vida cultural tiene dos componentes: “el primero es el derecho a la creación de valores culturales literarios, artísticos y científicos: en una palabra, de valores espirituales. El resultado de esa creación distingue a ese derecho de todos los demás derechos económicos que producen resultados materiales. El segundo componente es el derecho a beneficiarse de los valores culturales creados por el individuo o la comunidad. Así pues, la participación en la vida cultural comprende tanto

¹⁵⁰ DONDERS, Yvonne. op. cit. P.4

el derecho a la creación artística, literaria y científica como el derecho a disfrutar de los beneficios engendrados por ella”.¹⁵¹

El análisis de Yvonne Donders continúa con reportes periódicos de los Estados Partes del Pacto. Los más recientes evidencian que los Estados comprenden “vida cultural” en un sentido amplio incluyendo “artes visuales y dramáticas, artes folclóricas tradicionales, artesanías y literatura”. Se han tomado medidas respecto a la protección de los artistas, la libertad de creación y la diseminación de los trabajos creativos, entre otras. También se ha discutido el rol de los medios de comunicación en la promoción del derecho de tomar parte en la vida cultural, así como también se ha prestado atención a la protección de la cultura de las minorías y de los pueblos indígenas.¹⁵²

En cuanto al contenido normativo del derecho contenido en el artículo 15.1 (a) se pueden reconocer ciertos elementos de éste que dicen relación con tres dimensiones: la cultura como una forma o manera de vivir, cultura como libertad creativa y cultura como derecho al acceso a la cultura.¹⁵³

El derecho a participar en la vida cultural entendiendo la cultura como una forma de vida comprende la capacidad de autorrealización cultural en el sentido de ser esta “la capacidad de un individuo para alinear su conducta personal y su vida de acuerdo a una o más culturas”¹⁵⁴, lo que incluye el derecho de elegir la vida cultural en la cual participar. La dimensión de libertad creativa inserta en el derecho en cuestión, significa la posibilidad de cada individuo de dedicarse a cualquier actividad artística y creativa, así como la “difusión, exposición y ejecución de cualquier trabajo o producción artística o creativa, tales como, poemas, novelas, pinturas, esculturas, composiciones musicales, trabajos teatrales y cinematográficos, actuaciones y tradiciones orales. Este

¹⁵¹ Debate general sobre el tema del derecho a participar en la vida cultural, reconocido en el artículo 15 del Pacto llevado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 7 de diciembre de 1992.

¹⁵² DONDERS, Yvonne. op. cit. P.5

¹⁵³ GRONI Christian. op. cit. P. 12

¹⁵⁴ *Ibíd.*

componente también arroja luz sobre la importancia de los medios de comunicación de masas como creadores y transmisores de cultura.”¹⁵⁵

La dimensión de acceso a la cultura dice relación tanto con la disponibilidad de una infraestructura cultural y de productos culturales, como con la accesibilidad. La accesibilidad implica, por un lado, que la cultura y los productos culturales sean accesibles para toda persona, sin discriminación. Implica, a su vez, que la infraestructura cultural sea accesible físicamente para toda persona, es decir para personas con discapacidad física y ancianos. También dice relación la accesibilidad con accesibilidad económica, geográfica y temporal, lingüística, así como también se relaciona con el acceso a los medios de comunicación y a los productos culturales, incluyendo Internet.

Para culminar el análisis del derecho consagrado en el artículo 15.1 del Pacto, daremos cuenta de las obligaciones que se interpreta da lugar. Las obligaciones de los Estados Parte se categorizan en tres grandes compromisos: respetar, proteger y cumplir.

En la primera condición, el Estado Parte se hace responsable de respetar cualquier forma de vida cultural existente en el pueblo; se abstendría de interferir, ya sea directa o indirectamente, en cualquier realización artística o creativa de cualquier persona y aseguraría su acceso a la cultura en general. También significaría estar atento a la verdadera identidad cultural de sus individuos, sobre todo las minorías, y respetar sus nuevas formas creativas de igual manera. Es importante que el Estado Parte reconozca y valore cada iniciativa cultural de sus miembros, pero a la vez mantenerse ajeno, neutral, para no darle jerarquías a las mismas: cada cultura se merece su propio nicho a ser respetado.

Por su parte, en la obligación de proteger, cualquier Estado estaría obligado a evitar cualquier censura de otro medio –individuos o empresas- que intente prohibir la libre

¹⁵⁵ GRONI Christian. op. cit. P. 15

cultura de otra persona. El ambiente cultural es amplio e infinito, y por lo mismo no puede ser cercenado por segundos intereses. El Estado Parte se aseguraría de ello: no puede existir una discriminación en esta materia, ni por instituciones, ni por servicios públicos, ni por corporaciones: alcanzar el desarrollo cultural es un derecho universal.

Finalmente, el cumplir un compromiso cultural se hace necesario para cualquier Estado Parte y podríamos dividirlo de igual manera en tres obligaciones más (facilitar, promover y proveer): el Estado debe facilitar la participación en la vida creativa, asegurándose de que sus miembros puedan disfrutar de opciones para colaborar en ella, a través de fondos o programas diseñados para ello. Por lo mismo, el Estado también debe promover la información necesaria para alcanzar estas facilidades e informar a los individuos de estas nuevas propuestas culturales, lo que nos lleva a la tercera fase, el proveer estos espacios de intercambio artístico y cultural, ofreciendo fondos públicos y subsidios, creando concursos y generando propuestas novedosas que permitan a cualquier individuo disfrutar de su derecho creativo.

2.2 La UNESCO y PNUD:

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura nace con fecha dieciséis de noviembre de 1945. Chile es miembro de la UNESCO desde el siete de julio de 1953. Hacemos referencia a esta Organización por cuanto tiene dentro de su objetivo promover “la cooperación internacional en materia de educación, ciencia, cultura y comunicación entre sus 193 Estados Miembros y sus seis Miembros Asociados.”¹⁵⁶

El Preámbulo de la Constitución de la UNESCO declara cuáles son las líneas rectoras por las cuales desarrollará su acción. Considera que “la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son

¹⁵⁶ UNESCO. Sobre la UNESCO: Qué es y qué hace. Cifras de octubre de 2007 [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=3328&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre].

indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua¹⁵⁷. Por su parte, el artículo I de la Constitución de la UNESCO, denominado “Propósitos y Funciones”, establece que entre las funciones que debe cumplir la organización se encuentra la de ayudar en la conservación, al progreso y a la difusión del saber. La UNESCO lleva a cabo esta misión a través de distintos instrumentos normativos: Convenciones, Declaraciones y Recomendaciones que establecen líneas de acción para los Estados miembros.

Aquellos instrumentos normativos referidos a la cultura se refieren a temas específicos y a distintas áreas de ésta, tales como: identidad y diversidad cultural, protección de los derechos de autor y creatividad¹⁵⁸. Nos referiremos a la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural de 26 de noviembre de 1976, por cuanto reconoce el acceso a los bienes culturales como una condición necesaria para incentivar la creatividad de los pueblos, así como la necesidad de fomentar y proteger la creatividad de los sectores de “artistas no profesionales”. Por otra parte, establece definiciones de ciertos términos que son importantes para el entendimiento de la relación bienes culturales – actividad creadora.

Su preámbulo señala:

“Que la cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de obras y de conocimientos que produce, compila y conserva una minoría selecta para ponerlos al alcance de todos, o que un pueblo rico por su patrimonio ofrece a otros como modelo

¹⁵⁷ Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre de 2007]

¹⁵⁸ Por nombrar algunas: Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (20-10-05), Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (17-10-03), (06-09-1952), Recomendación relativa a la Condición del Artista (27-10-80). Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional (04-11-66)

del que les hubiere privado la historia; que la cultura no se limita al acceso a las obras de arte y a las humanidades sino que es a la vez adquisición de conocimientos, exigencia de un modo de vida, necesidad de comunicación;

Considerando que la participación del mayor número posible de personas y asociaciones en las actividades culturales más diversificadas y libremente escogidas es indispensable para el desenvolvimiento de los valores humanos esenciales y de la dignidad del individuo; que el acceso de amplias capas de la población a los bienes culturales sólo se puede asegurar si se reúnen las condiciones económicas que permitan a los interesados no sólo disfrutar de esos bienes, sino también participar activamente en todas las manifestaciones de la vida cultural así como en el proceso del desarrollo cultural.”¹⁵⁹

La Recomendación considera que el acceso a la cultura y la participación en la vida cultural son dos aspectos complementarios de una misma realidad percibida en la reciprocidad de sus efectos, y que el acceso puede favorecer la participación en la vida cultural, y la participación, a su vez, puede ensanchar el acceso a la cultura al darle su verdadero sentido y que, sin participación, el mero acceso a la cultura está necesariamente muy por debajo de los objetivos del desarrollo cultural¹⁶⁰. Nos parece que dicha consideración es de suma importancia pues señala explícitamente la relación existente entre acceso a la cultura, a los bienes culturales y a las formas de arte y la participación plena y libre en la generación de aquella. Es este acceso el que va a permitir que toda persona pueda involucrarse creativamente en su sociedad, así como también la creatividad que se concreta en contenido es condición necesaria para lograr el acceso a la cultura.

¹⁵⁹ UNESCO. Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural. 26 de noviembre de 1976. [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114038s.pdf#page=146>> [Consulta: 2 de noviembre 2007]

¹⁶⁰ Idem.

La Recomendación que nos ocupa considera a la “participación en la vida cultural” como una afirmación del individuo, relacionado con su dignidad, identidad y autenticidad, y así también, con el ejercicio de derechos fundamentales. Creemos, además que la “Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural” es interesante por cuanto define (para los efectos de la recomendación) términos utilizados tanto en los instrumentos normativos emanados por la UNESCO como en las Declaraciones de Derechos Humanos que expresamente conforman su espíritu (la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos) respecto de los cuales la organización tiene la misión de asegurar y promover su efectividad. Los conceptos que contiene, y que destacamos, son¹⁶¹:

a) Acceso a la cultura: Se entiende por acceso a la cultura la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales;

b) Participación en la vida cultural: Es la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de expresarse, comunicar, actuar y crear libremente, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad.

Gracias a estas definiciones, se puede dilucidar con mayor facilidad el significado que las Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos quieren alcanzar al utilizar estos términos, transformándose así en herramientas que enfatizan aquellos aspectos que se deben tener presente al hablar de acceso a la cultura y participación en la vida cultural. Queda claro que “participar en la vida cultural” requiere de acciones por parte de los sujetos. No cabe duda, además, que ambos términos, y como es la intención de la Recomendación reconocer, están significativamente entrelazados: la participación en la vida cultural tiene como presupuesto el acceso a las expresiones

¹⁶¹ UNESCO. Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas. op. cit.

creativas que forman parte del acervo cultural de una comunidad, y por otro lado, el acceso a la cultura requiere de una participación amplia de sectores profesionales y no profesionales. Precisamente a esto apuntan las Medidas legislativas y reglamentarias recomendadas a los Estados Miembros de la UNESCO, los cuales deben dedicar “una atención especial a las actividades creadoras, culturales y artísticas no institucionales y no profesionales, y prestando todo el apoyo posible a las actividades de aficionados en toda su diversidad”¹⁶².

Por otra parte, la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001 enfatiza un punto que es de vital importancia para esta tesis, por lo que merece ser destacado su artículo 7º, el cual, bajo el título de “Diversidad cultural y creatividad” señala:

“El patrimonio cultural, fuente de la creatividad:

Toda creación tiene sus orígenes en las tradiciones culturales, pero se desarrolla plenamente en contacto con otras culturas. Ésta es la razón por la cual el patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado, realizado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre las culturas.”¹⁶³

La Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información de 12 de mayo de 2004, establece el compromiso consistente en construir una sociedad de la información “centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la

¹⁶² UNESCO. Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas. op. cit.

¹⁶³ Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. UNESCO. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre de 2007].

mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos.”¹⁶⁴ Esta declaración de principios relaciona directamente el bienestar humano con la educación, el conocimiento, la información y la comunicación, señalándolos como clave para el desarrollo y el progreso.

Al tratar de manera específica la relación con las tecnologías de la información y comunicación, la declaración señala expresamente lo deseable de un dominio público rico "ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias". A diferencia de los otros cuerpos internacionales que hemos tratado en este apartado, establece un vínculo directo entre el desarrollo individual y social con las TIC.

Por último, cabe destacar, para nuestros efectos, el concepto de “desarrollo humano” elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el Primer Informe Mundial sobre Desarrollo Humano (1990), el cual lo define como “un proceso en el cual se amplían las oportunidades del ser humano. En principio estas oportunidades pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo.

Sin embargo, a todos los niveles del desarrollo, las tres más esenciales son disfrutar de una vida prolongada y saludable, adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida decente. Si no se poseen estas oportunidades esenciales, muchas otras alternativas continuarán siendo inaccesibles.

Pero el desarrollo humano no termina allí. Otras oportunidades, altamente valoradas por muchas personas, van desde la libertad política, económica y social, hasta la posibilidad de ser creativo y productivo, respetarse a sí mismo y disfrutar de la garantía de derechos humanos.

¹⁶⁴ Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información Ginebra 2003 – Túnez 2005, 12 de mayo de 2004, [en línea] <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html> [Consulta: 18 de diciembre de 2007]

El desarrollo humano tiene dos aspectos. La formación de capacidades humanas –tales como un mejor estado de salud, conocimientos y destrezas- y el uso que la gente hace de las capacidades adquiridas –para el descanso, la producción o las actividades culturales, sociales y políticas-. Si el desarrollo humano no consigue equilibrar estos dos aspectos, puede generarse una considerable frustración humana.”¹⁶⁵

2.3 Situación en Chile

a) Constitución Política de la República de Chile

Para comenzar el análisis de los derechos relacionados con el acceso a los bienes culturales y la creatividad en nuestro ordenamiento jurídico se debe tener en consideración que no existe en nuestra Constitución Política de la República un derecho de acceso a la cultura propiamente tal, como sí existe en otras legislaciones¹⁶⁶⁻¹⁶⁷. Sin embargo, en virtud del artículo 5º, en su inciso 2º¹⁶⁸ “el Estado de Chile adquiere un compromiso hacia la universalización y progreso de los derechos humanos, aceptando las obligaciones internacionales que derivan de los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”¹⁶⁹. Por lo tanto, los

¹⁶⁵ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Desarrollo humano: Informe 1990, , [en línea] <<http://indh.pnud.org.co/files/rec/definiciondh.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2007] p.34

¹⁶⁶ Como es el caso de la Constitución española en su artículo 44:
“1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”

¹⁶⁷ El año 1998 se presentó una propuesta modificatoria a la Constitución Política de la República con miras a establecer como una nueva garantía constitucional el acceso a la cultura (boletín nº 2242-07 Proyecto que reforma la Constitución Política, estableciendo como garantía constitucional el derecho a la cultura, 15 de septiembre de 1998)

¹⁶⁸ Constitución Política de la República de Chile. Artículo 5º inciso segundo: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

¹⁶⁹ VERDUGO Marinkovic M., PFEFFER Urquiaga E., NOGUEIRA Alcalá H. . Derecho Constitucional Tomo I. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002. p. 110

pactos anteriormente nombrados en este capítulo se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, siendo relevante que los tratados que consagran derechos humanos poseen la jerarquía de Constitución material. Esto sin perjuicio de otros derechos que no se encuentren en dichos tratados o pactos y que sean de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que por ser tales, limitan el ejercicio de la soberanía del Estado.

Es posible no obstante, desprender de las disposiciones constitucionales consideraciones relacionadas con los derechos materia de este capítulo. El artículo 1º inciso primero de la Constitución Política de la República de Chile se refiere a la dignidad de todas las personas¹⁷⁰, en cuanto al respeto que merece toda persona en su calidad de tal. Este artículo “reconoce en la persona el único ser dotado de dignidad, producto de su carácter de ser conciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad. Todo ser humano es un ser original”.¹⁷¹ Esta caracterización de la persona humana, y el reconocimiento que se hace de tal calidad, nos lleva a sostener que por el mismo hecho de ser la persona un sujeto capaz de aprender, crear, expresarse y perfeccionarse debe garantizársele los medios para explorar al máximo sus capacidades, idea que se recoge en el inciso 4º del mismo artículo, cuando señala que es tarea del Estado “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, instaurando el desarrollo integral de las personas como uno de los deberes del Estado. Por otra parte, el inciso 5º del artículo 1º en análisis establece el deber de asegurar el derecho de toda persona a participar con igualdad de condiciones en la vida nacional. Consideramos que la expresión “vida nacional” incluye, dentro de otros elementos, la vida cultural de la nación, por lo que, en conformidad con los pactos que ya hemos revisado, es deber del Estado remover los obstáculos y asegurar a las

¹⁷⁰ Constitución Política de la República de Chile, Artículo 1º inc. 1º.- “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

¹⁷¹ VERDUGO Marinkovic M., PFEFFER Urquiaga E., NOGUEIRA Alcalá H., op. cit., p.110

personas el acceso a aquellas acciones necesarias para participar en igualdad en la vida cultural nacional, esto es, la posibilidad de conocer y gozar el arte.

La Reforma Constitucional de 2001, por mensaje presidencial de 14 de abril de 1997, tenía por objeto modificar el artículo 19 N° 12 -libertad de emitir opinión y la de informar- con el objetivo de eliminar la censura cinematográfica y agregar un inciso referido a la libertad de creación y difusión artística. Si bien se consideró que la libertad de creación artística se encontraba comprendida en el artículo 19 N° 12, esto es, en la libertad de emitir opinión y de informar, se buscaba con esta reforma hacer explícita esta libertad. Se señaló durante su discusión¹⁷² que la libre creación y expresión artísticas son innegablemente necesarias para que exista una efectiva aplicación de estos derechos. Se acordó incluir esta reforma, finalmente, en el artículo 19 N° 25 “anteponiéndola al derecho del autor sobre sus creaciones, por cuanto se señaló que comparte una misma naturaleza con éste, que deriva precisamente de la capacidad y libertad de crear. Se destacó que la “libertad de disfrutar las artes” es una institución enteramente nueva, que complementa y enriquece el estatuto de garantías que la Ley Suprema reconoce y asegura a las personas”¹⁷³. La Ley de Reforma Constitucional, 19.742, fue publicada en el Diario Oficial el 23 de agosto de 2001, con el cual se fijó el texto del artículo 19 N° 25 inciso 1° en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas: N° 25: La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”.

En cuanto a su contenido, esta garantía se vincula, como hemos dicho, estrechamente con la libertad de expresión, y no significa la incorporación de un

¹⁷² VIAL Solar Tomás. El derecho a libertad de creación artística en la Constitución. En: Libertad de expresión en Chile. GONZÁLEZ Morales Felipe *et al.* Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 2006. P. 255

¹⁷³ *Ibíd.* P. 258

derecho de acceso a la cultura propiamente tal en nuestra legislación. Sin embargo, es relevante en cuanto a que reconoce en el arte una forma especial de expresión y comunicación, que se vincula con el desarrollo de toda persona. Además de esto, consagra el derecho a crear libremente, esto es, “la facultad de crear y difundir el arte sin estar sujeto a censura, control o autorización previa, ni a sanciones a posteriori injustificadas que equivalgan, por su efecto inhibitorio, a la existencia de censura”¹⁷⁴. Al mismo tiempo, la libertad de difundir una obra artística implica el derecho que tiene el público de recibir libremente las creaciones artísticas. Según Tomás Vial, esto se ve reforzado por el deber de Estado de asegurar a todas las personas el derecho a participar en la vida cultural, que ya hemos conocido. Es decir, señala Vial, “por un lado existe una libertad de difundir la creación artística, la que implica la libertad correlativa de recibir, y por otro el derecho a gozar de la cultura, lo que, entre otras cosas, implica el deber del Estado de difundir el arte.”¹⁷⁵

Para concluir el análisis de esta disposición constitucional, se debe destacar el hecho ya mencionado de que al momento de legislar se toma en consideración la posibilidad de que toda persona puede ser artísticamente creadora, y ello va ligado por las razones ya establecidas en el Capítulo I, sin lugar a dudas, con la posibilidad de acceder a las artes. Por lo tanto y en armonía con las normas que hemos revisado en el artículo 1º de nuestra Constitución, se debe considerar a aquéllas como parte fundamental en el desarrollo integral de la persona humana, por lo que es deber del Estado encargarse tanto de la promoción de las creaciones artísticas como de la difusión de éstas.

¹⁷⁴ VIAL Solar Tomás. op. cit. P. 275

¹⁷⁵ *Ibíd.* P. 270

b) Otras Leyes

En nuestro país se han dictado variadas leyes que tienen como objetivo la difusión y el fomento de las artes¹⁷⁶. Revisaremos, a modo ilustrativo, la historia fidedigna de dos de estas leyes. El objetivo es descubrir cuáles son los aspectos a los que el legislador da énfasis al momento de crear normas referentes a los actos creadores, y su presupuesto, el acceso a bienes culturales. Por otra parte, esta tarea es útil por cuanto permite observar cómo el legislador aplica los preceptos que hemos conocido a lo largo de este capítulo.

El mensaje de la Ley 19.227 de 10 de julio de 1993 sobre Fomento del Libro y la Lectura da cuenta de que el proceso de crecimiento de la sociedad debe ir de la mano con una intensificación en la difusión de la cultura. Señala que la generación de bienes culturales a partir de la participación creativa de toda la sociedad es un objetivo de carácter fundamental de la acción del Estado, ya que reconoce que este es el medio para que el hombre pueda adaptarse a la evolución de la sociedad: “sólo un pueblo que crea, que aprecia el arte, que respeta y desarrolla su idiosincrasia, que se comunica, que conoce sus raíces, que sabe de sí y del mundo que lo rodea, puede llegar a ser verdaderamente libre.”¹⁷⁷

El proyecto de ley distingue en el libro un instrumento idóneo para lograr estos objetivos ya que conjuga riqueza tanto intelectual, como creativa. Es por esto que entre los objetivos contenidos en el proyecto de ley se encontraba la necesidad de crear una conciencia nacional acerca del papel cultural del libro y así incentivar los hábitos de lectura. Para que estos objetivos fueran factibles, el proyecto de ley también buscaba facilitar el acceso a los libros a través de bibliotecas públicas, promover el desarrollo y el crecimiento de la creación literaria y, además, velar por los derechos de propiedad

¹⁷⁶ Por ejemplo: Ley de Monumentos Nacionales, Ley Premios Nacionales, Ley de Ejercicio y Difusión de las Artes, Ley sobre Fomento Audiovisual.

¹⁷⁷ Historia de la Ley 19.227, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997,[en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19227/LEY_19227_COMPLETA.pdf> [Consulta: 4 de noviembre de 2007]

intelectual de los autores. Como se puede apreciar, el proyecto de ley buscaba hacerse cargo tanto de la posibilidad de las personas de recibir la carga artística y cultural de los libros a través de medios que faciliten el acceso a ellos, así como también, tenía por objeto fomentar la creación literaria, evidenciando el reconocimiento de dos momentos de la creación: aquél en que se accede a la materia prima (obras ajenas preexistentes) y aquél en que ésta se apropia y resignifica, dando origen a una nueva creación.

Por su parte, la Ley 19.891 que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, de 23 de agosto de 2003, el mensaje del proyecto de ley que le dio origen, reconoce las condiciones en las cuales la cultura y el acceso a ella cumple con sus fines: “el desarrollo de la cultura alcanza su plenitud en democracia, ya que sólo en este marco es donde se pueden dar la libertad, el pluralismo, la diversidad, la autonomía, la tolerancia, el acceso y la participación, el diálogo y la apertura, como condiciones necesarias para el despliegue del espíritu, el pensamiento, la creatividad, y el libre florecimiento de la imaginación, las artes y las letras”¹⁷⁸. Para esto consideró necesario contar con una institucionalidad de apoyo y fomento a la cultura, con los objetivos de fortalecer las capacidades de los creadores en Chile y poner la cultura al alcance de todos, haciendo referencia a que ésta es “una responsabilidad que nuestra propia Constitución Política asigna al Estado, según la cual, a éste le corresponde estimular la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación”¹⁷⁹.

Como resultado del análisis de los derechos contenidos en Declaraciones y Pactos internacionales de Derechos Humanos, de los instrumentos normativos emanados de la UNESCO, de los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, así como de las normas constitucionales y legales de nuestro país, podemos concluir que el derecho de acceso a los bienes culturales y participación en la vida cultural se encuentra incorporado y vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Se reconoce su

¹⁷⁸ Historia Fidedigna de la ley 19.891, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2003, [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19891/BOOKMARK_19891.pdf> [Consulta: 4 de noviembre de 2007].

¹⁷⁹ Ídem

relevancia considerándolo un elemento indispensable del desarrollo humano, tanto individual, esto es, como el derecho de toda persona a explorar al máximo sus capacidades intelectuales y espirituales, como colectivo, al contribuir al enriquecimiento de la cultura, a la diversidad cultural y responder a la dignidad de cada persona en su calidad de tal.

En los cuerpos normativos que hemos señalado, de la misma manera que se consagra el derecho a generar bienes culturales, se reconoce también el derecho de autor sobre sus obras, de manera que todo Estado debe encargarse de conciliar estos derechos en beneficio de la sociedad.

3. Derecho de acceso a la cultura, Derecho de autor y creación

El acceso a la cultura y a la participación en ella, como hemos visto, se vincula tanto con la dignidad humana, como con el desarrollo individual y el desarrollo cultural de la sociedad. Hemos señalado repetidamente que la razón primordial por la cual se protegen los derechos de autor desde la creación de tales normas fue el fomento de la cultura a través del incentivo a los creadores, reconociéndoles derechos exclusivos sobre la explotación de sus obras. En ningún momento fue la intención de los legisladores el darle mayor relevancia al derecho de autor sobre el derecho a la cultura pues, como indica la Declaración y Programa de acción de Viena de 25 de junio de 1993 en su punto 5 “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Pero, como señala José Justo Mejías, el individualismo que caracterizó a todo el siglo XX dio al traste con estas pretensiones de carácter social y terminó cambiando el objetivo de la ley (...). Aparece nítido el desplazamiento a un segundo plano de la cultura, que dejaba el papel principal al puro beneficio económico.¹⁸⁰ Y en este desplazamiento de objetivos, y en la superprotección

¹⁸⁰ MEGIAS Quirós, José Justo, *Sociedad de la Información: Derecho, Libertad, Comunidad*. Aranzadi. Navarra. España. 2007

que significa la aplicación actual del Derecho de autor, se ha priorizado la protección de los derechos de los sectores profesionales de la creación, o mejor dicho, de la industria de los productos culturales, lo que deja un escaso margen de posibilidades de creación a aquellos autores que no son profesionales, a un contingente de personas que gracias a las herramientas del entorno digital pueden crear “por crear”, haciendo ejercicio de su derecho de participación en la vida cultural.

Frente al fortalecimiento del derecho de autor que ha ocurrido en parte por la emergencia de las tecnologías digitales y las posibilidades que éstas significan, la participación en la vida cultural aparece potenciada por las nuevas tecnologías. Así lo ha reconocido la Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio de la UNESCO cuando relaciona el principio de acceso universal a Internet con la promoción del ejercicio de los derechos definidos en los Artículos 19 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, aquellos que aseguran la libertad de opinión y de expresión y los que hemos denominado en este capítulo como “derechos culturales”, con énfasis en el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes y los beneficios del progreso científico. A su vez, señala que “la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación trae consigo oportunidades para mejorar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen, pero también el reto de garantizar la participación de todos en la sociedad mundial de la información”¹⁸¹.

Y es así como la participación de cada miembro de la sociedad se hace posible en mayor medida con el uso de las nuevas tecnologías digitales. Podríamos afirmar entonces que un derecho que se ha visto rezagado en su implementación y tutela podría ejercerse de una forma sin precedentes por aquellos a quienes se ha reconocido ya que “Internet y las nuevas tecnologías digitales rompen con la limitación material que encapsulaba a la cultura y habilitan un nuevo mundo de posibilidades al

¹⁸¹ UNESCO. Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio, 15 Octubre 2003 [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17717&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 10 de marzo de 2008]

poner en manos de los usuarios la posibilidad de intervenir creativamente en la cultura.”¹⁸²

Adherimos en este punto a quienes piensan a que gran parte de esta posibilidad de participación está dada por la transformación de obras preexistentes, que una vez digitalizadas –o que hayan nacido en dicho formato- permiten su utilización como base, como materia prima para la creatividad de cualquier persona. Como señala Adolfo Estalella “con el universo digital emerge un espacio horizontal de creatividad en el que los ciudadanos pueden participar en la creación de la cultura remezclándola.”¹⁸³

El resultado de esta transformación de obras preexistentes, se denomina obra derivada. La generación de estas obras, que como hemos explicado en nuestro primer capítulo, es el producto de una de las “fuentes de la creación” junto con la inspiración – como forma indirecta de utilización de las obras preexistentes pues “nada nace de la nada”- constituye una forma de participación en la cultura que está sujeta a una serie de requisitos los cuales se relacionan estrechamente, como ya hemos explicado en un capítulo anterior, con los derechos de autor. Estos requisitos y otras consideraciones serán nuestra siguiente materia en estudio.

¹⁸² ESTALELLA, Adolfo. De la cultura de la remezcla a la creatividad colectiva [en línea] <<http://www.zemos98.org/festivales/zemos987/pack/pdf/adolfoestalella.pdf>> [consulta: 10 de marzo de 2008] p. 112

¹⁸³ Ídem.

IV CREACION EN LA ERA TECNOLOGICA Y OBRAS DERIVADAS

1. La Obra

Conocidos aquellos derechos exclusivos reconocidos por el Derecho de autor y los derechos que garantizan el interés público de acceso a la cultura, analizaremos, dentro del marco formado por ambas perspectivas, la posibilidad de generación de nuevas creaciones utilizando el material preexistente, es decir, a través de la manipulación y transformación de obras que anteceden el acto de creación mismo y que ya hemos identificado como “obra derivada”.

Nuestra Ley sobre Propiedad Intelectual en su Título I denominado “Naturaleza y objeto de la Protección” señala que dicha ley resguarda a “las obras de la inteligencia humana en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión” (artículo 1º). Delia Lipszyc define a la obra como “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”¹⁸⁴. A partir de esta definición, se pueden desprender ciertos aspectos que se deben tener en consideración al momento de hablar de obra como objeto de protección del derecho de autor:

a) Para que una obra sea objeto de protección del Derecho de autor es necesario que se trate de una creación formal y no de una idea: no se puede reclamar la existencia de facultades exclusivas sobre éstas últimas, ya que el Derecho de autor reconoce que la libre disponibilidad de las ideas es esencial al momento de favorecer el desarrollo cultural, social y económico. Tampoco constituye “obra” en el sentido de ser objeto de protección del Derecho de autor el estilo o la técnica adoptada para dar origen al trabajo creativo. Si así fuera, el

¹⁸⁴ LIPSZYC, Delia. op. cit. P. 61

desarrollo artístico e intelectual se vería retrasado o entorpecido. Lo que protege el Derecho de autor es “la expresión formal del desarrollo del pensamiento, otorgando al creador derechos exclusivos de carácter patrimonial a la publicación, difusión y reproducción de la obra y derechos de carácter personal”¹⁸⁵. Es decir, la idea debe haber tomado cuerpo en alguna forma concreta de expresión, sin que sea relevante para la protección del Derecho de autor el tipo de expresión y comunicación de ésta. Podrá, por lo tanto, ser expresada en forma escrita, oral, a través de su fijación en medios magnéticos, etc.

b) Para que una obra se vea amparada por las leyes sobre Derecho de autor no se considera su mérito artístico ni el hecho de estar destinada a un fin cultural o utilitario. Esto quiere decir que el Derecho no exige que la obra tenga un valor cultural que escape del trivial, ya que este tipo de consideraciones corresponde a los receptores de ella y no al ordenamiento jurídico. Respecto a la finalidad de la obra, el Derecho de autor no distingue entre aquella que se ha creado con un objetivo industrial, utilitario o comercial –por ejemplo, frases o *slogans* publicitarios, catálogos, etc.- de aquella que tiene un fin cultural.

c) Es condición necesaria para que una obra sea objeto de protección del Derecho de autor su originalidad, es decir, la obra debe tener contenido creativo que la individualice. Analizaremos la originalidad de la obra como presupuesto de protección del Derecho de autor en el apartado siguiente.

Cumpliendo con el requisito de originalidad, será amparada toda clase de obras ya sean éstas originarias o derivadas, cualquiera sea su forma y modo de expresión. Así lo demuestra el artículo 3º de la Ley 17.336, el cual consiste en una enumeración de obras que se expresan de distintos modos, donde se incluyen obras originales o primigenias y derivadas. Dicha enumeración no es taxativa, lo que se desprende de su encabezado, el que señala que las obras que procederá a señalar “quedan

¹⁸⁵ LIPSZYC, Delia. op. cit. P.62

especialmente protegidas". Esto da a entender que no se trata de una enumeración *numerus clausus*.

2. La Originalidad como presupuesto de protección de las obras por parte del Derecho de autor

Es requisito para que una obra pueda ser considerada objeto de protección del Derecho de autor que ésta sea original, pero no es ésta una noción exactamente delimitada. Es más, su conceptualización se considera por la doctrina como una de las diferencias persistentes entre el sistema del *Copyright* y el sistema de Derecho de autor: mientras que en el *Copyright* una obra es original mientras no consista en una copia de otra, en el Derecho continental dicha cualidad no es suficiente, sino que, además, se requieren factores que la individualicen.

La doctrina distingue dos criterios, que se conforman a las distintas visiones sobre esta materia de ambos sistemas jurídicos, de acuerdo a los cuales se explica qué se debe entender por el requisito de originalidad. Estos criterios son el de la originalidad objetiva y originalidad subjetiva:

a) Para que una obra sea original bajo el criterio de la originalidad objetiva es necesario que sea novedosa. Dentro de este criterio de originalidad, la doctrina se divide, a su vez, en aquella que exige una novedad objetiva en la obra, la cual consiste en que la creación signifique un aporte a la cultura de algo que anteriormente no existía en ella, correspondiéndose entonces, con la noción de originalidad del *Copyright*, ya que descarta como objeto de protección del Derecho de autor todas aquellas creaciones que resulten ser copias de obras ya existentes en el patrimonio cultural.

La otra vertiente del criterio de la originalidad objetiva –novedad subjetiva- señala que una obra es original cumpliendo las siguientes condiciones: en primer lugar, se requiere que la obra sea fruto de la creatividad

de su autor y en segundo lugar, que, en el caso de que al momento de la creación existiera ya una obra de igual contenido y características, el autor no haya tenido la intención de copiar ésta última.

b) La originalidad subjetiva considera que una obra estará amparada por el Derecho siempre y cuando la obra trasunte la personalidad de su autor. Es por esto que un mismo tema puede ser abordado múltiples veces por distintos autores sin que se considere que ha existido una copia de la primera obra que lo trató, ya que cada una de estas obras podría reflejar la impronta personal de quien le ha dado origen.

La obra no requiere ser totalmente novedosa: “es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: *que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*”¹⁸⁶. Según Delia Lipszyc, “en materia de derecho de autor, la originalidad reside en la expresión –o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe.”¹⁸⁷ Mas este criterio debe ser aplicado a cada obra en particular, ya que la individualidad como característica fundamental de la obra que es objeto del Derecho de autor no puede ser apreciada de la misma forma en todas las creaciones.

Nuestro sistema de Derecho de autor sigue este último criterio: en fallo de la Comisión Preventiva Central se consideró como una obra original que goza de los derechos reconocidos por el Derecho de autor los Códigos de la República editados por la Editorial Jurídica de Chile al considerar que dicha obra excedía la mera reproducción del texto legislativo -cuyo autor intelectual es el Poder Ejecutivo y Legislativo- ya que a cada Código es incorporada una elaboración adicional, consistiendo ésta en notas a pie de página con referencias a normas modificatorias, concordancias con disposiciones del mismo cuerpo legal o de otros distintos que

¹⁸⁶ LIPSZYC, Delia. op. cit. 65

¹⁸⁷ Ídem

tengan relevancia para el contenido que se estudia, un apéndice con un conjunto de normas relacionadas con la materia, etc. constituyendo estas notas y apéndice un “trabajo de elaboración y creación intelectual propia y original”¹⁸⁸. Dicho fallo, al referirse a estas características de la obra de la Editorial Jurídica, reconoce un cierto contenido y esfuerzo creativo que la diferencia de cualquier transcripción de leyes, siendo este aporte original protegido por el Derecho de autor.

Por su parte, los considerandos de un fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resultan esclarecedores por cuanto indican qué se debe entender por originalidad de la obra, señalando que para que ésta última sea protegida es necesaria la originalidad “que no es sinónimo de “novedad”, sino de “individualidad”, vale decir que exprese lo propio del autor, que lleve la impronta de su personalidad”¹⁸⁹, cuestión de hecho que debe examinarse para cada caso.

3. Obras Originarias y Obras Derivadas

3.1 Concepto Doctrinario y Legal

Las obras originales u originarias son aquéllas que han sido primogénitamente producidas o ideadas, sin que medie la transformación de una obra preexistente para darle origen. No se debe confundir la denominación “obras originales” con aquellas obras que cumplen el requisito de originalidad que hemos conocido con anterioridad, ya que la originalidad debe estar presente en todo tipo de obras para que puedan beneficiarse de la protección del derecho de autor.

¹⁸⁸ Denuncia de Editora Jurídica Manuel Montt S.A. contra Editorial Jurídica de Chile Rol Nº 83-97 FNE. Dictamen de la Comisión Preventiva Central. 23 de Mayo de 2007. RDJ1422, MJJ1422

¹⁸⁹ Proceso 10-IP-99. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 11 de junio de 1999. Fuente: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. Selección y Disposición de las materias y comentarios por Ricardo Antequera.

Entre otras, las obras originarias u originales pueden ser: obras literarias, ya sean escritas u orales; musicales; teatrales, donde se incluyen las obras dramáticas, coreográficas, pantomímicas y dramático-musicales; las obras artísticas, tratándose, entre muchos otros, de pinturas, dibujos y los bocetos de éstos, obras de arquitectura, escultura, fotografía, etc.; obras científicas, tales como las obras de las ciencias exactas o naturales, obras didácticas, obras literarias de carácter científico, etc.; obras audiovisuales, como las obras cinematográficas; obras del folclore nacional y una nueva categoría de obras producto de la era digital, como son los programas de ordenador y las obras digitales.

Las obras derivadas se definen como “aquellas que se basan en una obra preexistente. Se consideran como tales las adaptaciones, traducciones, actualizaciones, antologías, resúmenes, extractos y cualquier *transformación* de una obra anterior de la que resulta una obra diferente”¹⁹⁰, o como “aquella obra nueva que incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última”¹⁹¹. De los conceptos doctrinarios señalados es posible desprender que para que exista una obra derivada, necesariamente debe existir una obra preexistente –obra originaria- la cual será modificada por una persona distinta del autor, dando origen a una nueva obra, la cual es autónoma respecto de la obra anterior. En el caso en que el autor de la obra originaria participe en la elaboración de la obra derivada, se estará en presencia de una obra derivada creada en colaboración. Así mismo lo será la obra creada por más de un autor, aunque ninguno de ellos sea quien dio origen a la obra originaria.

Nuestra Ley sobre propiedad intelectual define obra originaria en su artículo 5º letra h como “aquella que es primogénitamente creada” para, inmediatamente después, definir a la obra derivada como “aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma”. Dina Herrera reconoce en esta definición legal los siguientes elementos¹⁹²:

¹⁹⁰ LIPSZYC, Delia, op. cit. Pp. 111 y 112.

¹⁹¹ MARTÍNEZ, Pascual MARTÍNEZ Espín Pascual. El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual. Tecnos. Madrid, España. 1996 P. 125.

¹⁹² HERRERA Sierpe, Dina, Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17.336 y sus modificaciones. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1999 P. 31

- a) Existencia de una obra preexistente;
- b) Que esta obra sea objeto de adaptación, traducción u otra transformación,
- c) Que la nueva obra resultante constituya una creación autónoma.

La Ley 17.336 de propiedad intelectual se encarga también de precisar qué se debe entender por “transformación” (Artículo 5º letra w) señalando que es “todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que derive una obra diferente”. La última parte de esta definición –cualquier otra variación en su forma- se puede prestar a confusión ya que puede entenderse que será obra derivada la resultante de modificar directamente la obra en su materialidad. La doctrina estima que en la creación de una obra derivada se reconocen dos obras: la obra derivada y la obra originaria que le sirvió de base, la cual permanece inalterada. Es por esto que creemos que los ejemplos citados en la definición legal guían el sentido de ésta y su última frase se refiere a las variaciones que pueden dar origen a una obra derivada, modificando la expresión y/o composición de la obra originaria.

Dentro de los distintos tipos o categorías de obras derivadas cabe destacar:

- a) Adaptaciones: Las adaptaciones son obras derivadas, originales por su expresión y composición. A través de la adaptación, la cual se encuentra consagrada en el artículo 12 del Convenio de Berna¹⁹³, una obra puede ser modificada de manera tal que es transformada de un género a otro –como es el caso de las adaptaciones cinematográficas de obras literarias o artísticas-, o bien, la adaptación modifica la obra de modo que no varía el género de ésta.

¹⁹³ Se encuentra específicamente consagrada la adaptación en una obra cinematográfica en el artículo 14 ‘b’ del Convenio de Berna.

Pascual Martínez señala, al definir el contrato de adaptación como aquel contrato por el cual el autor de una obra literaria o artística permite a un tercero expresar su creación bajo una forma nueva, que se puede afirmar que existe adaptación cada vez que una obra toma la intriga o hilo argumental de otra; por el contrario, no hay adaptación cuando se toma una idea o tema accesorio¹⁹⁴.

Las adaptaciones, al importar una transformación importante de la obra originaria, son creaciones autónomas de la obra preexistente y por lo tanto se encuentran beneficiadas por la protección del derecho de autor.

b) Traducciones: El derecho de traducción, como hemos señalado en el capítulo dedicado al Derecho de autor, se encuentra consagrado en el artículo 8º del Convenio de Berna como el derecho exclusivo del que gozan los autores de hacer y autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre aquéllas.

La traducción de una obra importa la expresión de ésta en un idioma distinto a aquél en que fue originalmente creada. Si bien no supone una alteración de la obra original en cuanto a su contenido, sí implica un esfuerzo por parte del traductor para “superar problemas idiomáticos que, en ocasiones, son de tal importancia que pueden demandar una verdadera recreación lingüística de la obra” por lo que “la traducción siempre requiere del dominio creativo de otro idioma y de un considerable esfuerzo de traslación del pensamiento del autor”¹⁹⁵. Este esfuerzo del traductor y la originalidad en la expresión de la obra en otro idioma conlleva el hecho de ser esta categoría de obras derivadas amparadas por el Derecho de autor.

c) Compilaciones y Bases de datos: Las compilaciones, también denominadas colecciones, son aquellas obras derivadas creadas a partir de la

¹⁹⁴ MARTÍNEZ Espín, Pascual. op. cit. P. 126

¹⁹⁵ LIPSZYC, Delia, op. cit. P. 113

selección de obras literarias o artísticas, o bien, de fragmentos de éstas - denominadas crestomatías-. La selección de las obras y el criterio o metodología utilizado en la composición de la compilación determinan la creación de una nueva obra protegida por el Derecho.

Como ejemplo de colecciones o compilaciones se pueden mencionar las antologías, diccionarios, enciclopedias, obras completas, recopilaciones legislativas, etc., pero no se encuentran limitadas a obras literarias o textos, también puede tratarse de obras escénicas, plásticas, musicales, etc.

Las colecciones o compilaciones pueden además ser mixtas, es decir, pueden tener como contenido tanto obras originarias, como derivadas, obras en dominio privado y obras que forman parte del patrimonio cultural. En cuanto a su contenido, la compilación puede conformarse de textos íntegros o bien, de resúmenes o extractos de dichos textos, pudiendo también contener uno y otro. Tanto los resúmenes como los extractos son a su vez obras derivadas por lo que están protegidos como tales por el Derecho de autor, estando sometida su utilización al régimen de autorizaciones previas.

El autor de la obra de colección como tal está protegido frente a la utilización in consentida de la misma o de partes de ella que reflejen los criterios de selección u ordenación en los que consiste su originalidad. Cuando se utiliza partes correspondientes a una de las obras seleccionadas únicamente quedará afectado el derecho de autor sobre dicha obra originaria, pero no el derecho sobre la obra de colección¹⁹⁶.

Las bases de datos se definen como un conjunto de elementos de información, seleccionados de acuerdo con criterios determinados y estables,

¹⁹⁶ BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo *et al.* Manual de Propiedad Intelectual. Tirant Lo Blanch. Valencia :2003 P.79

dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un sistema informático al que tenga acceso un cierto número de usuarios¹⁹⁷.

Cuando la base de datos consiste en la selección y ordenación de datos o textos que no son obras preexistentes, entonces la base de datos será una obra originaria protegida por el Derecho de autor. Pero cuando una base de datos no cuenta con un sistema documentario propio, sino que utiliza obras preexistentes cabe preguntarse si dicha base de datos califica como objeto de protección del Derecho de autor.

Si las obras preexistentes están en el dominio privado el autor de la base de datos deberá contar con la autorización del autor de las primeras ya que la incorporación de éstas a la base de datos es una reproducción: "se trata de una fijación material de la obra en un registro magnético, procedimiento que permite comunicarla al público"¹⁹⁸. Ahora, si el autor o autores de las obras preexistentes no otorgan su consentimiento expreso, entonces el titular de la base de datos no verá amparada su obra por el Derecho, incurriendo además en las responsabilidades señaladas en la ley.

Las conclusiones a las que hemos arribado en el párrafo anterior no aparecen tan claras cuando lo utilizado no consiste en obras íntegras preexistentes, sino en fragmentos de éstas, más específicamente, en citas. Como ya sabemos el derecho de cita se consagra en la mayoría de las legislaciones como una limitación al Derecho de autor, por lo que pueden ser utilizadas sin requerir el permiso del autor de la obra citada.

Otra situación se presenta en el caso de obras que se encuentren en el dominio público, donde estos textos se podrán incluir en la base de datos, sin necesidad de contar con autorización del autor de éstos.

¹⁹⁷ LIPSZYC, Delia, op. cit. P.114

¹⁹⁸ *Ibíd.* P.115

Como ya hemos dicho al referirnos a las compilaciones y colecciones, cabe señalar que es posible que, además de los elementos que ya hemos señalado, se incorpore a una base de datos otro tipo de obras derivadas cuales son los resúmenes y extractos o referencias a éstos, que pueden provenir de obras originarias que se encuentran protegidas por el Derecho de autor. Para el caso en que la utilización de este tipo de obras no se configure como una “cita” el profesor Schuster indica que la jurisprudencia francesa ha sentado una serie de reglas (Le Monde con Microfor 9 de noviembre de 1983) ¹⁹⁹:

a. si los elementos de la base de datos consisten sólo en referencias bibliográficas que no forman parte del contenido protegido de la obra preexistente, no existiría reproducción de esta última por lo que no se requiere el consentimiento de su autor.

b. Si los resúmenes o extractos consisten en una exposición sustancial del contenido de la obra o si contiene el texto en forma íntegra es necesario contar con la autorización del autor de la obra preexistente.

c) Antologías: similares a las compilaciones, las antologías son “colecciones de obras de pasajes literarios compilados con un propósito determinado”²⁰⁰. Este tipo de obras derivadas están amparadas por el Derecho de autor por iguales motivos que las compilaciones o colecciones, es decir, por la naturaleza de la selección y criterios de ordenación de los elementos que la componen.

¹⁹⁹ SCHUSTER, Santiago, Los Derechos Patrimoniales Antes y Después del Acuerdo sobre los ADPIC, Los derechos de reproducción y transformación. En: Curso Regional sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Punta del Este, 27 a 31 de octubre de 1997, Montevideo, 3 de noviembre de 1997 [en línea] <http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PDE_97_S/OMPI_DA_PDE_97_10_a_S.pdf> [consulta: 12 de mayo de 2008] p. 20

²⁰⁰ LIPSZYC, Delia, op. cit. P.116

d) Arreglos y orquestaciones: según Delia Lipszyc el arreglo consiste en la transcripción de una obra musical para otros instrumentos, mientras que la orquestación consiste en la transcripción de una obra musical para los distintos instrumentos que componen una orquesta²⁰¹

Los arreglos son de común ocurrencia pero no se debe entender que se da origen a una nueva obra cada vez que se lleva a cabo un arreglo musical, ya que para que éstos se vean beneficiados con la protección del Derecho de autor es necesario que cuenten con identidad propia, es decir, que exista un aporte creativo por parte del arreglista. En cambio “no están protegidos cuando la contribución es meramente técnica, como ocurre con las simples transposiciones y transcripciones, la omisión o la duplicación de voces, el agregado de simples voces paralelas o la adición de adornos”.²⁰²

La circunstancia de existir o no esta contribución creativa del arreglo es de gran importancia ya que en el primer caso habrá una transformación de la obra musical original, por lo que el arreglista deberá contar con la autorización del autor de aquélla -siempre y cuando la obra se encuentre en dominio privado-. Si la obra arreglada no reúne suficientes elementos creativos como para ser considerada como diferente y autónoma de la originaria, no nace derecho alguno para el arreglista.

d) Parodia: la parodia es “una imitación burlesca de una obra seria”²⁰³ siendo catalogada por la doctrina como una obra derivada original por su composición y expresión, mas ciertos autores consideran que, en beneficio de la libertad de crítica es necesario que la realización de parodias sea libre, es decir, su creación esté exenta de la obligación de obtener la autorización del

²⁰¹ LIPSZYC, Delia, op. cit. P.117

²⁰² *Ibíd.* P. 117

²⁰³ *Ibíd.* P. 118

autor de la obra satirizada. La legislación chilena no se pronuncia sobre la parodia, por lo que debemos entender que queda sujeta a la normativa general sobre las transformaciones.

e) Anotaciones y comentarios: se trata de obras derivadas originales por su expresión y composición a las cuales se le aplican, por regla general, aquello que hemos señalado para el caso de las adaptaciones. Sin embargo, Lipszyc señala que “cuando se trata de anotaciones y comentarios a obras no protegidas por el derecho de autor o a obras que se encuentran en el *dominio público*, las ediciones respectivas constituyen obras absolutamente originales”²⁰⁴ sin que los derechos de los autores de este tipo de obras derivadas se extiendan a la obra preexistente.

3.2 Características de las obras derivadas

Luego de tratar los conceptos de obra originaria y derivada, conviene tratar en este momento las características de éstas últimas:

a) El acto de dar origen a una obra derivada no importa una deformación material de la originaria, la cual queda intacta en su individualidad.

b) Como ya se ha afirmado al momento de definir las obras derivadas nacen a partir de la transformación de una obra preexistente. Se produce, de esta manera, una obra diferente y autónoma de la obra originaria, pero que, no obstante, es una obra dependiente de ésta “en el sentido de que mantiene sus caracteres esenciales. Ello diferencia la obra derivada de la obra que únicamente se inspira en otra u otras obras anteriores. Esto último ocurre, consciente o inconscientemente, en todas las

²⁰⁴ LIPSZYC, Delia, op. cit.. P. 117

obras. La inspiración, al igual que las ideas es totalmente libre y no necesita del consentimiento de nadie²⁰⁵.

c) La obra derivada debe ser una creación original: el hecho de que aquélla tenga su origen en una obra preexistente no significa que no deba tener un mínimo de contenido creativo u original. Sin embargo, se debe tener en consideración que “la carga de originalidad debe ser casi por definición algo menor que en el caso de las obras preexistentes, siendo ambas, sin embargo igualmente protegibles²⁰⁶. A pesar de esto, se protege la obra derivada con un derecho independiente del derecho del autor de la obra original, que le permite explotar su obra de la misma manera que a éste último. Esto se debe según Erdozain a “la singularidad que aporta la obra derivada, la cual puede coexistir, sin perjuicio para ninguna, con la que irradia la obra preexistente, cuya singularidad precisamente es protegida mediante la concesión a su autor de un derecho exclusivo (el derecho de transformación). En ambos casos, lo protegible es igualmente un grado mínimo de singularidad, de especificidad en las creaciones respectivas. Y esa singularidad no es otra cosa que la arbitrariedad artística elegida por el autor a través de una forma determinada. Cuando más singular, cuanto más diferente sea la obra, más valor creativo incorporará y, consecuentemente, más clara será la protección por el Derecho de autor²⁰⁷.

Según el Glosario de la OMPI, la originalidad en el caso de las obras derivadas se encuentra en el método particular de adaptación de la obra preexistente o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto, mientras que para Lipszyc “la originalidad de la obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), sólo

²⁰⁵ BERCOVITZ, Rodrigo op. cit. p. 75

²⁰⁶ ERDOZAIN López, José Carlos. Derechos de autor y Propiedad Intelectual en Internet. Tecnos. Madrid. 2002 P. 54

²⁰⁷ Ídem.

en la composición (como en las compilaciones y en las antologías), o solo en la expresión (como en las traducciones)²⁰⁸.

En el caso en que no se cumpla con la originalidad mínima, de manera que los cambios introducidos a la obra preexistente no sean lo suficientemente relevantes, se considera que ha operado una reproducción y no una transformación.

Un caso ilustrativo referente a la originalidad de la obra derivada lo encontramos en la jurisprudencia comparada. En fallo de Tribunales españoles²⁰⁹, donde se define que concurre el requisito de originalidad de la obra “cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el consumidor lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye cierta apariencia de peculiaridad” se consideró que una remezcla sobre una canción no aportaba el grado de originalidad necesario para considerarla como una obra nueva y derivada de la originaria, basándose para su decisión en el análisis de un perito, donde se informaba que una mínima variación en la nota de uno de los instrumentos, no modifica la idea armónica de la canción, así como tampoco el cambio de instrumentos acústicos por electrónicos, de manera que la remezcla carecía de aportaciones creativas originales, y al no existir innovaciones que proporcionen una nueva personalidad a la obra original, no puede entenderse esta remezcla como un arreglo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dispuesto que así como la originalidad en las obras originarias radica en la forma de expresión que las individualiza en relación a las ya existentes, esa originalidad en ciertas obras derivadas, como son las colecciones o antologías puede hallarse en su

²⁰⁸ LIPSZYC, Delia. op. cit. P. 112

²⁰⁹ Sentencia N° 151/2004 de la Audiencia Provincial Madrid (Sección 20 bis) de 12 de julio de 2004

composición. Tal es el caso de las compilaciones y bases de datos las cuales, para estar protegidas, deben constituir creaciones personales por la selección o disposición de las materias: “de esta manera, la originalidad en las compilaciones o bases de datos no radica en la “expresión” de la obra u otros elementos recopilados, sino en la “selección” o en la “disposición” de las materias objeto de recopilación”²¹⁰. Es necesario que a través de la selección o disposición de las materias pueda afirmarse que se trata de un trabajo creativo, con características de originalidad -en el sentido de individualidad- de manera que “quedan excluidas aquellas bases de datos producto del simple trabajo mecánico o rutinario (...) en los que no se advierte una creación personal, y por tanto, carecen de tutela autoral”²¹¹.

d) Además del presupuesto de originalidad, se deben cumplir ciertos requisitos para que pueda generarse lícitamente una obra derivada, y lograr así el amparo del Derecho de autor sobre ésta, los cuales se tratarán en el apartado siguiente.

3.3 Requisitos para crear una obra derivada dentro de la legalidad

Podemos clasificar los requisitos necesarios para dar origen a una obra derivada en requisitos de forma y de fondo:

a) Requisito de fondo: El requisito de fondo está constituido por la exigencia que se hace a toda obra para ser objeto de protección del Derecho de autor, es decir, la originalidad de la obra, el cual ya hemos tratado para el caso de las obras derivadas.

²¹⁰ Proceso 10-IP-99. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 11 de junio de 1999. Fuente: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. Selección y Disposición de las materias y comentarios por Ricardo Antequera. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/jurisprudencia/index.php?mode=archivo&id=553>> [Consulta: 20 de mayo 2008]

²¹¹ Ídem

b) Requisitos de forma: Para establecerlos, se debe distinguir si la obra preexistente que servirá de base para la obra derivada se encuentra en el dominio público, o en cambio, se encuentra aún en dominio privado.

b.1 Requisitos de forma para la creación de una obra derivada a partir de una obra originaria que se encuentra en dominio privado

b.1.1 Autorización del autor de la obra preexistente:

Como ya sabemos, el Derecho de autor otorga a su titular la facultad exclusiva de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros (artículo 17 de la Ley 17.336). La utilización de una obra con miras a producir una obra derivada se encuentra directamente relacionada con el derecho patrimonial de transformación. Como hemos visto en el capítulo dedicado al Derecho de autor, el derecho de transformación es aquél por el cual sólo el titular del Derecho de autor podrá autorizar a un tercero la utilización de su obra para producir una obra derivada. En efecto, el encabezado del artículo 18 letra 'c' dispone que sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra con el objetivo, entre otros, de “adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción”.

De estas disposiciones y de la contenida en el artículo 19 de la Ley citada²¹² podemos desprender el primer requisito de forma para generar una obra derivada a partir de una obra preexistente que se encuentra en el dominio privado: es menester obtener la autorización del titular del derecho de autor.

²¹² Artículo 19 de la Ley 17.336: “Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes.”

La autorización se encuentra definida por el artículo 20 de la Ley 17.336 sobre Propiedad intelectual en los siguientes términos: “Se entiende por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece”.

De esta disposición se deduce, en un primer lugar, que la autorización debe solicitarse al titular del Derecho de autor de la obra preexistente. Debe tenerse en consideración que “si en la obra hay derechos conexos involucrados, además será necesario obtener la autorización de los titulares de dichos derechos conexos” pero dichas autorizaciones son prescindibles siempre que se utilice una interpretación y fijación distinta a las originales²¹³. Según el artículo 21 de la Ley en análisis, se puede obtener la autorización por parte de la entidad de gestión colectiva de derechos de autor que corresponda, a través de licencias no exclusivas obligándose al pago de una remuneración que en ellas se determine, siempre que el autor o el titular de los derechos afines esté afiliado a dicha entidad de gestión colectiva y mientras se cumpla con lo dispuesto por el artículo 93 ‘a’ de la Ley sobre Propiedad Intelectual, es decir, que se le haya encargado a aquélla la administración de los derechos cuyo uso se autoriza²¹⁴.

En segundo lugar, el permiso se podrá otorgar a través de cualquier forma contractual, siendo las más recurrentes los contratos de cesión de Derechos de autor y el contrato de licencia de derechos de autor.

²¹³ ALVARADO Sandoval, Francisco Javier, VEGA, Angélica. Publicidad y derecho de autor: la protección jurídica de la obra publicitaria y la utilización de obras preexistentes en publicidad; profesor guía: Santiago Schuster Vergara. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile 2000. P. 100

²¹⁴ Agrega el artículo 21 de la Ley 17.336 que “en ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades de gestión colectiva podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de utilidades singulares de ellas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.”

Respecto a los derechos que pueden ser otorgados a terceros por medio de la autorización, serán los derechos que hayan sido especificados expresamente en aquélla, de manera que “a la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza”²¹⁵. El artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual señala el contenido básico de una autorización:

- a) Se debe precisar los derechos concedidos a la persona autorizada;
- b) Se debe precisar, a su vez, el plazo de duración de la autorización sobre dichos derechos;
- c) Es necesario especificar la remuneración y su forma de pago;
- d) Se debe indicar el número mínimo y máximo de espectáculos, si los hay, o bien el número de publicaciones, o si, en cambio, son éstos ilimitados;
- e) El territorio de aplicación de la autorización en cuestión y
- f) Todas las demás cláusulas que el titular del Derecho de autor imponga.

La remuneración a la que se refiere el artículo en análisis no puede ser inferior al mínimo legal que se encuentra establecido en el artículo 4º del reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual.²¹⁶

²¹⁵ Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Artículo 20 inciso final

²¹⁶ Decreto 1.122 de 17 de mayo de 1971. Artículo 4º: La remuneración mínima que corresponderá percibir a los titulares de los derechos de autor por la autorización para el uso de obras protegidas, serán los porcentajes señalados en los artículos 50º, 53º, 61º y 62º de la ley, sin perjuicio de lo acordado contractualmente.

Por último, el artículo 22 de la Ley sobre Propiedad Intelectual señala que las autorizaciones relativas a obras literarias o musicales no confieren el uso exclusivo de la obra, estando facultado entonces el titular del derecho de autor para concederlo a terceros, también sin exclusividad, salvo que se pacte lo contrario en la autorización.

b.1.2 Respeto a la paternidad del autor de la obra preexistente.

El segundo requisito está dado por el respeto al derecho moral de paternidad del autor de la obra originaria que debe existir al momento de generar una obra derivada. Esta exigencia de respeto se encuentra contenida en el artículo 9º de la Ley 17.336: “Es sujeto del derecho de autor de la obra derivada, quien hace la adaptación, traducción o transformación, de la obra originaria protegida con autorización del titular original. En la publicación de la obra derivada deberá figurar el nombre o seudónimo del autor original.”

b.2 Utilización de una obra preexistente que forma parte del dominio público:

Según el Glosario OMPI se define el dominio público como: “el conjunto de todas las obras que pueden ser explotadas por cualquier persona sin necesidad de ninguna autorización, principalmente en razón de la expiración del término de protección o porque no existe un instrumento internacional que garantice la protección en el caso de las obras extranjeras”²¹⁷. Nuestro legislador se refiere a esta noción con el término “patrimonio cultural común”.

²¹⁷ Glosario de derecho de autor y derechos conexos. OMPI. Ginebra. 1980

En nuestra legislación actual, cuando una obra forma parte del patrimonio cultural común por alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 11 de la Ley 17.336²¹⁸, se podrá dar origen a las obras derivadas que se desee, sin necesidad de solicitar autorización alguna, pero, tal como señala el artículo citado en su inciso final, debe respetarse igualmente el derecho de paternidad, esto es, atribuir la autoría a quien creó la obra originaria, y el derecho de integridad, es decir, el derecho a exigir que no se deforme o mutile la obra. Además, el autor de la obra derivada no podrá oponerse a que otras personas utilicen la obra originaria para generar sus propias creaciones.

Si la obra derivada ha cumplido con estos requisitos, es decir, tiene un contenido lo suficientemente original, ha sido creada con autorización del titular del derecho de autor o bien, si la obra originaria se encontraba en dominio público, y se han respetado los derechos señalados en el párrafo anterior, entonces esa obra derivada estará amparada por el Derecho de autor de igual forma que una obra originaria. Así lo establece expresamente nuestra Ley de propiedad intelectual en el artículo 3 N° 14 señalando que “quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: N° 14: Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común” y el artículo 9 ya citado.

Si no se da cumplimiento a los requisitos exigidos para dar origen lícitamente a una obra derivada habrá consecuencias, por regla general, tanto en el ámbito civil como en el penal:

²¹⁸ Art. 11. Pertenecen al patrimonio cultural común:

- a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido;
 - b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico;
 - c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley;
 - d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2°, y
 - e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.
- Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.

a) Si no se cumple con el requisito de originalidad de la obra derivada, en el sentido de que no se ha aportado suficiente contenido creativo en el proceso de transformación, dicha obra no será una creación autónoma amparada por el Derecho de autor, considerándose como una reproducción de la obra originaria.

b) En el caso anterior, si no se da cumplimiento además al requisito de forma que consiste en la atribución de paternidad al autor de la obra se configura el delito de plagio el cual se encuentra sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales²¹⁹. En dicho delito se incurrirá toda vez que no se respete el derecho de paternidad del autor de la obra originaria.

c) Si lo que se incumple es el requisito de autorización del autor de la obra preexistente, el artículo 79 de la Ley sobre propiedad intelectual dispone que cometen delito contra la propiedad intelectual los que sin estar expresamente facultados para ello, utilicen, por cualquiera de las formas o medios establecidos en el artículo 18, obras del dominio ajeno que se encuentren protegidos por la ley, ya sean éstas inéditas o publicadas. (Artículo 70, letra a). De la misma forma, en su letra 'b' establece que incurrir en delito contra la propiedad intelectual "los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II de esta ley". La sanción en ambos casos es la misma que hemos señalado para el caso anterior, es decir, presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM.

d) En el caso de que el incumplimiento recaiga en el requisito de pago de remuneración correspondiente al titular del derecho de autor o de los derechos

²¹⁹ Artículo 79 de la Ley 17.336.- Cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales:

c) Los que falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, o las editen, reproduzcan o vendan ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto.

conexos, remuneración que, como hemos señalado al revisar los requisitos de la autorización debe precisarse en ésta al mismo tiempo que la forma en que se pagará, la sanción se encuentra en sede civil, en virtud del artículo 1489 del Código Civil. El incumplimiento da derecho al contratante diligente a pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

e) Cuando la obra preexistente forma parte del dominio público y se incumple el respeto al reconocimiento de paternidad de la obra el artículo 81 de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual señala que “el que a sabiendas publicare o exhibiere una obra perteneciente al patrimonio cultural común bajo nombre que no sea el del verdadero autor, será penado con una multa de dos a cuatro sueldos vitales anuales, escala A), del departamento de Santiago”. Además, dispone el mismo artículo que “el recurrente podrá pedir la prohibición de la venta, circulación o exhibición de los ejemplares.”

Se debe tener en consideración que las acciones penales previstas en caso de incumplimiento de los requisitos de la autorización que hemos señalado, se acompañan de las acciones civiles por indemnización de perjuicios que se hayan provocado al titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

4. Creación en la era tecnológica y creación de obras derivadas

La creación se ha revolucionado en la era digital. La posibilidad de remezclar, “cortar” partes de una obra y utilizarla en otras, de generar obras visuales y audiovisuales con facilidad sorprendente, de que el pensamiento escrito de cualquier persona pueda ser publicado, etc. ha puesto en manos de todo usuario que accede a las nuevas tecnologías la facultad de llevar a cabo los productos de su imaginación, de expresarse y de crear artísticamente. La posición del público frente a la materia prima de la creación cambia de manera drástica pues ya no cuenta ésta de un soporte físico inmutable. Estamos frente a las obras digitales, las que son fácilmente manipulables,

pudiendo ser alteradas por los usuarios de las nuevas tecnologías para dar origen a nuevas obras.

La convergencia de las herramientas digitales y la transmisión de contenido a través de las redes configuran un gran caldo de cultivo para la creación de obras derivadas. Es por esto que conviene que abordemos los principales caracteres de ambos factores los que son claves en el escenario actual de la creatividad. Sin duda, gran parte de la revolución digital que ha importado la introducción de las nuevas tecnologías está relacionada con la posibilidad de adaptar las obras digitales para dar origen a obras nuevas y autónomas. Las obras digitales, son, de hecho, las que dan base para toda la creación en Internet, a lo que va unido las características del acceso a las obras a través de las redes digitales.

Con el desarrollo de la tecnología y de las herramientas digitales, se han incrementado las modalidades de transformación de las obras dando paso a la denominada “adaptación digital”. La diferencia principal entre las formas de modificación tradicionales y las que proceden de manipulaciones digitales es que en las primeras la modificación constituye un acto de realización enteramente independiente de aquél que dio origen a la obra primigenia. En cambio, en las transformaciones digitales siempre existe una forma de reproducción de la obra original digitalizada, de tal manera que se emplea el ejemplar digital de la obra, en la realización de la obra de segunda mano²²⁰.

El profesor Schuster reconoce distintas formas de transformación según la forma en que se emplea la obra en formato digital: las herramientas digitales permiten que la obra originaria pueda ser modificada a tal grado, o bien, que se utilice una sección tan pequeña de ella que en la obra final –obra derivada- no será reconocible la obra primigenia. En este caso, según Santiago Schuster²²¹, podría considerarse que no ha

²²⁰ SCHUSTER Vergara Santiago, Los Derechos de Reproducción y Transformación de las Obras. op. cit. Pp. 33-34

²²¹ *Ibíd.* P.35

existido transformación ya que la obra originaria prácticamente ha desaparecido transformándose en “una virtual paleta de elementos digitales”.

Pero también puede suceder que, como resultado de la manipulación de la obra originaria, se obtenga una obra que sigue estando vinculada a la primera, sea porque el autor no ha podido desligarla de la obra preexistente, o bien, porque ha buscado mantener el vínculo con la obra anterior. En este caso existiría de todas maneras una transformación digital, la cual, para que pueda ser realizada lícitamente, requiere de la autorización del titular del derecho de autor.

4.1 El proceso de comunicación y acceso a las obras en la Sociedad de la Información

Cuando una obra circula en la Red puede ser accedida por cualquier persona desde cualquier latitud del planeta, posibilidad dada por la convergencia de las acciones que brinda la tecnología, en relación a la digitalización de obras preexistentes, así como a la creación de obras digitales, e Internet. Internet hace posible el acceso a las obras a un “coste mínimo con independencia de la distancia real recorrida por los datos que salen del ordenador”²²² a lo que debemos sumar la rapidez de respuesta y la fidelidad de los datos que supone la digitalización. Estas circunstancias llevan a cambiar la concepción de la transmisión tradicional a distancia que conciben al usuario-receptor como un expectador pasivo a la noción de interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como entre los diversos usuarios²²³

²²² SANCHIS Martínez, María Trinidad. op. cit. p. 107

²²³ ANTEQUERA Parilli, Ricardo. El Derecho de comunicación pública de las Obras Protegidas por el Derecho de Autor [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Derecho%20comunicacion%20publica.pdf> [Consulta: 3 de junio de 2008] P.37

“La transmisión de las obras en línea constituye una forma de comunicación, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el momento en que un objeto es alojado en un sitio de la red, donde puede ya ser capturado, hasta el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, cuando el objeto puede ser visto u oído por el destinatario final. Una vez almacenada una obra o una producción protegida, los usuarios pueden acceder a éstas, en el momento y desde el lugar que elijan.”²²⁴ Son estas las denominadas transmisiones digitales interactivas, también llamadas transmisiones “a la carta” a través de las cuales el usuario podrá acceder a todo tipo de obras protegidas. Frente a la transmisión a la carta se han planteado dos posiciones: una de ellas señala que la transmisión digital interactiva no se encuentra recogida por el concepto de comunicación pública por lo que se hace necesaria la introducción de un “nuevo derecho específico de transmisión digital interactiva”, mientras que la segunda, señala que no es necesaria la incorporación de dicho derecho por cuanto basta la adaptación de las legislaciones sobre Derecho de autor para hacerse cargo de las nuevas formas de explotación.

Nuestra Ley 17.336 sobre propiedad intelectual se hizo cargo de las posibilidades que el avance vertiginoso de la tecnología prometía -y promete- para el futuro. Así, se refiere en su artículo 18 letra ‘a’ a “cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro” donde quedan recogidas, en consecuencia, las transmisiones digitales interactivas. “El nuevo derecho “de puesta a disposición”, comprendido dentro del derecho de comunicación pública (art. 8º TODA), como derecho exclusivo de los autores respecto de toda clase de obras, y de los intérpretes y productores de fonogramas, en relación a sus interpretaciones y fonogramas (arts. 10 y 14 TOIEF), está incluido en nuestra legislación no solo por el carácter meramente ilustrativo de la norma del artículo 18, sino por la expresa mención que nuestra legislación hace a todo tipo de medio de comunicación al público, incluso aquellos no existentes a la época de su dictación.”²²⁵

²²⁴ SCHUSTER, Santiago. Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidades Legales en las Redes Digitales. op. cit. p. 7

²²⁵ *Ibíd.* op. cit. P. 7

4.1.1 Transmisiones digitales interactivas o “a la carta” e intercambio de archivos “peer-to-peer”

Las transmisiones digitales interactivas dicen relación con el modo en que el público accede a las obras: se denomina “a la carta” ya que el usuario podrá acceder a la obra en el momento y lugar que desee, y ya sea para una sola vez o por un número indeterminado de utilizaciones.

Se caracteriza además, porque la comunicación se realiza de “punto a punto” y no “punto a multipunto” como tradicionalmente se ha realizado y porque la comunicación de la obra conlleva una reproducción de la misma, debido al problema de las copias (en memoria RAM, efímeras o permanentes) realizadas de forma automática por el propio sistema de transmisión digital.²²⁶ En el momento de alojar una obra en un sitio de la Red existe un acto de reproducción en la introducción de la obra en el disco duro del servidor, y un acto de puesta a disposición interactiva, en la asignación de una URL a la obra. Lydia Esteve señala que la convergencia de tales derechos hace adecuado someter el acto de carga de la información en Internet a una sola autorización, y ello por que los proveedores de contenido (personas físicas o jurídicas) que obtengan el “derecho de puesta a disposición interactiva”, obtienen, implícitamente el derecho de reproducción. Por lo tanto, al cargar o descargar una obra de Internet como regla general hay que pedir autorización a los autores o titulares.²²⁷

Hemos afirmado que las transmisiones “a la carta” son un acto de comunicación pública. Pero también hemos dicho que dichas transmisiones se caracterizan por ser de “punto a punto” lo que significa que es posible que un solo usuario pida el acceso al contenido en un momento dado ¿Cabe calificar a este único usuario como público? Antequera²²⁸ indica que esta respuesta es afirmativa, por cuanto el sistema pone a

²²⁶ ESTEVE, Lydia. Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet. Comares, Granada. Universidad de Alicante. 2006. p. 83

²²⁷ *Ibíd.* op. cit. p. 96

²²⁸ ANTEQUERA, Ricardo. op. cit. p. 39

disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a esa programación, respuesta que es confirmada por el artículo 8º del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor donde se comprende dentro del derecho de comunicación pública la “puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno elija”.

El intercambio directo de archivos entre iguales (en inglés, *peer-to-peer* o P2P) permite a los usuarios transmitir todo tipo de obras, ya sean éstas literarias, musicales, fotografías, imágenes en general, y otros tipos de archivos a través de determinadas herramientas informáticas.

Los presupuestos del acceso o intercambio de archivos P2P consisten en la digitalización y compresión de los contenidos para que puedan ser transmitidos con rapidez por las redes (en el caso de la música el más utilizado es el formato MP3, mientras que para archivos de video se utilizan formatos como DIVX, entre otros). Al mismo tiempo se requiere un “protocolo que permite la transacción directa entre un número considerable de usuarios individuales y resulta en una red delimitada. Para poder tener acceso a estas redes hace falta un programa especial”²²⁹. Es por esto que también es necesario que los usuarios tengan acceso a la Red, y en lo posible, que dicho acceso sea lo más masivo posible, ya que el funcionamiento de los sistemas P2P consiste en el acceso de los usuarios particulares, generalmente a través de una aplicación de búsqueda, a los archivos que se encuentren en el computador de otro usuario que se encuentre conectado a la Red, siempre que dicho usuario haya accedido a compartir sus archivos. De ahí la denominación de intercambio de archivos entre iguales, en contraste con el modelo general en las redes, en el cual existen clientes y servidores.

²²⁹ LEWINSKI von Silke, Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos. UNESCO [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139523S.pdf>> [Consulta: 3 de junio de 2008] P.2

Los archivos que se intercambian a través de las redes p2p, obras comprimidas y digitalizadas, están protegidos por el derecho de autor o por los derechos conexos de intérpretes y ejecutantes, por lo que su utilización se encuentra sujeta al régimen de autorización por parte de los titulares de los respectivos derechos. A este respecto, cuando una obra es transmitida de usuario a usuario, de computador a computador a través de un *peer-to-peer*, se deben reconocer tres actos distintos: “primero, el hecho de “cargar” una copia en una computadora, segundo, el de ponerla a disposición de los demás usuarios que intercambian archivos y, tercero, el que un usuario del sistema de acceso compartido la “descargue”. Existe, por lo tanto, una reproducción al disco duro de la computadora del usuario que desea compartir esa obra.” En segundo lugar, en muchos sistemas P2P, esa copia se ofrece posteriormente a otros usuarios de la red de intercambio de archivos mientras el oferente está conectado a Internet. Esto constituye un acto de “puesta a disposición” objeto de un derecho exclusivo de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas”.²³⁰ Luego, cuando otro usuario descarga el archivo a su computador, nuevamente existe una reproducción, todos actos que corresponden a derechos exclusivos de autor.

4.2 Obras digitales y obras digitalizadas

Hemos afirmado que el Derecho de autor ampara la expresión formal de la creación y no las ideas contenidas en ella. Es por esto que es necesario que la obra sea exteriorizada y, como ya hemos señalado, que la obra tenga un mínimo de originalidad en su contenido. Con la introducción de las nuevas tecnologías, se ha producido la desmaterialización de las creaciones: definimos a la obra digital como “toda aquella que, debido a su formato binario, es susceptible de circular en las redes digitales, independientemente de que su soporte pueda ser un CD-ROM, un lápiz de memoria u otro. Existen (...) obras preexistentes que han sido digitalizadas y obras creadas *ex novo* mediante recursos informáticos interactivos, es decir, obras electrónicas y obras multimedia, que pueden incorporar otras obras o partes de obras

²³⁰ LEWINSKI von Silke. op. cit. P.2

de muy distinta naturaleza. A uno y a otro tipo de obras nos estamos refiriendo cuando hablamos de obra digital²³¹. Distinguimos, para los efectos de esta investigación, entre obras digitalizadas, es decir, obras preexistentes creadas originariamente en un soporte análogo que son sometidas a un proceso de digitalización y aquellas obras creadas desde un principio en formato digital. Estos tipos de obras presentan particularidades en cuanto al modo en que pueden ser transmitidas y explotadas, lo que ha llevado a la doctrina a preguntarse si merecen un nuevo y distinto régimen jurídico de protección o si basta la asimilación de los derechos de autor tradicionales para su aplicación a éstas.

Veamos en qué consisten y cuáles son las características de estas obras que son la materia prima sobre la cual se puede obtener contenido en las redes telemáticas.

a) Obras Digitalizadas

La digitalización de una obra “consiste, a grandes rasgos, en la reducción o transformación de la misma en una serie de números²³². De Miguel Asensio señala que “la digitalización de una señal consiste en transformar muestras de la misma en series de impulsos binarios o secuencias de ceros y unos (bits), de manera que si el número de muestras es suficiente permite una réplica perfecta del original²³³. Estas series de dígitos binarios se encuentran en un lenguaje ininteligible para el hombre, de manera que se requiere de un computador para que procese esta secuencia y la “traduzca” a un lenguaje comprensible. A través de la digitalización se produce una conversión de obras desde un formato analógico a uno digital, de manera que toda

²³¹ ESTEVE, Lydia. Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet. Comares, Granada. Universidad de Alicante. 2006. P.73

²³² SANCHIS Martínez, María Trinidad. Derechos de Autor, digitalización e Internet, Universitas, Madrid, 2004 p. 101

²³³ MIGUEL Asensio. op. cit. P. 191

obra que conste en un soporte análogo – como son los libros, obras visuales y sonoras, etc.- puede ser fragmentada, condensada y conservada siendo luego objeto del proceso inverso para su recuperación al contenido original de la obra.

Una vez que se ha digitalizado la obra, se podrá tener acceso a ella de una manera que los soportes análogos no permiten: “los motores de búsqueda utilizados por los ordenadores permiten en efecto, encontrar en pocos segundos, del fondo de textos de varios millares de páginas, la cita buscada o extraer sistemáticamente todas las frases en las que aparece una frase o concepto de interés especial”.²³⁴ Además, la digitalización permite el almacenamiento de una gran cantidad de contenido en un espacio en extremo reducido con lo cual, en un mismo computador se podrá guardar gran cantidad de textos, imágenes, sonidos y obras audiovisuales, a los cuales se podrá acceder fácil y rápidamente, gracias a la clasificación de tal contenido que haya hecho el usuario a su gusto y sin ocupar espacio.

Una de las características más relevantes de los efectos de la digitalización es la facilidad de reproducción que pasa a tener una obra digitalizada. Al ser la obra análoga, las posibilidades de reproducción de ésta quedan limitadas a la obtención de copias poco fieles (como sería el caso de la reproducción de una pintura a mano) o bien, a la obtención de aquéllas luego de una larga y tediosa tarea (como en el caso de fotocopiado de un libro). Una vez que la obra se ha digitalizado, su reproducción se facilita extremadamente: “el texto más denso, el libro más grande, pueden hoy ser reproducidos en un instante y con una sola presión del dedo, sin que el menor error de reproducción pueda deslizarse en el nuevo ejemplar”²³⁵. Esta facilidad y rapidez de reproducción con total fidelidad -en la era de la tecnología digital se habla de “clonación” por cuanto las nuevas tecnologías permiten obtener ejemplares idénticos e indistinguibles del original, sin que por el hecho del multicopiado se menoscabe la calidad de la reproducción- se aplica no sólo al texto escrito, sino a toda forma de obra digitalizada, extendiéndose así a la música, a todo tipo de imágenes, etc. Y las

²³⁴ SANCHIS Martínez, María Trinidad. op. cit. P. 103

²³⁵ Ídem.

posibilidades de la digitalización no se agotan en la reproducción. Como ya hemos visto *supra* al tratar el Derecho de autor en el entorno Internet, la digitalización permite que el contenido sea fácilmente escindible y reutilizable, de manera que el usuario puede obtener la información que desea, reordenarla y clasificarla a voluntad, y transformarla del modo y con la finalidad que quiera, donde cabe incluso la creación de una nueva obra.

Desde la perspectiva de los derechos de autor, el acto de digitalizar una obra preexistente –a través, por ejemplo, de su escaneo– constituye un acto de reproducción, donde será necesaria, por regla general, la autorización del titular del Derecho de autor de la obra para tal utilización y, asimismo, “quien, tras digitalizar, escanear, o crear una obra digital realiza una carga (*upload*) de la misma en Internet o la descarga de Internet (*download*) realiza un acto de reproducción.

b) Obras digitales

Nos hemos referido a este tipo de obras en la definición dada por Lydia Esteve como aquéllas que se crean *ex novo* en el entorno digital a través de recursos informáticos interactivos, y que pueden tener diversas manifestaciones, como por ejemplo, imágenes creadas utilizando como herramientas un computador o herramientas en línea²³⁶, toda la gama de las obras literarias, obras audiovisuales, piezas musicales, etc. Cabe destacar dentro de las obras digitales a las obras multimedia, bases de datos y programas computacionales, así como también las páginas *web*, sin descontar el hecho de que, como señala María Trinidad Sanchis, “cada innovación va acompañada por la aparición de una nueva forma de arte. La técnica digital no escapa evidentemente a la regla, puesto que permite la creación de obras en “red” por varios artistas (“África virtual”, www.Olats.org), las exposiciones en

²³⁶ Como por ejemplo: <http://www.wetpaintpleasetouch.com/>

línea (por ejemplo, Art Entertainment Network del Walter Art Center de Minneapolis (www.walkerart.org) o las obras interactivas²³⁷ .

En cuanto a sus características, comparten aquéllas que les hemos atribuido a las obras digitalizadas. Y también incumbe a ambas los requisitos que se deben cumplir para considerar a estas obras como objeto de protección del Derecho de autor. Seguiremos a Lydia Esteve en este punto²³⁸ , quien señala que para lograr el cometido de extraer una calificación uniforme de lo que debe entenderse por obra electrónica o digital, como obra beneficiada por la protección de los derechos de autor, se necesita un esfuerzo interpretativo a partir de las normas contenidas en el Tratado de la OMPI sobre Derechos de autor. Señala que es posible deducir que la obra digital es susceptible de protección a través del siguiente razonamiento: la obra literaria, musical, visual o audiovisual susceptible de protección en la realidad analógica, lo es también cuando pasa a existir en la realidad virtual o digital y, por lo tanto, se convierte en un “obra electrónica o digital”, lo que se desprende del artículo 8 del Tratado al cual hacemos referencia²³⁹ . Esto significa que aquellas obras que ya han cumplido con los requisitos necesarios para ser objeto de protección del Derecho de autor en la realidad analógica, se encuentran también protegidas en el entorno Internet. A continuación, Esteve indica que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor también da reconocimiento a las obras creadas desde un principio a través de recursos informáticos, reconocimiento que se encuentra en los artículos 4º y 5º, que se refieren a “programas de ordenador” y “compilaciones de datos” respectivamente.²⁴⁰⁻²⁴¹ Si bien

²³⁷ SANCHIS Martínez, María Trinidad. op. cit. P. 106

²³⁸ ESTEVE, Lydia. op. cit. p. 75

²³⁹ Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor: “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

²⁴⁰ Artículo 4 TODA: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”.

estas normas no establecen un criterio uniforme de qué se debe entender por obra digital, o bien, en específico, por obra multimedia como objeto de protección, el artículo 5º permite interpretar que tales obras son objeto de protección del Derecho de autor cuando por “razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual”. De esta manera, la obra digital “independiente de que se la considere una obra autónoma o una creación que puede encuadrarse dentro de las clases de obras ya reconocidas en el Convenio de Berna o la legislación estatal de Propiedad Intelectual, es susceptible de protección si cumple con los requisitos de originalidad y fijación, requisitos que deberán adaptarse a la realidad digital”²⁴². En cuanto al requisito de fijación –ya que el requisito de originalidad en el entorno de las nuevas tecnologías lo veremos con mayor detalle posteriormente-, se considera como tal la comunicación electrónica o el soporte digital “en consecuencia, cualquier trabajo que circula por Internet puede estar protegido sin condición de fijación en un soporte determinado, basta la fijación electrónica que permite circular la obra por Internet, y sin necesidad de cualquier otra formalidad”²⁴³. Podemos concluir que, para utilizar obras digitalizadas o aquellas creadas *ex novo* por medios digitales será necesaria, por regla general, la autorización del autor o de los titulares del Derecho de autor.

b.1 Obra Multimedia

Artículo 5 TODA: “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”

²⁴¹ Nuestra Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual no recoge de manera expresa a las obras digitales como objeto de protección, refiriéndose sólo, así como lo hace el TODA, a los programas computacionales y bases de datos, pero como ya hemos señalado, la enumeración que hace dicha Ley es meramente ejemplificativo.

²⁴² ESTEVE, Lydia. op. cit. p.75

²⁴³ *Ibíd.* P. 77

Dentro de las obras digitales cabe destacar a las obras multimedia, que se pueden definir como “una creación digital, que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, tales como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su contenido.”²⁴⁴ Como ejemplos de obras multimedia se pueden citar las obras virtuales, los videojuegos, las enciclopedias multimedia y la mayoría de las páginas *web*.

Frente al advenimiento de las obras multimedia, la doctrina ha intentado definir a qué categoría de obra pertenecen éstas. Nuestra Ley de propiedad intelectual no señala a la obra multimedia en la enumeración del artículo tercero por lo que la doctrina intenta distinguir si corresponde a una nueva categoría de obras, o bien, si se puede subsumir en alguno de los tipos de obras enumeradas en dicho artículo. Para dilucidar este punto, la tendencia de la doctrina ha consistido en primer lugar, en distinguir la obra multimedia del programa de ordenador subyacente a ella, y en segundo lugar, en encuadrar la obra multimedia en aquellas categorías de obras que tienen un carácter complejo, en concreto, la colección, la base de datos y la obra audiovisual. Serán colecciones las obras multimedia que organicen de forma creativa una selección de datos u obras preexistentes. La colección constituirá, a su vez, una base de datos cuando esté compuesta por elementos independientes dispuestos sistemática o metódicamente y accesibles de forma individual, como las enciclopedias multimedia. En cambio, serán obras audiovisuales aquellas otras a través de las cuales se pretenda otorgarle al usuario el disfrute interactivo de la totalidad de la obra multimedia, mediante la operación unitaria de sus múltiples elementos, dependientes los unos de los otros con predominio del audiovisual.²⁴⁵ De estas clasificaciones en distintas categorías de obras se puede concluir que no existe un único tipo de obra multimedia por lo que no cabe una única calificación posible.

²⁴⁴ BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo *et al.* op. cit. p. 285

²⁴⁵ *Ibíd.* p. 286

La naturaleza misma de las obras multimedia supone la combinación de diferentes elementos, ya sean estos visuales, sonoros, etc. A partir de estos elementos, las obras multimedia se pueden clasificar en:

a) Obra multimedia original: Una obra multimedia es original cuando está formada por aportaciones creativas nuevas creadas *ex profeso* para ser incorporada a la misma.

b) Obra multimedia derivada: Será derivada cuando ha sido elaborada a partir de obras preexistentes o bien, fragmentos de éstas provenientes de uno o varios autores.

Tratándose de una u otra, es necesario que el autor de la obra multimedia cuente con las respectivas autorizaciones de explotación, autorizaciones que deberán tener por objeto cada una de las facultades del autor de la obra que se desea incorporar a la multimedia, relacionadas con su reproducción, comunicación pública, distribución y, en el caso de que se trate de obras preexistentes, su transformación.

De esta manera, tratándose de una obra multimedia derivada, se debe solicitar autorización a los titulares de los derechos de autor sobre las obras preexistentes para su transformación, pero también se deberá acordar sobre los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Si se trata de una obra multimedia original, renunciando a los respectivos derechos de autor sobre el conjunto, estaremos ante un supuesto de obra colectiva en el que los responsables de cada aportación singular ceden –mediante un contrato de edición o una simple licencia de explotación– al coordinador-editor de la obra colectiva los derechos sobre su aportación necesarios para la reproducción y puesta a disposición del público de la misma, sea en línea y/o fuera de línea, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra coordinada por el editor o responsable de la iniciativa²⁴⁶. En este caso no sería necesaria la autorización respecto al derecho de

²⁴⁶ CARBAJO, Fernando. Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual. Colex. Madrid. 2002

transformación ya que estas obras nuevas fueron creadas precisamente para su incorporación en la obra multimedia.

Si bien Carbajo y considerable parte de la doctrina considera a las obras multimedia como obras colectivas, la titularidad de las mismas deberá ser evaluadas en cada caso concreto y en el caso en que se vislumbre una participación coordinadora de una persona física o jurídica se podrán considerar, efectivamente como obras colectivas.

4.3 Originalidad de las obras en la sociedad de la información

Cuando tratamos la originalidad de las obras como presupuesto de la protección del Derecho de autor planteamos las dificultades que existen en torno a definir un criterio acerca de lo que constituye una “obra original”. Así, se concibe un criterio de originalidad objetiva, según el cual una obra será original siempre que no sea una copia, mientras que para el criterio de originalidad subjetiva la obra es una prolongación de la personalidad del autor, por lo cual, la obra protegida debe reflejar la impronta de la individualidad de su autor. Pero en el escenario de la sociedad de la información, esta última noción de originalidad plantea problemas en su aplicación.

El uso de las nuevas tecnologías para dar origen a obras digitales tiene como consecuencia que muchas de estas obras nacen a partir de un proceso de creación que supone una intervención mecánica, la cual dificulta que en la obra pueda reflejarse la personalidad de su autor. Ejemplos de estas obras son los programas computacionales y las compilaciones de datos electrónicas, en los cuales, dadas sus características técnicas, será difícilmente apreciable la impronta de la personalidad de quien las ha creado. Además, se debe considerar que “la originalidad como trascendencia de la personalidad del autor se correspondía con la creación tradicional en las artes clásicas: literatura, música, pintura escultura,...lo que implicaba una exigencia de altura creativa. Pero ahora, sin perjuicio de que ese tipo de creación subsista, el hecho es que un número creciente – sin duda, ya la mayor parte- de las

obras protegidas implican tan escasa aportación creativa del autor que resulta imposible detectar en ellas ningún rastro de la personalidad de aquél”²⁴⁷.

Esta circunstancia ha llevado a considerar una flexibilización del requisito que debe cumplir toda obra para ser protegida por las normas del Derecho de autor, éste es, su originalidad. Como ejemplo de esta adaptación a las nuevas formas de crear y sus productos que surgen como consecuencia de la Sociedad de la Información, en Francia se considera como satisfecho el requisito de originalidad si en los programas computacionales se puede apreciar la aportación personal del autor, la cual, para estos casos, está representada por el esfuerzo personal que realiza, más allá de la lógica matemática. Nuestros Tribunales, cuando han debido pronunciarse sobre la originalidad de un programa computacional, ha concluido que se cumple dicho requisito cuando existen aportes creativos de parte de su creador, en su definición y en sus consecuencias informáticas.²⁴⁸

Lydia Esteve considera que el artículo 5 del Tratado de la OMPI es una manifestación de la flexibilidad del concepto de originalidad, la cual no significa que se busque hacer prevalecer el criterio objetivo por sobre el que tradicionalmente ha considerado la doctrina del derecho de autor, sino que se espera lograr un equilibrio entre ambas concepciones de originalidad: el artículo 5 del Tratado OMPI sobre programas de ordenador y bases de datos, define la originalidad en este tipo de obras como la “creación intelectual propia de su autor” manifestándose “por la selección o la disposición de su contenido” siendo autor la persona física o jurídica creadora de este tipo de obra. “Respecto a la obra multimedia en particular, la originalidad se medirá sobre el resultado final de varias obras en una o la selección de obras o la disposición de tales obras en la obra nueva resultante, al margen de la tutela que las obras preexistentes puedan tener.”²⁴⁹

²⁴⁷ BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo *et al* op. cit. P. 55

²⁴⁸ Sfeir y otros vs. Universidad de Concepción. Corte Suprema de Justicia 15 de septiembre de 1999

²⁴⁹ ESTEVE, Lydia, op. cit. 77

5. Desafíos del régimen jurídico de las obras derivadas en la era tecnológica.

En el escenario de las nuevas tecnologías la creación de obras derivadas se encuentra en una situación especial. Por una parte, nunca en la Historia había sido más fácil y expedito crear: antes del surgimiento de la tecnología digital, la fijación material de las obras análogas hacía en extremo dificultosa la transformación para dar origen a nuevas obras. Eran necesarias habilidades artísticas de importancia, reescribir la obra literaria al momento de re-crear las obras que antecedian la creación personal: “los formatos tradicionales apenas permiten la transformación (un libro en papel, un disco de vinilo, una cinta de video...) y hacen extremadamente difícil la difusión de las nuevas obras. Aún cuando uno pudiera recrear una obra a duras penas podría distribuirla después”²⁵⁰.

Las TICs, en específico Internet, y las posibilidades que brindan las tecnologías digitales acaban con esa noción de inmutabilidad de las obras, dando origen a lo que es la base del contenido que circula en Internet, es decir, las obras digitales –en un sentido amplio- que, dadas sus características recién comentadas, son la materia prima de las nuevas creaciones. El usuario de las nuevas tecnologías podrá modificarlas y alterarlas a gusto, podrá combinar obras de distintos formatos para generar una nueva, podrá seleccionar fragmentos textuales, sonoros o visuales para luego organizarlos de una manera especial y original, posibilidades facilitadas por las prestaciones de los recursos informáticos en línea o fuera de línea. Luego, podrá divulgar su obra a través de la Red.

Estas oportunidades que brindan las nuevas tecnologías contribuyen a la participación en la cultura de una manera masiva y democrática y sin precedentes.

Pero por otra parte, y como hemos explicado, la emergencia del entorno digital se ve acompañada por la aplicación a éste de las reglas del Derecho de autor que regían

²⁵⁰ ESTALELLA Adolfo, De la cultura de la remezcla a la creatividad colectiva [en línea] <<http://www.zemos98.org/festivales/zemos987/pack/pdf/adolfoestalella.pdf>> [Consulta: 10 de marzo de 2008]

el mundo analógico, por lo que el régimen de autorizaciones previas para utilizar obras ajenas protegidas tiene completa aplicación. Esto provoca que para dar origen a una obra derivada sea necesaria la obtención de la autorización del titular del derecho de autor, lo que no escapa de la regla general, pero el escenario dentro del cual se lleva a cabo el proceso de autorización, esto es, el escenario digital, produce que el cumplimiento de este requisito se transforme en un óbice para la creación de obras derivadas, ya que, dadas las características de Internet, se obstaculiza en gran medida la obtención de las autorizaciones pertinentes.

Tomemos como ejemplo el caso de las obras multimedia: el autor o productor que desea generar una obra multimedia debe procurarse la autorización de todos los autores de las obras preexistentes que se encuentren amparadas por el Derecho de autor, para lo que deberá localizar y negociar con cada uno los términos en los cuales podrá utilizar la obra, tarea ya difícil, que se podrá ver empeorada por el elevado monto de la remuneración que se pide a cambio de la autorización. Es posible, además, que el autor se niegue a prestar dicho permiso, por motivos que escapan del monto de la remuneración o del uso que se le desea dar a la obra.

Respecto a la autorización a la que nos referimos en el ejemplo que estamos desarrollando, se debe tener en consideración qué no sólo será necesario que recaiga ésta en el derecho de transformación, ya que además se deben obtener la autorización sobre aquellos derechos que permiten explotar la obra multimedia, como son la reproducción, la distribución, comunicación al público a través de transmisiones digitales o cualquier otra forma, etc.

Estas circunstancias “pueden convertirse en un serio obstáculo para la creación de productos multimedia, ya que obliga a los autores o productores a realizar un importante esfuerzo en términos de tiempo, negociación y financiación (costes de transacción) que en ocasiones puede resultar infructuoso”²⁵¹.

²⁵¹ CARBAJO, Fernando. op. cit. P. 226

Carbajo señala que este problema puede llegar a ser aún más acuciante para los productores de bases de datos, ya que hoy en día es indudable que las bases de datos junto a los programas de ordenador constituyen las piedras angulares de la sociedad de la información, de manera que sólo podrá alcanzarse una sociedad de la información cuantitativa y cualitativamente desarrollada si es posible la creación y producción de bases de datos electrónicas suficientes para satisfacer una demanda de información y cultura de carácter cada vez más globalizado²⁵². Debido a que la tecnología digital hace posible la creación de bases de datos de enormes proporciones, parece evidente la dificultad con que se puede encontrar el autor de estas compilaciones al momento de conseguir todas las autorizaciones pertinentes de los titulares de derecho de autor sobre las obras preexistentes.

Como consecuencia de las dificultades existentes en la negociación particular sobre derechos de autor puede suceder que aquellos usuarios que estén interesados en crear obras derivadas a partir del contenido disponible en la Red se restrinjan a utilizar obras que se encuentren en dominio público, u obras que se encuentran protegidas sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, con lo cual se exponen a una acción judicial en su contra por parte del titular de los derechos de autor, o bien, renuncien, debido a dichas dificultades, a continuar con el proceso de creación, lo que tiene impactos negativos en el desarrollo cultural de la sociedad en la cual está inserto.

Aparte de los problemas que importa la negociación particular de autorizaciones para la creación de obras derivadas, la aplicación de los derechos morales de autor en la era digital representa también un reto para el régimen jurídico de éstas. Con el advenimiento de las nuevas tecnologías y de las obras digitales se han multiplicado las facilidades y las posibilidades de transformación de las obras con lo que se corre el riesgo de alteraciones a la obra originaria y que ésta misma así alterada sea puesta a disposición del público sin autorización del autor, con consecuencias entonces en los derechos morales de integridad y paternidad de la obra y en el derecho de divulgación.

²⁵² CARBAJO, Fernando. op. cit. p. 235

Pensamos, como hemos indicado en el capítulo referente al Derecho de autor, que el derecho moral que se puede ver mayormente afectado es el derecho al respeto de la integridad de la obra ya que no sólo la tecnología digital hace fácilmente manipulables éstas, sino que también aquellas alteraciones o modificaciones que podrían atentar contra la integridad de la obra no permanecen ya en el ámbito privado sino que pueden ser transmitidas a través de una red como Internet a un número indeterminado de personas. Señala Carabajo que el derecho exclusivo de transformación no alcanza a las transformaciones realizadas en el ámbito estrictamente privado; pero si esas transformaciones pueden ponerse al alcance de un número importante de sujetos aun por medio de sistemas o aplicaciones de comunicación formalmente privados como el correo electrónico o los “*chats*”, no puede obviarse la existencia de un fuerte riesgo para los intereses personales del autor por posibles deformaciones o alteraciones de su obra que menoscaben su reputación, y también, un importante peligro para la explotación normal de la obra preexistente²⁵³. El exceso de celo del autor en relación a su derecho moral de integridad, puede significar un freno al desarrollo de la creación de obras derivadas, y como veremos más adelante, el resguardo de dicho derecho puede significar no sólo un obstáculo para la producción de obras derivadas y su divulgación en línea, sino también, puede llegar a entorpecer la creación de obras de segunda mano en el ámbito privado.

Cuando estamos frente a la creación de una obra derivada la doctrina considera que debe ésta guardar un nivel de fidelidad con la obra primigenia, el cual tendrá distintos niveles de exigencia dependiendo del tipo de autorización que se otorgue por parte del autor originario. Pascual Martínez considera que existen tres niveles de exigencia de fidelidad o respeto, los cuales dependen de la naturaleza de los derechos patrimoniales cedidos o licenciados: en el caso del derecho de reproducción el deber de fidelidad es el más estricto, de manera que la obra no se puede modificar en ningún sentido. El segundo nivel está comprendido por los derechos de traducción, antologías y recopilaciones, con un nivel de exigencia de fidelidad casi absoluto, pero con libertad en cuanto a la selección de las obras que se utilizan, mientras que el último nivel está

²⁵³ CARBAJO, Fernando. op. cit. p. 190

formado por los derechos de adaptación, sea de un género a otro o dentro de un mismo género. Los dos últimos corresponden, por lo tanto, a obras derivadas, como podemos desprender de la enumeración meramente enunciativa de la definición de obra derivada que otorga nuestra Ley sobre propiedad intelectual.

Estas consideraciones deberán ser tomadas en cuenta por quien desee llevar a cabo una obra derivada, ya que su creación podría verse truncada por considerar el autor originario que no se ha guardado el debido respeto para con su obra. De nuevo, podemos poner como ejemplo a la obra multimedia, donde se vislumbra como un obstáculo para su desarrollo “la susceptibilidad que la inclusión de una obra o interpretación en un producto multimedia puede encontrar entre autores, intérpretes o ejecutantes, de cara a un eventual ejercicio de la facultad moral relativa a la integridad de la obra o interpretación cuando se perjudiquen sus intereses legítimos o se menoscabe su reputación como consecuencia de su incorporación a la producción multimedia, incluso en supuestos en los que el propio titular de la propiedad intelectual hubiera autorizado expresamente esa incorporación.”²⁵⁴

Con respecto a las transformaciones llevadas a cabo en el ámbito privado gracias a las herramientas informáticas disponibles (*software*, aplicaciones en línea, etc.), aparece un cambio importante: en el pasado, cuando las obras eran transformadas en el ámbito privado, el producto de esta transformación era conocido sólo por su autor o por su círculo familiar o cercano, por lo que tales transformaciones no eran relevantes para el derecho de autor. No podrían además ser prohibidas las transformaciones para uso privado de la obra, pues eso podría constituir un ataque contra la libertad de expresión e investigación y el acceso a la cultura.²⁵⁵

Sin embargo, como ya lo hemos mencionado, las redes digitales hacen posible que estas obras derivadas sean puestas a disposición y transmitidas al público, lo que tiene especial relevancia en el caso en que dicha transformación signifique también una

²⁵⁴ CARBAJO, Fernando. op. cit. P. 183

²⁵⁵ *ídem*

alteración que atente contra el derecho de integridad del autor. De esta manera, “las nuevas circunstancias planteadas por la tecnología digital pueden justificar una intromisión efectiva del derecho de autor en el ámbito privado controlando la utilización de la obra por parte de los usuarios”.²⁵⁶ Es por esto y por las dificultades a las que ya nos hemos referido en un principio, señala Carbajo, que el nuevo entorno tecnológico parece reclamar la adaptación internacional de tales derechos morales y del derecho de transformación para impedir que representen a la postre un obstáculo incompatible con el desarrollo deseado de la sociedad de la información.

Como vemos, la creación de obras derivadas, que hemos identificado como la forma de creación más potenciada con la aparición de las nuevas tecnologías y que permite que todo individuo se transforme en creador, al mismo tiempo se ve limitada, no sólo por la amplitud de los derechos exclusivos de autor, sino también porque las formas de negociar tales derechos no se han adaptado a la realidad digital por lo que no se hacen cargo de las dificultades que el entorno de las nuevas tecnologías añaden a la producción lícita de obras derivadas.

Los retos para la creación de obras derivadas han dado paso a posibles maneras de equilibrar una adecuada protección de los derechos de autor y la posibilidad de creación, sin mayores trabas, de obras nuevas con el objetivo de contribuir y mejorar las artes y la cultura en general. A continuación conoceremos una de ellas, para lo que es necesario conocer una de las formas más comunes de obtener autorización sobre derechos de autor, esto es, el contrato de licencia de derechos de autor.

²⁵⁶ CARBAJO, Fernando. op. cit P. 190

V LA CONDICIÓN DE LICENCIATARIO COMO ELEMENTO LEGITIMANTE PARA LA CREACIÓN DE UNA OBRA DERIVADA Y LICENCIAS CREATIVE COMMONS

1. Contratos de Licencia de Derechos de Autor

La licencia es “un contrato mediante el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual llamado licenciante confiere a otro llamado licenciatario permiso para hacer, usar, importar o comercializar su derecho”²⁵⁷ según lo establecido en el cuerpo de la licencia. El Glosario de la OMPI se refiere a la licencia en el entorno del derecho de autor como “la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciatario) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo de licencia).”²⁵⁸

En la práctica, los contratos de licencia consisten en una autorización que otorga el titular de los derechos de autor para que se puedan efectuar, lícitamente, actos de utilización de una obra que se encuentra en dominio privado. A diferencia de la cesión de derechos de autor, el contrato de licencia no importa una transferencia de derechos intelectuales de explotación. Es decir, a través de una licencia sólo se constituye un derecho a usar la obra ya que el derecho de autor sobre ella sigue perteneciendo al patrimonio del licenciante.

Las licencias pueden tener el carácter de exclusivas y no exclusivas. Una licencia será exclusiva cuando el permiso para la utilización o explotación de la obra se otorga a una sola persona, con exclusión de terceros. Si es no exclusiva consistirá en una

²⁵⁷ CAMPUSANO Sáez, Rogelio, El marco legal en Chile para Asignación y licenciamiento. En: Seminario Asignación de Derechos de Propiedad Intelectual en las Instituciones Públicas y Universidades para Promover el Acceso al Conocimiento, GONZALEZ López, Rodrigo et al. Comercial Gráfica Ltda., Santiago, Chile, 2007. P. 81

²⁵⁸ Glosario de derecho de autor y derechos conexos. OMPI. Ginebra. 1980

simple autorización de uso de la obra. Además, la autorización puede ser concedida con un conjunto de limitaciones en cuanto a la forma, tiempo y ámbito territorial de aplicación del derecho de explotación y sus modalidades.²⁵⁹

Como contrato se trata de un contrato innominado, ya que, según Rogelio Campusano, no se encuentra regulado por la legislación de propiedad intelectual, la cual: “no define el contrato de licencias, no establece sus requisitos, se refiere someramente a sus formalidades, no se refiere a sus efectos, a las obligaciones entre las partes, a sus requisitos de existencia, etc.”²⁶⁰ Podrá ser a título gratuito u oneroso, otorgando derecho al titular del derecho de autor, en este último caso, a una remuneración que deberá pactarse en el cuerpo de la licencia.

Nuestra Ley 17.336 sobre propiedad intelectual se encarga de regular dos tipos específicos de licencia, como son, el contrato de edición (artículos 48 y siguientes) y el contrato de representación (artículos 56 y siguientes). En virtud del primero, el autor de la obra autoriza al editor los derechos que le permiten editar, imprimir, publicar y vender su obra, reteniendo el primero todos los demás derechos sobre ésta. El contrato de representación, por su parte, constituye una licencia en los términos que hemos explicado por cuanto se concede por parte del autor el derecho de representación al público a cambio de una remuneración.

Los requisitos y características de la autorización los hemos tratado en el capítulo anterior, por lo que nos remitimos a lo señalado en dicha oportunidad.

²⁵⁹ ALVARADO Sandoval, Francisco Javier, VEGA, Angélica. op. cit. P. 75

²⁶⁰ CAMPUSANO Sáez, Rogelio. op. cit. P.81

2. Las Obras Derivadas en el Marco de las Licencias Amparadas en el Derecho de autor

Sabemos que es posible crear basándose en ciertos elementos de obras preexistentes. Conocemos también el hecho de que si dicha creación cumple con un mínimo contenido original de manera que trasunte la personalidad del autor, dicha creación será amparada por el Derecho de autor de la misma forma en que éste brinda protección a la obra originaria o primigenia. Además de estas dos circunstancias, debemos reconocer en este trabajo creativo, es decir, en la transformación de una obra preexistente, una expresión y a la vez, una manifestación del derecho a crear, recogiendo la verdad innegable consistente en que “nada proviene de la nada”.

En el momento en que una persona cualquiera se ve motivada a crear a través de la generación lícita de una obra derivada, bajo el régimen general de Derecho de autor, deberá seguir el siguiente proceso:

1. Se debe distinguir si la obra se encuentra en dominio público o privado. Para esto se deberá verificar si se ha cumplido alguna de las circunstancias indicadas por el artículo 11 de la Ley 17.336, esto es:

- Si se ha extinguido el plazo de protección señalado en el artículo 10 de la Ley en cuestión.²⁶¹
- Si se trata de obras de autor desconocido, como suelen ser las canciones, danzas, leyendas y otras expresiones del acervo folklórico.

²⁶¹ Artículo 10 de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual: “La protección otorgada por la presente ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento. En caso que, al vencimiento de este plazo, existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, este plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes.

La protección establecida en el inciso anterior, tendrá efecto retroactivo respecto al cónyuge y las referidas hijas del autor.

En el caso previsto en el inciso segundo del artículo 8° y siendo el empleador una persona jurídica, la protección será de 70 años a contar desde la primera publicación.”

- Si se trata de obras respecto de las cuales su autor ha renunciado al reconocimiento de sus derechos patrimoniales sobre ellas.²⁶²

- Cuando se trata de obras de autores extranjeros domiciliados en el exterior y que no se encuentran protegidos por las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile (artículo 2º de la Ley 17.336).

- Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Se debe tener en cuenta que en el caso de haber vencido el plazo prescrito por la Ley, deberá el interesado proceder a investigar si concurre alguna de las condiciones para extender este plazo que se encuentran señaladas en el artículo 10, es decir si existe cónyuge o hijas solteras, viudas o cuyo cónyuge esté imposibilitado de manera definitiva para todo tipo de trabajo. En el caso que así sea, el plazo de 70 años contados desde la fecha de fallecimiento del autor se extiende hasta el fallecimiento del último de los sobrevivientes

2. Después de desarrollar el procedimiento señalado, si se llega a la conclusión de que la obra se encuentra en dominio público, ésta podrá ser utilizada libremente y sin

²⁶² Sin embargo, la disposición del artículo 11 'c' aparece en contraposición con el artículo 86 de la Ley 17.336, el cual señala que: "Son irrenunciables los derechos patrimoniales que esta ley otorga a los titulares de los derechos de autor y conexos, especialmente los porcentajes a que se refieren los artículos 50, 61, 62 y 67".

La doctrina ha entendido que los derechos patrimoniales son disponibles por parte de su titular, de manera que son renunciables. Por el contrario, los derechos morales, por estar relacionados intrínsecamente con la persona del autor, son irrenunciables. De esta manera, se encuentra en nuestra Ley de propiedad intelectual una contradicción, al señalar en su artículo 11 que los autores pueden renunciar a la protección que brinda el derecho de autor, entendiéndose por esto, claro está, los derechos patrimoniales, mientras que el artículo 86 declara a los primeros también como irrenunciables.

necesidad de requerir autorización alguna, cumpliendo con el debido respeto a los derechos de paternidad e integridad de la obra.

3. Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la obra se encuentra en dominio privado, será necesario obtener la autorización del titular del derecho de autor, tal como hemos estudiado en el capítulo anterior, a menos que la utilización se encuentre dentro de la hipótesis de una limitación o excepción a los derechos de autor. La forma comúnmente utilizada para conferir dicha autorización es a través del otorgamiento de una licencia, la cual deberá precisar los términos bajo los cuales se autoriza el uso de la obra debiendo contener los requisitos señalados en el artículo 20 de la Ley sobre Propiedad Intelectual.

Como señala el inciso final de dicho artículo, la autorización no se extiende a derechos mayores que aquellos mencionados expresamente en ella, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza, por lo que, para que una licencia importe una autorización para dar origen a obras derivadas, el licenciante, en ejercicio de su derecho patrimonial de transformación, deberá precisar que autoriza la utilización de su obra para que se derive de ésta una nueva creación.

Junto a esta autorización, se podrá también precisar el margen de respeto que desee se cumpla respecto de la obra originaria durante el proceso de creación, así como también cualquier otra circunstancia. Para el caso en que se pacte una remuneración a cambio del permiso para generar un trabajo derivativo, se deben respetar los mínimos legales.

Dependiendo del tipo de transformación que se haga de la obra y su destinación, es posible que sea necesario además contar con autorización respecto de otros derechos exclusivos del titular del derecho de autor, como son el derecho de reproducción y disposición pública los que también deberán estar expresamente considerados en el cuerpo de la licencia –a menos que se desprendan de la naturaleza de la autorización-.

Una vez definidos los términos bajo los cuales se otorga la licencia, el licenciatario podrá dar origen a la obra derivada que desee, respetando lo establecido en la autorización.

En resumen, el sistema de licencias que se encuentra amparado en nuestra legislación sobre propiedad intelectual exige de parte del interesado el desarrollo de una serie de tareas dirigidas a obtener las autorizaciones pertinentes referidas a los derechos de carácter patrimonial que se vinculan con la utilización que se desea dar a la obra. Si dicha utilización consiste en la creación de una obra derivada, la licencia deberá contener la autorización dirigida a permitir la transformación de la obra originaria.

Este proceso de licenciamiento asegura al titular de los derechos de autor el control sobre el uso de la obra, acerca de quién y cómo se utiliza ésta, descansando sobre la piedra angular del Derecho de autor, cual es, la necesidad de requerir la autorización del titular de tales derechos para hacer uso de la obra en dominio privado. Un autor que se muestre aprensivo en cuanto a dar demasiada libertad al licenciatario en el uso de su obra podrá limitarla a través de una revisión pormenorizada de aquello que éste último podrá hacer con aquélla. Pero este proceso no se encuentra exento de dificultades: la determinación del verdadero titular del derecho de autor, problemas en la negociación y el posible costo asociado a estas circunstancias pueden significar el entorpecimiento del proceso creativo debido al largo tiempo que puede significar el llevar a cabo estas tareas, así como también, puede suceder que la remuneración que exige como pago el titular del derecho de autor sea más elevada que aquella que el interesado está dispuesto –o puede- pagar.

Cuando trasladamos el sistema de licenciamiento amparado por nuestra legislación sobre derecho de autor al entorno de las nuevas tecnologías y, en específico, al escenario Internet, podemos ver que su aplicación no varía, mientras que las dificultades derivadas de aquélla se multiplican. Hemos adelantado en el último acápite del capítulo anterior la práctica imposibilidad de localizar al titular del derecho de autor

en la Red, dadas la enorme cantidad de obras que se encuentra en ella, las cuales circulan por el ciberespacio muchas veces sin ser atribuidas a autor alguno.

A modo de resumen, reunimos los datos que hemos revisado para así pasar revista de las ventajas y desventajas del sistema de licenciamiento amparado por las leyes de propiedad intelectual, específicamente, en el ámbito del derecho de autor.

Como ventajas reconocemos:

- a) Es una forma de que el autor, sin transferir la titularidad de la obra pueda explotarla permitiendo su uso.
- b) Permite al autor mantener el control sobre su obra.
- c) Permite que las partes puedan precisar en qué forma y bajo qué términos se conceden la o las autorizaciones, lo que amplía la posibilidad de control: no es necesario dar la autorización en términos absolutos.
- d) Nada impide que la licencia pueda otorgarse a título gratuito.

A su vez, consideramos como desventajas:

- a) Se presentan problemas al momento de localizar al titular del derecho de autor, ya sea por razones espaciales, porque se desconoce el titular del derecho de autor, etc.
- b) Existe dificultad en el proceso de licenciamiento por cuanto se debe realizar una tarea de investigación para distinguir si una obra se encuentra en dominio público o privado, que puede incluir un estudio acerca de la descendencia del autor.

c) Existen costos asociados en cuanto a la negociación y al tiempo invertido en ella.

d) Existen costos asociados a remuneración, la cual puede llegar a ser elevada.

e) Cuando se quiere realizar una obra derivada proveniente de varias obras originarias será necesario celebrar un contrato de licencia u otra forma contractual (como una cesión) con cada uno de los autores, lo que multiplica las dificultades señaladas anteriormente, para dar origen, por ejemplo, a una obra multimedia.

Es claro que estas desventajas repercuten negativamente en el proceso creativo de quienes aspiran a crear a partir de obras protegidas. Ya el estricto régimen de autorización para realizar usar una obra en dominio privado significa un obstáculo a la generación de obras derivadas, lo que se multiplica cuando el sistema común de otorgar dicha autorización presenta igual rigidez.

La forma en que se deberá otorgar esta autorización sobre obras que se encuentren disponibles en el entorno digital será, comúnmente, la de una licencia, lo que nos hace extrapolar las dificultades que hemos recién señalado y aplicarlas al escenario de un proceso de licenciamiento en el entorno Internet, dificultades que pensamos, se intensifican dadas las características de la Red, como veremos a continuación:

1) Existe una creencia por parte de los usuarios de que el contenido existente en Internet es de libre uso, por lo que lo utilizarán sin reflexionar acerca de la propiedad que sobre este material tenga una determinada persona.

2) Dentro la inmensidad de contenido existente en Internet, un gran porcentaje del material se difunde a través de la Red sin ser atribuido a su autor,

de manera que se desconoce; o bien, ha sido objeto de plagio, por lo que circula con un nombre distinto al verdadero.

3) En el momento en que un usuario esté conciente del hecho de que para utilizar lícitamente una obra que se encuentra “colgada” en Internet necesita autorización por parte del titular de los derechos de autor, deberá iniciar las tareas anteriormente descritas pero en un medio donde:

- i. se encuentra contenido proveniente de cualquier parte del mundo, y por lo tanto, de autores de todas partes del globo.
- ii. Existen aún mayores dificultades al momento de determinar quien es el titular de los derechos de autor sobre la obra.

Es de nuestra opinión que las legislaciones, si bien se han encargado de adaptar su normativa referente al sistema de Derechos de autor al entorno generado por las TICs no han llevado un proceso similar en lo que respecta a los sistemas de licenciamiento de los derechos exclusivos de autor. A este hecho se le suma que el entorno digital, como ya hemos afirmado, resulta un escenario donde el régimen de autorización se ve dificultado y, al mismo tiempo, como hemos conocido a lo largo de esta tesis, el dominio público se ve disminuido, lo que limita seriamente la posibilidad de creación por parte de cualquier persona que se encuentre interesada en ello. Frente a estas dificultades y la rigidez que plantea el sistema de licenciamiento, tal y como es acogido por nuestro sistema de derechos de autor, han surgido iniciativas que buscan flexibilizar el acceso y el posible uso de las obras en dominio privado.

Estos movimientos reconocen en lo que califican como una excesiva necesidad de autorización para la utilización de obras culturales, una limitación a la actividad creativa y al potencial de todo ente creador, por lo que aspiran a facilitar el proceso creativo por la vía de otorgar a los autores herramientas para que sean estos mismos los que determinen el grado de libertad en el uso de su obra por terceros.

Uno de los representantes de este movimiento, el cual reconocemos como uno de los más exitosos en cuanto a su utilización e internacionalización, es la organización *Creative Commons*. Nos centraremos en este exponente del movimiento de la cultura libre con el objetivo de averiguar si las herramientas propuestas e implementadas por *Creative Commons* –herramientas que consisten en una serie de licencias- son útiles y efectivas para flexibilizar el sistema de licenciamiento de aplicación general bajo la legislación de propiedad intelectual, y, de esta manera, si configura una respuesta a la necesidad de contar con un acervo de bienes culturales que puedan ser libremente utilizados beneficiando así la producción de nuevo contenido, promoviendo, de paso, la creatividad de todas las personas.

3. Las Obras Derivadas en el marco de las Licencias Creative Commons

3.1 La Organización Creative Commons

Creative Commons es una organización sin fines de lucro fundada el año 2001 por James Boyle, Michael Carroll y Lawrence Lessig, el profesor del Instituto de Tecnología de Massachussets Hal Abelson, Eric Saltzman, y el editor web de dominio público Eric Eldred²⁶³ con financiamiento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford y de la Sociedad del Dominio Público. La organización Creative Commons, que forma parte del movimiento de cultura libre, tiene como objetivo la difusión de la cultura y el fortalecimiento del contenido en dominio público y su principal modo de acción es a través de la introducción de nuevas licencias de *copyright*, las cuales conocemos como licencias Creative Commons o licencias CC, las que aparecen a finales del año 2002.

El nacimiento de Creative Commons se encuentra enmarcado por dos hechos. Por un lado, por la revolución digital de la que ha sido testigo el mundo en el siglo XX, generando drásticos cambios –especialmente en la segunda mitad de éste- en la

²⁶³ MARANDOLA, Marco. ¿Un Nuevo Derecho de Autor?: Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Derecho de autor. Barcelona, España. 2005. P. 63.

manera en que el mundo se comunica y en cómo se accede a la información y contenido gracias al desarrollo de las tecnologías. Ejemplo de estos cambios –de relevancia para nuestro trabajo- lo conforma la facilidad que otorgan las nuevas tecnologías para reproducir las obras de manera de obtener copias idénticas, a bajísimo costo y con gran rapidez, el acceso desde cualquier lugar del mundo a éstas, así como la posibilidad que brinda la tecnología digital de prescindir de un soporte tangible que contenga la obra, entre muchos otros. Por el otro, como ya hemos señalado *supra*, los cambios producidos por las TICs en la difusión y producción de obras impactaron en la protección tradicional de los derechos de autor, debiendo abarcar en su seno las formas de explotación a que daba lugar el nuevo entorno digital, lo que resultó en una intensificación de las normativas atinentes.

Para *Creative Commons* nuestra cultura ha pasado desde una tradición de “cultura libre” que es aquélla que contempla una gran cantidad de contenido a disposición de todos para que sea utilizada libremente, a una “cultura del permiso” donde, para utilizar una obra en cualquier modo, es necesario obtener el permiso del autor. Esta transición ha tenido como principal motivo la expansión de los derechos de propiedad intelectual que ha puesto bajo su control una enorme cantidad de bienes culturales, lo que afecta y limita directamente el uso creativo que se pueda dar de estos, transformándolo en ilegal, siendo que toda obra, todo producto cultural ha sido creado basándose en obras ajenas preexistentes. Esta realidad se ve contrastada con aquélla que aportan las tecnologías digitales: “la tecnología significa que ahora puedes hacer cosas asombrosas con facilidad, pero no puedes hacerlas legalmente con facilidad”.²⁶⁴

Se reconoce a la tecnología como una oportunidad para hacer algo por la cultura sin precedentes: todos podemos ser autores y nuestras obras pueden expandirse a todo el mundo: “si eres alguien musical, si eres artístico, si eres visual, si estás interesado en el cine, entonces hay mucho que puedes empezar a hacer en este

²⁶⁴ LESSIG Lawrence. Cultura Libre. Versión en español: CORDOVA Antonio/Elástico bajo licencia creative commons [en línea] LOM ediciones/ONG Derechos digitales. Chile. 2005. <http://www.derechosdigitales.org/culturalibre/cultura_libre.pdf> [Consulta: 12 de septiembre 2007]. P.

medio. Ahora puede ampliar y hacer honor a éstas múltiples formas de inteligencia²⁶⁵. Es así que “hay una inmensa cantidad de obra creativa difundida por toda la Red. Pero tal y como están diseñadas la leyes hoy día, esta obra presuntamente es ilegal. Esta presunción cada vez más congelará la creatividad²⁶⁶. La incertidumbre en cuanto a qué está permitido o no lo está en Internet sumado a altas penas por los usos en infracción a las leyes de propiedad intelectual produce, según Lessig, que una gran cantidad de creatividad nunca sea ejercida.

Además de las transformaciones de que puede ser objeto una obra que podríamos denominar “tradicionales” –entiéndase por éstas las adaptaciones, traducciones, antologías, etc.- la tecnología ha sido parte fundamental en nuevas formas de creación que han tenido su origen en el entorno digital, como es el *sampling*, las cuales requieren como condición para nacer la posibilidad de cortar y pegar contenido ajeno, organizarlo de una manera original y artística teniendo como resultado una obra con gran contenido creativo. Estas formas de arte, se ven obligadas a realizarse en la ilegalidad, a menos que se realicen sobre obras que se encuentren en dominio público, o bien que se haya obtenido autorización del autor. *Creative Commons* pretende determinar un espectro de contenidos que pueden ser empleados en forma fácil y seguramente como base para más contenidos.²⁶⁷ La principal herramienta de esta organización consiste en una serie de licencias que permiten al autor, en virtud de sus derechos exclusivos reconocidos y otorgados por el régimen de propiedad intelectual, autorizar el uso de sus obras bajo ciertas condiciones. De esto se desprende que uno de los principales objetivos de *Creative Commons* es la creación y fomento de un fondo de “bienes culturales comunes” que permita a los usuarios la creación de sus propias obras a partir de obras protegidas.

²⁶⁵ LESSIG Lawrence. Cultura Libre. op. cit. P. 51

²⁶⁶ *Ibíd.* P. 152

²⁶⁷ *Ibíd.* P. 227

3.2 Las Licencias Creative Commons

Pueden ser entendidas como una serie de formatos de licencia, que, a través de la combinación de varias cláusulas preestablecidas permite a los autores y artistas autorizar de antemano y en la forma señalada en el cuerpo de la misma el uso de su obra, y que pueden aplicarse a diversos tipos de creaciones, tales como música, fotografía, literatura, sitios web, ilustraciones, etc. Se caracterizan por ser mundiales, gratuitas, no exclusivas y permanentes.

Se inspiran en parte en la licencia GNU GPL (*GNU General Public Licence*) de la Free Software Foundation y por las leyes del *copyright*, las que, como hemos afirmado con anterioridad, se encuentran en considerable medida armonizadas con las normativas referentes al Derecho de autor, por lo cual se afirma que Creative Commons no se opone a estas normas –es más, los derechos exclusivos de explotación o patrimoniales otorgados por éstas conforman un supuesto necesario para que, a través de una de estas licencias, el autor pueda autorizar el uso de su obra- sino que busca flexibilizarlo, para pasar del característico “todos los derechos reservados” del *copyright* a la fórmula “algunos derechos reservados”, donde la obra, estando igualmente amparada por las normas de Derecho de autor, es libre de ser utilizada, cumpliendo con las condiciones establecidas en las licencias por el autor.

Concretamente, las licencias Creative Commons son un contrato, donde el autor – licenciante- autoriza de antemano el uso de su obra, autorización que estará formulada en ciertos términos elegidos de entre varios disponibles. Cuando una persona quiere hacer uso de esa obra licenciada, pasa a ser licenciatario, con lo cual queda sometido al cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en la licencia elegida por el autor. El acceso al conocimiento, a los bienes culturales que se encuentran en dominio privado se facilita entonces para las personas que desean hacer uso de la obra, que, como hemos dicho, se encuentra protegida automáticamente por la Ley de propiedad intelectual, sin tener que acudir al autor para que le otorgue su permiso. Los creadores que se sienten inclinados a autorizar el uso de su obra ya sea porque consideran valioso y deseable que su obra sea accesible por cualquier persona contribuyendo al

enriquecimiento del dominio público, bien, porque parten desde un modelo de negocios distinto al tradicional basado en la venta de discos o libros y consideran que las licencias CC son una buena oportunidad de difusión de sus creaciones donde el interés del autor se encuentra centrado, por ejemplo, en una mayor convocatoria a sus eventos, entre otras razones²⁶⁸.

Como ya se ha dicho, las licencias *Creative Commons* no se oponen al derecho de autor o leyes del *copyright*, sino que funcionan bajo su alero, teniendo estas leyes aplicación supletoria en lo no previsto por las licencias. Como hemos afirmado, una creación está protegida aún sin una intervención de su creador en orden a procurar esta protección. Estas formas contractuales permiten a los autores y artistas expresar su voluntad acerca del futuro de sus obras, pero no se pueden oponer a las disposiciones de la ley, por ejemplo, en materia de derechos irrenunciables. Serán ellos quienes determinen que su obra, en virtud de alguna de estas licencias, pueda ser accesible y utilizable en términos mucho más amplios, pero no absolutos, de los que dispone por defecto la ley. Si el autor ha decidido que desea compartir su creación y ponerla a disposición de toda persona que tenga interés en ella, valiéndose para esto de una licencia CC, lo que se aplica será la voluntad del autor para decir de que forma podrá ser usada, copiada o distribuida.

Desde el punto de vista práctico, las licencias *Creative Commons* consisten en once modalidades de licencia genéricas que tienen aplicación a nivel mundial. Uno de los factores que ha significado parte del éxito y reconocimiento obtenido por las licencias se encuentra en su internacionalización, ya que las licencias CC, para ser implementadas en un país dado, deben pasar por un proceso de adecuación normativa, de manera que las figuras jurídicas contenidas en ellas se adapten a las instituciones jurídicas existentes en cada país, por lo que pueden ser diferentes en conformidad con las leyes nacionales de cada uno en materia de propiedad

²⁶⁸ También se incluyen dentro de estos motivos la creencia –errónea, por lo demás– de ser *Creative Commons* anti-copyright.

intelectual²⁶⁹. Si bien los creadores que quieran licenciar sus obras con una licencia *Creative Commons*, pueden hacerlo a través de la adopción de una de las licencias genéricas, el proceso de implementación en cada uno de los países interesados significa que cualquier violación de los términos especificados en el cuerpo de la licencia, podrá ser conocido por un Tribunal del Estado en que *Creative Commons* se encuentre activo. Este proceso de adecuación normativa fue desarrollado en Chile para finalizar el año 2005. Fue realizado por el Sistema de Servicios de Información y Bibliotecas de la Universidad de Chile y la Organización No Gubernamental Derechos Digitales, siendo Alberto Cerda Silva el líder legal de *Creative Commons* Chile. Alberto Cerda considera el hecho que hayan sido estas organizaciones, “una entidad académica y una organización de la sociedad civil”, las encargadas de implementar las licencias *Creative Commons* en nuestro país de suma relevancia, puesto que “define las dimensiones que tiene *Creative Commons* en Chile, un fenómeno esencialmente arraigado en el mundo científico y académico, así como en organizaciones sociales”²⁷⁰

Además de este proceso de adecuación normativa, las licencias originalmente redactadas en inglés deben ser traducidas a los distintos idiomas pertenecientes a los países donde se pondrá en práctica *Creative Commons* directamente. Entre otros idiomas, han sido traducidas al castellano, al portugués y al catalán a través del proyecto *Creative Commons International*.

3.3 Modalidades de Licencia *Creative Commons* Chile

Hemos dicho que existen distintas modalidades o tipos de licencias *Creative Commons*. Se trata de un número limitado de combinaciones de determinadas y

²⁶⁹ MARANDOLA, Marco, op. cit., p. 68

²⁷⁰ CERDA Silva, Alberto, Implementación Nacional. En: Seminario Asignación de Derechos de Propiedad Intelectual en las Instituciones Públicas y Universidades para Promover el Acceso al Conocimiento, GONZALEZ López, Rodrigo et al. Comercial Gráfica Ltda., Santiago, Chile, 2007. p. 104

distintas propiedades de manera que el creador pueda elegir aquélla que mejor satisface sus intereses En Chile se encuentran vigentes las siguientes^{271-272:}

-	Atribución	b		
-	Atribución - No comercial	b	n	
-	Atribución - Licenciar Igual	b	a	
-	Atribución - Sin Derivadas	b	d	
-	Atribución - No comercial - Licenciar Igual	b	n	a
-	Atribución - No comercial - Sin Derivadas	b	n	d

Estas licencias resultan de la combinación de las siguientes condiciones:

- Atribución (by): El creador permite el uso de su obra en los términos señalados en la licencia, siempre y cuando se reconozca su autoría, es decir, que se reconozca al autor de la obra mediante la inserción de su nombre o seudónimo.

- No comercial (nc): Las obras licenciadas bajo el término “no comercial” no podrán ser explotadas con finalidades comerciales.

²⁷¹ Otros tipos de licencia CC que no se encuentran activas directamente en nuestro país son: Music Sharing, Public Domain (pd), Developing Nations (devnations), Founders Copyright (fc), CC-GNU GPL, CC-GNU LGPL, Sampling,

²⁷² Se agregan los símbolos o logos creados por *Creative Commons* para reconocer la licencia a la cual está sujeta la obra. Obtenidos en *CREATIVE COMMONS*. Press Kit. [en línea] <<http://creativecommons.org/presskit>> [Consulta: 18 de abril de 2008]

- Sin derivadas (nd): La condición “sin derivadas” significa que el licenciatarlo podrá hacer uso de la obra, pero sin que este uso incluya la posibilidad de transformar la obra original con el objetivo de realizar obras derivadas a partir del contenido licenciado con *Creative Commons*.

- Licenciar Igual (sa): En su versión original *Share alike* (Compartir igual), comprende las facultades que se le da al licenciatarlo de hacer uso de la obra pero en el caso de que elabore una obra derivada a partir de la obra licenciada, debe igualmente licenciar ese trabajo bajo las mismas condiciones en que se encontraba licenciada la obra originaria. Es decir, si el autor dispuso –a través de una licencia CC- que su obra no podría ser utilizada para uso comercial, la obra derivada deberá ser licenciada de la misma forma.

La combinación de estas cuatro modalidades da origen a las distintas licencias. Por ejemplo, una licencia Atribución – No comercial – Licenciar igual significará que el contenido licenciado puede ser usado y transformado siempre este uso y transformación no sea con fines comerciales y que las obras derivadas que surjan producto de la modificación o transformación del trabajo en que se basó su creación sean compartidas bajo las mismas condiciones que éste último.

Una vez que el autor o artista ha seleccionado el tipo de licencia que más se acomoda a sus fines o intereses a través de Internet, el sistema otorga tres esquemas generales:

- El contrato redactado en lenguaje jurídico (*Legal Code*), el cual consiste en la licencia en sí misma, redactada en términos legales.

- La licencia en términos comprensibles (*Common Deed*) que establece el contenido de la licencia pero de manera inteligible para la generalidad de las personas.

- El denominado *Digital Code* el cual permite que “la obra sea susceptible de localizarse en Internet mediante buscadores que disponen de búsquedas avanzadas al

efecto tales como Google y Yahoo²⁷³. Este sistema facilita el acceso de los usuarios al material licenciado con *Creative Commons*, ya que “automatiza la búsqueda y recuperación, vía Internet, de los contenidos sujetos a este tipo de licencia.”²⁷⁴

Este triple esquema ha facilitado el acceso de los usuarios que no necesariamente se encuentran familiarizados con el lenguaje jurídico al entendimiento del sistema *Creative Commons*. También cabe destacar el uso del *Digital Code* por cuanto si estas obras no tuvieran un modo de poder ser recuperadas entre la infinidad de obras publicadas en Internet no sería un sistema eficaz y eficiente respecto al objetivo de la Organización *Creative Commons*, esto es, fomentar el contenido en dominio público y hacer accesible a todas las personas los bienes culturales que son licenciados: “estas aplicaciones permitirán asociar cada trabajo creativo con su dominio público o tipo de licencia de forma automática. La idea de los constructores de *Creative Commons* es acostumbrar a la gente a usar aplicaciones de búsqueda online para encontrar, por ejemplo, fotografías de libre circulación, bajo una sola condición de uso: que el fotógrafo original esté debidamente acreditado. Lo mismo sucede con las canciones y con otras obras que pueden ser copiadas, distribuidas o experimentadas sin restricción alguna usando este espacio de intercambio como laboratorio de creación.”²⁷⁵

3.3.1 Licencias *Creative Commons* Chile y contenido del Derecho de autor

Ya hemos señalado qué son y cómo funcionan las licencias *Creative Commons*. Hemos explicado también que estas licencias conforman el medio a través del cual el autor podrá autorizar a terceros para utilizar su obra bajo los términos y condiciones señalados en ellas. Lo que nos interesa en este apartado es analizar las licencias CC

²⁷³ CERDA Silva, Alberto. op. cit. p. 104

²⁷⁴ COSTA Navarro, Catalina. Perspectiva constitucional del derecho de autor en el entorno digital. Profesor guía: VARAS Alfonso Paulino. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007 P. 59

²⁷⁵ VERCELLI, Ariel, *Creative Commons y la Profundidad del Copyright* [En línea] <<http://www.arielvercelli.org/ccylpdc/>> [Consulta: 12 de diciembre de 2007]

en el contexto de la legislación chilena para luego reconocer las disposiciones de aquéllas que se refieren al contenido del Derecho de autor y el tratamiento que hacen de éste, comprendiendo tanto el derecho patrimonial como el derecho moral.

El encabezado de las licencias *Creative Commons* Chile señala que la obra sobre la cual se otorgan se encuentra protegida por derechos de autor y/u otras leyes aplicables, quedando prohibido todo uso de la obra que no esté autorizado en los términos señalados en ella o en la Ley de propiedad intelectual. Se entiende, además, que por el hecho de hacer ejercicio de los derechos otorgados en la licencia, se acepta y se consiente a las obligaciones emanadas de ésta²⁷⁶. De estas disposiciones se desprende que la obra licenciada con *Creative Commons* está amparada por el Derecho de autor, de manera que la licencia CC “superpone a la regulación legal un estándar contractual. Ese contrato prevalece sobre el contenido de la ley, pero en lo no previsto por él opera por defecto la ley”²⁷⁷. El hecho de que la Ley de propiedad intelectual rija en forma supletoria en estas licencias importa que en aquellos países en que se han adaptado ha sido necesario que éstas pasen, en un primer momento por una etapa de revisión y adecuación normativa, debido a que las licencias originales se encuentran basadas en el sistema de *copyright* imperante en los Estados Unidos, sistema que, como ya hemos señalado presenta, a pesar de los avances logrados a través de tratados internacionales, diferencias con el derecho de autor. En aquellos países en que se ha determinado la activación de las licencias *Creative Commons*, abogados locales han procurado, además de la traducción de las licencias, la adaptación de éstas al ordenamiento y a las instituciones jurídicas del país. En este proceso es necesario contrastar las cláusulas contenidas en la licencia con la legislación nacional para evitar que las primeras atenten contra la segunda²⁷⁸ y que se

²⁷⁶ CREATIVE COMMONS. Licencia *Creative Commons* Atribución 2.0 (Chile), [en línea] <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/cl/legalcode>> [Consulta: 12 de septiembre de 2007].

²⁷⁷ CERDA Silva, Alberto, op. cit P. 103

²⁷⁸ En la adaptación de las licencias *Creative Commons* Chile, se modificaron las licencias de la versión original en inglés en orden a adecuar las disposiciones de éstas a nuestra legislación nacional sobre propiedad intelectual, ya sea para apropiar los conceptos a los reconocidos en la Ley 17.336 (como se puede apreciar a lo largo de la cláusula primera “Definiciones”, o en la segunda, titulada “Uso legítimo”,

traten instituciones jurídicas pertenecientes a la legislación norteamericana desconocidas en otro sistema jurídico, como por ejemplo, el chileno.

Las Licencias *Creative Commons*²⁷⁹ se dividen en secciones, dedicándose la primera de ellas a definir ciertos términos para su cabal comprensión. Entre ellos se encuentran las definiciones de obra individual, colectiva y en cooperación; obra originaria y derivada y otros, para luego, en la sección segunda establecer que el otorgamiento de la licencia CC no podrá significar en ningún caso una limitación o restricción a los derechos derivados del uso legítimo, del agotamiento u otras limitaciones o excepciones a los derechos del titular de los derechos de autor que le reconocen las leyes, es decir, “sea cual sea la licencia establecida (por ejemplo, aunque se hubiera excluido la transformación y los usos comerciales), cualquiera puede utilizar la obra para llevar a cabo una cita”.²⁸⁰

Cuando revisamos las licencias que operan en el régimen general de Derecho de autor, señalamos que éstas deben cumplir los requisitos de toda autorización, es decir, aquellos nombrados en el artículo 20 de la Ley 17.336. A este respecto las licencias *Creative Commons* se encargan de especificar en su sección o cláusula tercera los derechos que se otorgan a través de la licencia, explicitando que para que esto sea así es necesario que se cumplan los términos y condiciones señalados en ella.

Además dicha sección tercera se encarga de señalar que la licencia tiene el carácter de no exclusiva, gratuita, con un ámbito de aplicación mundial y en cuanto al tiempo por el que se otorga, éste será permanente. Como ya hemos señalado, las licencias gratuitas se conforman con nuestra legislación de propiedad intelectual, mas

donde se agregan los términos limitaciones y excepciones debido a que así se denomina en nuestra legislación a las restricciones de los derechos del titular de los derechos de autor, entre otros casos); para un mejor entendimiento de las cláusulas, o bien, suprimiendo instituciones desconocidas en nuestro derecho (por ejemplo, en el caso de la cláusula 4. e II y 4. f de la versión original en inglés).

²⁷⁹ Nos referiremos en lo que sigue a las Licencias *Creative Commons* en su versión legal o extendida, a la que hemos reconocido como *Legal Code*.

²⁸⁰ XALABARDER, Raquel, op. cit. P. 10

cabe agregar que dicha gratuidad se extiende sólo a los derechos autorizados con la licencia *Creative Commons* de manera que “el autor puede autorizar (y cobrar por) cualquier acto de explotación que autorice más allá de la licencia CC (especialmente si ha excluido los usos no comerciales y las obras derivadas)”.²⁸¹

La sección cuarta señala las restricciones a las que está sujeta la licencia, por lo que contendrá las obligaciones a las que se somete el licenciataria, como el hecho de limitarse el uso de la obra a usos no comerciales o la obligación de licenciar bajo iguales términos la obra derivadas que se generen, según la licencia de que se trate. Además se contiene, en toda licencia, la obligación de mantener intactos los avisos referentes a estar la obra licenciada con *Creative Commons*, así como la prohibición de distribuir, exhibir públicamente, ejecutar públicamente, o poner a disposición pública la obra con alguna medida tecnológica de seguridad que controle el acceso a la obra o la utilización de ella de una forma que sea inconsistente con las condiciones de la licencia. Así también, toda licencia CC contiene la obligación de mantener intactos todos los avisos relativos a derechos de autor para la obra, dando el razonable crédito al autor.

La sección 5, que se titula “Garantía”, es una cláusula de exoneración de responsabilidad en la cual se exime al licenciante de garantías de cualquier clase respecto a la obra. Asimismo, en la cláusula sexta se exime al licenciante de cualquier daño, ya sea por responsabilidad contractual o extracontractual, objetiva o subjetiva, ya se trate de daños morales o patrimoniales, directos o indirectos, previstos o imprevistos producidos por el uso de esta licencia o de la obra en sí misma.

La sección siguiente se refiere a la terminación de la licencia en el caso en que el licenciataria incurra en incumplimiento de los términos contenidos en ella. Se agrega que no obstante la licencia otorgada es permanente mientras se encuentre en dominio privado, el licenciante se reserva el derecho a publicar y/o estrenar la obra bajo condiciones de licencia diferentes o a dejar de distribuirla en los términos estipulados

²⁸¹XALABARDER, Raquel, op. cit. P. 9

en ella. Pero aún en el caso en que se lleven a cabo alguno de estos actos, no tendrán estos efectos retroactivos, es decir, a pesar de que el Licenciante decida publicar o divulgar su obra bajo distintos términos o bien, retirarla, no se afectará a las licencias ya concedidas. Por esto es que, como se indica en la sección 3, las licencias CC tienen el carácter de perpetuas, mientras la obra se encuentre amparada por el derecho de autor.

Las licencias Creative Commons hacen referencia a los derechos patrimoniales del autor o entidad que creó la obra, como hemos dicho, en su sección tercera, cuyo contenido varía según el tipo de licencia de que se trate.

En las licencias que se pueden considerar como las más amplias al otorgar mayores permisos –siendo éstas las licencias Atribución y Atribución-Licenciar igual- la sección tercera dispone:

“Bajo los términos y condiciones de esta Licencia, el Licenciante otorga a Usted una licencia mundial, gratuita, no exclusiva y permanente (durante todo el período de vigencia de los derechos de autor) para ejercer estos derechos sobre la Obra tal y como se indica a continuación:

- a. Reproducir la Obra, incorporar la Obra en una o más Obras Colectivas, y reproducir la Obra incorporada en las Obras Colectivas;
- b. Crear y reproducir Obras Derivadas;
- c. Distribuir copias de las Obras, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública, incluyéndolas como incorporadas en Obras Colectivas, según corresponda;
- d. Distribuir copias de las Obras Derivadas que se generen, exhibirlas públicamente, ejecutarlas públicamente y/o ponerlas a disposición pública.
- e. Cuando la Obra es una composición o interpretación musical el Licenciante se reserva el derecho exclusivo de percibir, ya sea individualmente o a través de una sociedad de gestión de derechos (p. ej. SCD u otras), los derechos por ejecución pública o puesta a disposición pública de la Obra (p. ej

webcast), si dicha ejecución está básicamente intencionada o dirigida a obtener un provecho comercial o una compensación monetaria privada.”²⁸²

Como ya hemos indicado, el contenido de esta cláusula varía dependiendo del tipo de licencia que se trate, así como también varían las condiciones y obligaciones que imponen al licenciatario (sección cuarta). Así en el caso de la licencia Atribución, el licenciatario podrá reproducir, transformar, distribuir y comunicar al público la obra licenciada, en formato original o modificado, con cualquier fin, siempre y cuando se atribuya debidamente su autoría, condición que se encuentra presente en todas las licencias. En la licencia Atribución-Licenciar Igual, se pueden realizar todos los usos como en la licencia Atribución, pero bajo la condición de que las obras derivadas que se generen sean usadas bajo la misma licencia. Por su parte, la licencia Atribución – Sin Derivadas, significa un ejercicio negativo del derecho de transformación, por lo cual no se podrá crear obras derivadas a partir de la obra licenciada con esta condición. Es decir, sólo se puede hacer uso de la obra en su formato original, con cualquier finalidad, a diferencia del permiso otorgado con una licencia Atribución-No comercial-Sin Derivadas, la cual sólo permite los usos sobre la obra original pero no puede ejercer ninguno de los derechos que se le han otorgado en la cláusula tercera, de modo que estén “principalmente destinados o directamente dirigidos a conseguir un provecho comercial o una compensación monetaria privada”.²⁸³ Lo mismo ocurre con la licencia Atribución-No Comercial, pero la diferencia se encuentra en que bajo esta licencia si se podrán producir obras derivadas y en la licencia Atribución-No Comercial-Licenciar igual, obligando esta última a licenciar el uso que se haga de la obra, con una licencia igual.

Como sabemos, el derecho patrimonial confiere sólo a quien es el titular del derecho de autor las facultades de utilizar por sí mismo la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella, o bien, autorizar su utilización por terceros. A

²⁸² CREATIVE COMMONS. op. cit.

²⁸³ Atribución- No Comercial – Licenciar Igual 2.0, cláusula 4.c

través de las licencias Creative Commons, el autor, haciendo uso de su derecho exclusivo, concede un permiso sobre su obra, de manera que, otorgando este permiso de manera clara para el licenciataria, cumpliendo, como hemos revisado los requisitos señalados en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, en nada se contradice la legislación nacional.

Respecto de los derechos morales, las licencias CC nada dicen al respecto, pero sí se refieren –todas ellas- a la obligación de reconocimiento de autoría. La imposibilidad de excluir esta condición en una licencia *Creative Commons* se conforma con nuestra legislación nacional ya que ésta consagra el derecho moral de paternidad. Como las licencias guardan silencio respecto de los demás derechos morales, se entiende que esta materia se encuentra regida por la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual. Por lo tanto podríamos concluir que las licencias Creative Commons no implican, en sí mismas, un desconocimiento ni una reducción de los derechos que la legislación sobre derecho de autor reconoce a los creadores.

3.4 Creación de Obras Derivadas a partir de una autorización otorgada a través de una licencia *Creative Commons*

3.4.1 Licencias *Creative Commons* y obras derivadas en su relación con la Ley de propiedad intelectual

De la descripción que hemos hecho anteriormente se desprende que las licencias CC no se oponen a la protección que brinda la ley a las obras intelectuales, sino que se superponen a la regulación general. Bajo esta noción, las licencias CC suponen una autorización anticipada que hace el autor, autorización que se encuentra sometida a las condiciones establecidas en la licencia.

Esta superposición del sistema de licenciamiento de las *Creative Commons* sobre el régimen de aplicación general produce que en todo aquello que las licencias CC no se pronuncian, será aplicable la legislación referente a propiedad intelectual. Es por

esto que resulta de interés analizar el grado de “separación” entre el régimen general de licenciamiento y aquél que brinda la utilización de estas licencias, separación que, vistos los estrictos requisitos que impone la legislación sobre derecho de autor, deberían significar una mayor flexibilidad y accesibilidad para el uso de contenido protegido y, para lo que nos convoca, la creación de obras derivadas.

Para esto analizaremos las distintas condiciones presentes en las licencias *Creative Commons* que hemos explicado anteriormente, con el objeto de concluir si se apartan o no del sistema de licenciamiento general.

- **Atribución:** La condición “atribución” presente en toda licencia CC, constituyendo su contenido mínimo, se condice con la calidad de derecho moral de autor del derecho de paternidad sobre la obra. Desde el punto de vista de nuestra legislación, esta condición no se aparta de esta por cuanto el reconocimiento de paternidad es un derecho irrenunciable: el hecho de que no se pueda excluir esta condición de las licencias *Creative Commons* por parte del autor se ajusta a nuestro Derecho.

Se presentan interrogantes, sin embargo, en lo referente al derecho a mantener la obra anónima que asiste al autor en el caso en que éste lo desee, también derecho moral de autor, que se encuentra consagrado en la Ley 17.336 en el artículo 14 N° 5 como el derecho del autor de exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras se encuentre en dominio privado. Al respecto, el apartado o sección cuarta de las licencias CC que, como ya sabemos, contienen las restricciones a las que está sujeta la autorización, señala que la atribución de paternidad de manera de dar al autor originario razonable crédito se debe hacer por los medios o métodos que el licenciataria esté utilizando para expresar el nombre o seudónimo, si es del caso, del autor original si se facilita. Es de nuestra opinión que esta última frase –“si se facilita”- recoge la circunstancia de desconocerse la autoría original de la obra en uso cuando el autor ha decidido publicar su obra en forma anónima.

- Sin-derivadas: La condición sin-derivadas tiene su fundamento en un derecho exclusivo del titular de los derechos de autor cual es, el derecho de transformación. Con la inclusión de la condición Sin-Derivadas se hace un ejercicio negativo del derecho patrimonial de transformación de manera que no se podrían generar obras derivadas a partir de la obra licenciada con una licencia CC que incluya tal término.

Como ya hemos mencionado, uno de los requisitos para que una autorización, y por consiguiente, para que una licencia sea válida es la especificación de los derechos que se otorgan y no son reconocidos más derechos al licenciatarario que aquéllos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza, por lo que se debe entender que una licencia que se encuentra regida directamente por la legislación sobre propiedad intelectual sólo comprenderá la producción de obras derivadas si expresamente el licenciante se remite a este permiso en el cuerpo de la licencia.

Siendo esta la regla general, nos parece que el hecho de que en las licencias *Creative Commons* sea necesario señalar que se excluye la posibilidad de crear obras derivadas, posibilidad que queda clara al plantearse la licencia CC "Atribución" como la licencia "por defecto", se decanta este sistema de licencias por el acceso de los usuarios a las obras para su transformación y generación de obras derivadas mas que por la protección del monopolio del titular de los derechos de autor.

Podríamos afirmar por lo tanto, por el hecho de ser la regla general bajo la legislación de derechos de autor la necesidad de obtener una autorización específica sobre el derecho de transformación, mientras que en las licencias *Creative Commons* se requiere la exclusión del otorgamiento de dicho derecho, que dentro de este sistema de licencias la regla general pasa a ser la posibilidad de creación de obras derivadas. Claro está que todas aquellas licencias *Creative Commons* que no incluyen el término "SinDerivadas" contienen en su sección tercera la autorización para crear obras derivadas, mientras que las licencias

“Atribución-SinDerivadas” y “Atribución-SinDerivadas-NoComercial” la omiten como ocurre en las licencias amparadas directamente por el régimen general de Derecho de autor. Lo que hace *Creative Commons* al disponer como su licencia básica la licencia “Atribución” es establecer un sistema en que se entiende, fácil y rápidamente, que se podrá dar origen a obras de segunda mano siempre que no se incluya la restricción que las prohíbe, lo que en caso de contravención permite entablar no sólo acciones por infracción a los derechos de autor, sino también una acción por incumplimiento contractual.

- NoComercial: Esta condición de las licencias *Creative Commons* establece, como ya hemos expresado, que la obra licenciada –como también las obras derivadas en su caso- sólo puede ser utilizada para usos no comerciales. Como dicha expresión evidentemente se encuentra sujeta a diversas interpretaciones, la sección cuarta de la versión extensa de la licencias CC que contienen la restricción “NoComercial” señala que no podrán ser ejercidos por el licenciatario ninguno de los derechos otorgados en la sección tercera de modo que estén “principalmente destinados o directamente dirigidos a conseguir un provecho comercial o una compensación monetaria privada”, precisando luego que “el intercambio de la obra por otras protegidas por derechos de autor, ya sea a través de un sistema para compartir archivos digitales (digital file-sharing) o de cualquier otra manera no será considerado como estar destinado principalmente o dirigido directamente a conseguir un provecho comercial o una compensación monetaria privada, siempre que no se realice un pago mediante una compensación monetaria en relación con el intercambio de obras protegidas por derechos de autor”. Según Rafael Sánchez Aristi “eso parece significar que no todo beneficio económico, directo o indirecto, que pueda obtener el licenciatario, equivale a un «uso comercial» en el sentido de las licencias CC, de donde el licenciatario podría emplear o aplicar la obra en el seno de una actividad empresarial o profesional, no obstante explotar la obra licenciada sin condicionar el uso o acceso al cobro de un precio o contraprestación directa. La indeterminación de este concepto está llamada a ser fuente de controversias, y podría provocar que los jueces y tribunales de

cada uno de los países en los que se empleen licencias CC, hagan una diferente interpretación del mismo.”²⁸⁴

En relación a si esta cláusula se aparta o no del régimen general de autorización previsto por la legislación de derechos de autor, al respecto se puede afirmar que a diferencia de lo que sucede con la restricción “SinDerivadas”, la decisión del autor de no permitir la explotación comercial de su obra o de las que se deriven de ella no encuentra apoyo en uno de los derechos exclusivos que le reconoce el Derecho de autor, de lo cual podemos desprender dos consecuencias: la primera de ellas es que en el marco de la legislación sobre derechos de autor “entre las prerrogativas legalmente reconocidas al autor no está la de imponer que los cesionarios se abstengan de efectuar una explotación comercial de su obra, o de obras derivadas a partir de la suya. Si el autor quiere agregar esa condición a la hora de ceder o transmitir sus derechos de explotación puede hacerlo, pero el incumplimiento de la misma determinará consecuencias en el plano contractual, no en el plano de la injerencia en los derechos de propiedad intelectual del licenciante”²⁸⁵. La

²⁸⁴ SÁNCHEZ Aristi, Rafael, Las Licencias Creative Commons: Un Análisis Crítico Desde El Derecho Español [en línea] <<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/civil/las-licencias-creative-commons-un-analisis-critico-desde-el-derecho-espanol>> [consulta: 30 de agosto de 2008]

²⁸⁵ Rafael Sánchez opina que, sin embargo, existe un derecho de explotación sobre el cual se presentan dudas al momento de excluir el uso comercial de las obras licenciadas, siendo éste el derecho de distribución pues que la legislación española –así también la chilena- al describirlo señala que existen “consideraciones al posible carácter comercial o lucrativo del que efectúa la explotación” refiriéndose la ley de propiedad española a que el derecho de distribución puede efectuarse mediante venta, alquiler, préstamo (público), o de cualquier otra forma, mientras la Ley sobre propiedad intelectual chilena indica que la distribución al público puede efectuarse mediante venta o cualquier otra transferencia de propiedad, siendo la venta y el alquiler medios de distribución que, como especifican las licencias CC, están principalmente destinados o directamente dirigidos a obtener un provecho comercial o una compensación monetaria privada. Sanchez señala que, de acuerdo a esto, “la cesión del derecho de distribución, si va acompañada de la prohibición de usos comerciales, no podría comprender la modalidad de cesión mediante venta ni por medio de alquiler (actividades que permiten hablar de beneficio mercantil o de remuneración monetaria privada como objetivo principal de las mismas), sino sólo la donación y el préstamo público. Así las cosas, la cesión de ese derecho no lo es en toda su extensión, como en cambio da a entender no ya sólo su mención inicial sin cortapisas, sino la definición que del concepto de distribución se ofrece en el primer apartado de la versión extensa (Legal Code) de (todas) la(s) licencia(s): «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma» lo que lleva al profesor español a considerar

segunda consecuencia, que se desprende de la anterior es que al momento de ocurrir una contravención a la restricción “NoComercial”, el licenciataria queda expuesto a una acción por incumplimiento contractual, y al no descansar la facultad de excluir el uso comercial de las obras licenciadas en un derecho exclusivo de autor, no cabría en este caso una acción por infracción de la legislación sobre propiedad intelectual.

- LicenciarIguar: el término LicenciarIguar, como hemos señalado establece la condición de que una vez utilizada la obra, la obra derivada sea licenciada en iguales términos que la originaria. Es por esto que sólo es posible incluir esta cláusula cuando se ha optado por las licencias que no contienen la restricción “NoDerivadas”.

Como hemos señalado, por medio de la cláusula “LicenciarIguar” (la cual se encuentra en las licencias Atribución-LicenciarIguar y Atribución–NoComercial–LicenciarIguar) el licenciataria se obliga a que una vez creada la obra derivada sea ésta compartida en iguales términos a la obra originaria, de manera que la licencia adoptada para la obra de segunda mano deberá excluir o no los usos comerciales según corresponda.

Por otra parte, al igual que la restricción “NoComercial”, “LicenciarIguar” no descansa en un derecho exclusivo de autor con las consecuencias ya señaladas para el caso de la primera y de la misma forma en el sistema general de licenciamiento esta cláusula no se entiende incorporada a menos que se establezca en el texto de la licencia en forma expresa.

inoportuno el hecho de que las licencias *Creative Commons* “abarquen conjuntamente derechos tan diferentes como los de reproducción, distribución, comunicación pública, y lo hagan además para provocar una cesión de los mismos en toda su extensión, siendo así que estos derechos se descomponen en diversas modalidades, algunas sustancialmente distintas de otras”.

Como hemos dicho al principio de este apartado, intentamos establecer si el sistema de licenciamiento de *Creative Commons* aporta a la flexibilidad y al acceso a las obras para su transformación en comparación al régimen de autorización de aplicación general bajo la legislación sobre propiedad intelectual.

Del análisis realizado se puede estimar que es posible, a través de una licencia regulada por el régimen general de derechos de autor, lograr igual combinación de derechos y facultades otorgadas al licenciataro mediante la incorporación de cláusulas y/o derechos a ésta, para algunos casos, o bien, omitiendo la autorización para producir obras derivadas, en otros, gracias a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, se debe considerar que de querer lograrse el mismo efecto que produce una licencia *Creative Commons* a través de la incorporación de una renuncia sobre derechos patrimoniales de autor, por ejemplo, en una página *web* esta debería ser simple y no se podrían acompañar las condiciones no comercial y licenciar igual, lo que tiene trascendencia en cuanto al uso que el autor desea que se dé a su obra. Además, este tipo de autorización se distanciaría enormemente de aquél que es el objetivo fundamental de *Creative Commons* de formar un fondo de bienes culturales comunes accesibles por todos ya que dichas obras no serían fácilmente recuperables en Internet, pues si bien se encuentran disponibles para que los usuarios hagan uso de ellas su acceso será difícil al momento de crear.

Es la combinación de los términos que hemos tratado, que da origen a las seis diferentes licencias CC, la que permite establecer si efectivamente existe a través del licenciamiento con *Creative Commons* una mayor posibilidad de generar obras derivadas. Para hacer este análisis utilizaremos para contrastar las licencias CC, la definición de “obras culturales libres” y de “Licencias de cultura libre” de FreedomDefined.org²⁸⁶.

²⁸⁶ (<http://freedomdefined.org>) nace con el objetivo de dar una definición de las condiciones que deben concurrir para que una obra cultural pueda ser denominada como libre, en vista de que *Creative Commons* –a diferencia de las licencias de la Free Software Foundation- no otorgaba un concepto de aquéllas, para así identificar, entre otros modelos de licencia, si todas las licencias CC corresponden a licencias libres.

The Definition of Free Cultural Works indica ciertas condiciones o requisitos que debe cumplir una licencia para poder ser denominada como “libre”. Las licencias de cultura libre, para ser tales, no deben importar el despojo de los derechos del autor, son siempre opcionales en cuanto a su aceptación, y en el caso de ser aceptadas garantizan libertades que las leyes de *copyright* no proveen y no limitan o reducen las limitaciones o excepciones a las leyes sobre propiedad intelectual.

Las “libertades esenciales” que debe otorgar una licencia, sin limitaciones, para calificar como licencia de cultura libre son las siguientes²⁸⁷:

- La libertad de usar y ejecutar la obra: las licencias de cultura libre deben permitir que el licenciataria haga todo tipo de uso, privado o público, de la obra. Para las obras en que sea relevante, es necesario que se incluya la libertad relacionada a los derechos afines, es decir a ejecutar o interpretar la obra.
- La libertad de estudiar la obra y aplicar la información: el licenciataria debe estar autorizado para estudiar la obra y aplicar el producto de su examen de cualquier manera.
- La libertad de redistribuir copias: Esta libertad se refiere a la posibilidad del licenciataria para vender, intercambiar, o transferir su propiedad a título gratuito las reproducciones de una obra, ya sea como parte de una obra mayor, una colección, o independientemente. “No debe haber límite a la cantidad de información que se puede copiar. Tampoco debe haber límites sobre quien puede copiar la información o donde puede copiarse.”²⁸⁸
- La libertad de distribuir obras derivadas: La licencia debe permitir la distribución de una versión modificada u obras derivadas de la obra original

²⁸⁷ The Definition of Free Cultural Works [en línea] <<http://freedomdefined.org/Definition/Es>> [Consulta: 30 de agosto de 2008]

²⁸⁸ Ídem

licenciada, sin que sea de relevancia la intención y el propósito de las modificaciones. No obstante, en este punto es posible aplicar restricciones que se refieren por una parte a derechos morales de autor –paternidad- y a cláusulas de tipo “*copyleft*”, es decir, de colaboración simétrica.

Frente a estos requisitos, resulta evidente, como se desprende de nuestro estudio de las licencias *Creative Commons* que las licencias CC que contienen la cláusula “SinDerivadas” no cumplen con la libertad de producir y distribuir obras derivadas. Estas son las licencias “Atribución-SinDerivadas” y “Atribución-NoComercial-SinDerivadas” las cuales frente a esta definición, si bien permiten la reproducción, distribución, comunicación y ejecución pública de la obra no se configuran como licencias “libres” propiamente tales.

Por otro lado, aquellas licencias CC que incluyen la condición o restricción “NoComercial” (según *FreedomDefined.org* no son libres debido a que tal cláusula hace que la obra licenciada en tales términos sea incompatible con contenido libre, incluso cuando la licencia que restringe la utilización de la obra a usos no comerciales permite la generación de obras derivadas puesto que “No se puede hacer un trabajo derivado a través de la adición de contenido -NC, ya que ya no puede aplicar la licencia (más liberal) «Compartir-Igual» al trabajo entero. Esto es cierto incluso para las propias licencias de Creative Commons: no se puede combinar, por ejemplo, contenido BY-SA con contenido BY-NC-SA”²⁸⁹. Al mismo tiempo, la incorporación de este término podría significar la exclusión de usos básicos y que podrían ser provechosos y deseables por el autor –como la inserción de publicidad en publicaciones en línea o modalidades de suscripción, etc.-

Por lo tanto, y desde el punto de vista de la *Definition of Free Cultural Works* que hemos tratado en esta oportunidad, las licencias CC que se podrían catalogar como libres son la licencia Atribución y Atribución-LicenciarIgual ya que ambas cumplen con

²⁸⁹ The Definition of Free Cultural Works. Los argumentos a favor del uso libre: Razones por las que no usar una licencia Creative Commons –NC [en línea] <<http://freedomdefined.org/Licenses/NC/Es>> [Consulta: 30 de agosto de 2008]

las libertades esenciales que ya hemos mencionado, sobre todo en cuanto a aquello que nos interesa, es decir, a la posibilidad de generar obras derivadas. La segunda de las licencias que hemos nombrado incorpora la cláusula del *copyleft*, es decir, aquella que impone licenciar la obra derivada en iguales términos que la originaria, cláusula que como vimos al tratar las libertades esenciales no es óbice a éstas. Además, y como toda licencia *Creative Commons*, la adopción de una de estas licencias descarta la utilización de medidas tecnológicas de protección. Se puede concluir entonces que son estas licencias las que representan el grado mayor de apertura que ofrece el sistema de las licencias *Creative Commons*, permitiendo realizar todo tipo de actos sobre las obras licenciadas las que podrán ser explotadas con cualquier finalidad. Licenciar una obra con la licencia Atribución equivale prácticamente –en relación a su uso- a que la obra se encuentre en dominio público, ya que aún en este caso se debe respetar el derecho de paternidad del autor.

No obstante la definición de licencias de cultura libre con que hemos trabajado, que nos ha permitido dilucidar qué tipo de licencias son las menos restringidas en cuanto a los actos que se podrán realizar con respecto a la obra licenciada, consideramos relevante para la producción de obras derivadas todas aquellas licencias *Creative Commons* que no contengan la cláusula “SinDerivadas”, incluyendo aquellas que limitan su explotación a usos no comerciales. Estas licencias (Atribución, Atribución-LicenciarIgual, Atribución-NoComercial, Atribución-NoComercial-LicenciarIgual) permitirán al usuario interesado en crear a partir de la transformación de una obra preexistente, utilizarla lícitamente, aceptando los términos y transformándose así en licenciarios. Esta característica de las *Commons*, cual es, aplicarse como una autorización anticipada, permite al público-usuario omitir el proceso de localización del autor y negociación de las autorizaciones con éste o con la entidad de gestión colectiva respectiva, de manera que con sólo encontrar la obra licenciada sin la condición “Sin-Derivadas” a través de los motores de búsqueda en Internet y respetar los términos establecidos en ella, se podrá dar origen a la obra derivada que desee.

Sin embargo, debemos considerar que para *Creative Commons* las licencias que han formulado son herramientas que ponen el poder de decisión en los autores,

circunstancia que tendrá relevancia al momento de su aplicación. A este tema nos dedicaremos en el siguiente apartado.

3.4.2 La aplicación de las licencias *Creative Commons* en la creación de obras derivadas

En el acápite anterior hemos llegado a la conclusión de que, en teoría, las licencias Creative Commons contribuyen a la creación de obras derivadas, facilitando y dando certeza al proceso creativo construido en base a obras preexistentes

Por un lado, las licencias *Creative Commons* se hacen cargo de aquellas desventajas que reconocimos en el sistema de licenciamiento de aplicación general bajo el derecho de autor, ya que da solución a los problemas de localización del licenciatario y en la negociación de las autorizaciones. Al consistir en un sistema de autorizaciones previas, los usuarios, cumpliendo las condiciones señaladas en las licencias, podrán utilizar las obras, gratuitamente. Se puede afirmar incluso que las licencias CC facilitan el proceso de negociación particular, para aquellos usos no cubiertos por la licencia, entre el licenciante y el licenciatario. De manera, que si bien las licencias *Creative Commons* se nos presentan como formatos de licencias predeterminadas, o como contratos de adhesión, lo que les aporta una rigidez en sí mismas, facilitan el acceso del usuario al autor de la obra en cuestión para solicitar la autorización correspondiente a un uso en específico no comprendido en el cuerpo de la licencia. A su vez, por el hecho de ser no exclusivas, el autor podrá otorgar otras licencias sobre su obra bajo distintas condiciones.

Por otro lado, las autorizaciones previas a través de *Creative Commons* permiten la generación de obras derivadas, siempre y cuando no se excluya esta posibilidad.

Sin embargo, como sabemos, para que estas licencias cumplan, por sí mismas, con el objetivo de asegurar contenido disponible para su transformación por parte de los usuarios, deben concurrir necesariamente dos condiciones:

a) La primera de ellas la reviste la decisión efectiva del autor de licenciar sus creaciones a través de una licencia *Creative Commons*. Esto significa que el acceso a determinados bienes culturales y su posible transformación creativa por medio de su licenciamiento con *Creative Commons* se encuentra supeditado a la voluntad del autor. Por lo mismo, se debe entender que este acceso se encuentra limitado a aquellas obras licenciadas a través de este sistema.

b) La segunda condición consiste en que el autor, al momento de licenciar su obra, no restrinja la producción de obras derivadas a través de la condición “Sin derivadas”. Sólo así el licenciatario podrá transformar la obra licenciada en orden a crear algo nuevo dentro de la legalidad, a menos que contacte al autor para negociar directamente la posibilidad de obtener la autorización para la producción de obras derivadas cayendo nuevamente en la regla del régimen general de autorizaciones. El arbitrio del creador en relación a la restricción de la generación de trabajos derivativos se ve limitada en el caso en que el nuevo licenciante se encuentre vinculado como licenciatario de una obra anterior a partir de la cual era permitida la generación de obras derivadas, bajo la condición “Licenciar-igual”,

A partir de dichas condiciones podemos concluir que tanto la cantidad de contenido disponibilizado a través las licencias CC, como las potenciales transformaciones a partir de éste son circunstancias que se encuentran subordinadas a la voluntad de los autores. Es en este punto donde parece de gran importancia el análisis del alcance e impacto real de *Creative Commons* en la generación de bienes culturales comunes, esto es, dilucidar cómo los creadores, dada la posibilidad de flexibilizar el régimen impuesto por el derecho de propiedad intelectual a través de estas licencias, la implementan y aplican en sus obras, análisis que necesariamente debe hacerse contrastando las opciones que brindan las licencias CC con la realidad. Es por esto que trataremos de responder las siguientes preguntas: ¿cuántas obras se encuentran licenciadas bajo *Creative Commons*?, ¿qué licencias son escogidas preferentemente

por los autores? y ¿cómo repercuten los datos anteriores para la creación de obras derivadas?

3.4.3 Datos relacionados con la aplicación de las licencias Creative Commons

Como nuestro estudio se centra en las obras licenciadas con CC que se encuentran en la Red, las herramientas que nos permitirán conocer las respuestas a las preguntas recién formuladas serán principalmente motores de búsqueda en Internet. Cabe hacer notar que “la estimación de la adopción de licencias es una ciencia muy inexacta. No existe una fuente oficial y –Creative Commons- no tiene control ni conocimiento interior de la construcción y volatilidad de las fuentes más amplias: los motores de búsqueda *web*”^{290 291}

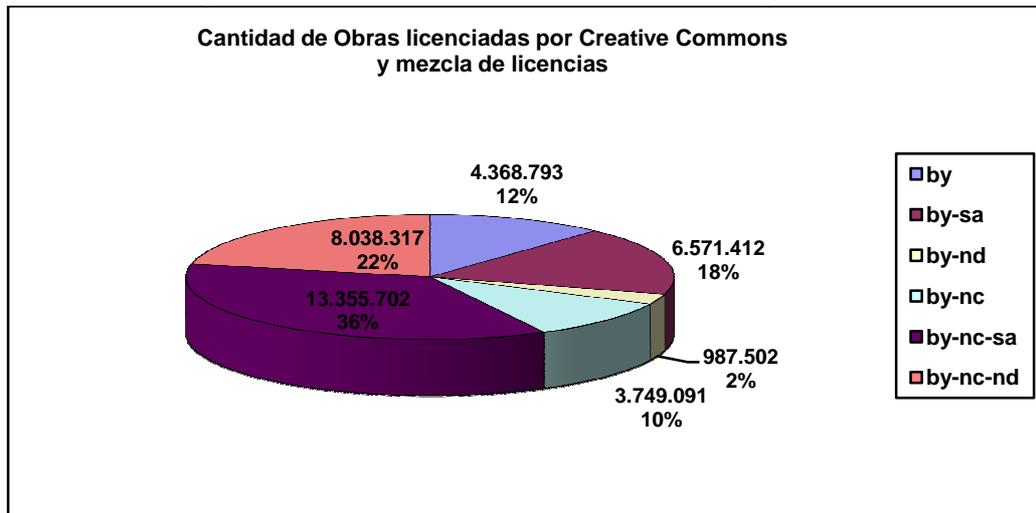
Al momento de querer establecer el número de obras licenciadas con *Creative Commons* en Internet, y determinar la tendencia de los licenciantes al momento de escoger los términos de autorización, el resultado de la búsqueda es el que aparece en la figura 1²⁹².

²⁹⁰ http://wiki.creativecommons.org/License_statistics Traducción personal desde el inglés.

²⁹¹ Para este apartado nos hemos basado en parte por el estudio realizado por el profesor de la *Singapore Management University*, Giorgos Cheliotis a inicios del año 2007, el cual cuenta con el respaldo de la organización *Creative Commons*. Fuente: CHELIOTIS Giorgos [en línea] <<http://hoikoinoi.files.wordpress.com/2007/07/cc-monitor-findings-ismmit.pdf>> Por otra parte, nos basamos en el generador de estadísticas de *Creative Commons* http://www.openbusiness.cc/cc_stat/. Hemos elegido guiarnos por el número de enlaces devueltos (backlinks) por el buscador Yahoo ante la solicitud de las páginas que enlazan a los *Deeds* de la licencia.

²⁹² Utilizando el buscador Google la mezcla de licencias mantiene similares proporciones: by:11%, by – sa: 18%, by – nd: 3%, by – nc: 8%, by – nc- sa: 38%, by- nc – nd: 23%.

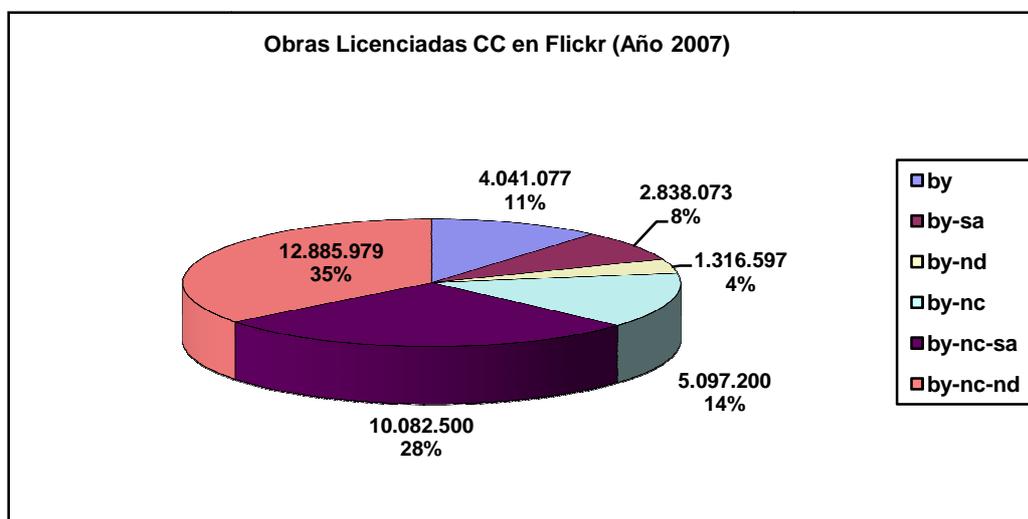
Fig. 1



El total de obras licenciadas con Creative Commons para el año 2007, según el número de enlaces, es de 37.070.817 obras disponibles en Internet. Sin embargo, el profesor Cheliotis afirma que gran parte del material licenciado a través de CC se encuentra en comunidades en línea, destacando, sobre todo, a la comunidad Flickr²⁹³. Para el tiempo del estudio en análisis la mezcla de licencias *Creative Commons* en Flickr se presentaba de la siguiente forma (Fig.2):

²⁹³ Flickr es una aplicación *web* para administrar y compartir fotografías e imágenes en línea. Al momento de “colgar” una foto a través de Flickr es dada la posibilidad de licenciarla con *Creative Commons*. <http://www.flickr.com>

Fig.2



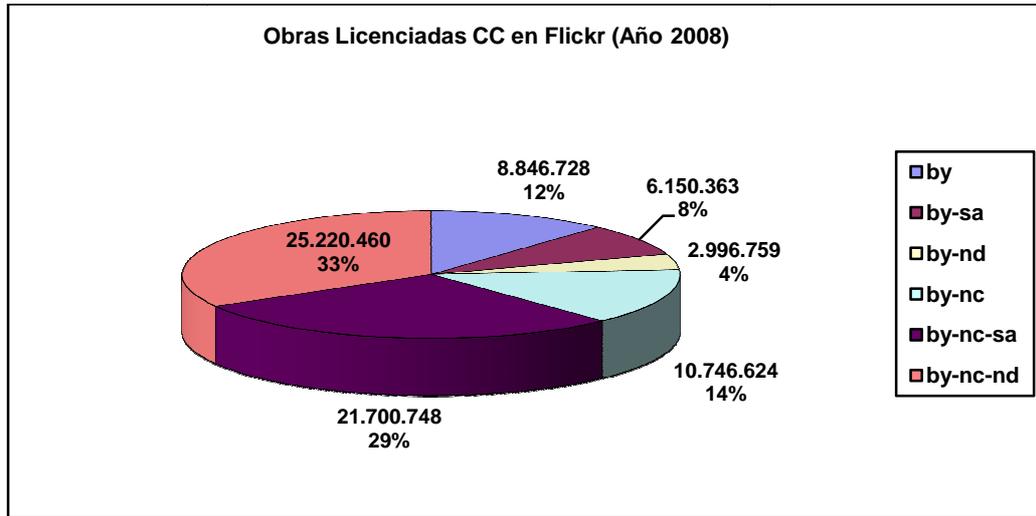
Flickr afirmaba contar con más de 36 millones de obras licenciadas con *Creative Commons* (año 2007), lo que llevó a Chielotis a calcular la presencia de más de 60 millones de obras disponibles en Internet licenciadas de esta forma²⁹⁴. Sin duda, dicho número se ha visto fuertemente incrementado, ya que para julio de 2008, Flickr demuestra que sus usuarios han licenciado más de 75 millones de obras a través de *Creative Commons*²⁹⁵, en un universo de más de 2 billones de obras, lo que demuestra cómo, en menos del lapso de un año, se han duplicado en dicha página las obras que permiten determinados usos de parte de cualquier usuario. De acuerdo con esto, las estimaciones del CEO de *Creative Commons*, Joichi Ito, acerca del total de obras licenciadas con CC es de 130 millones para julio del año 2008.²⁹⁶

²⁹⁴ CHELIOTIS, Giorgos. *Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project*. [en línea] 2007 <<http://hoikoinoi.files.wordpress.com/2007/07/cc-monitor-findings-ismmit.pdf>> [Consulta: 30 de julio de 2008] P.9

²⁹⁵ FLICKR. *Creative Commons* [en línea] <<http://www.flickr.com/creativecommons/>> [Consulta: 30 de julio de 2008]

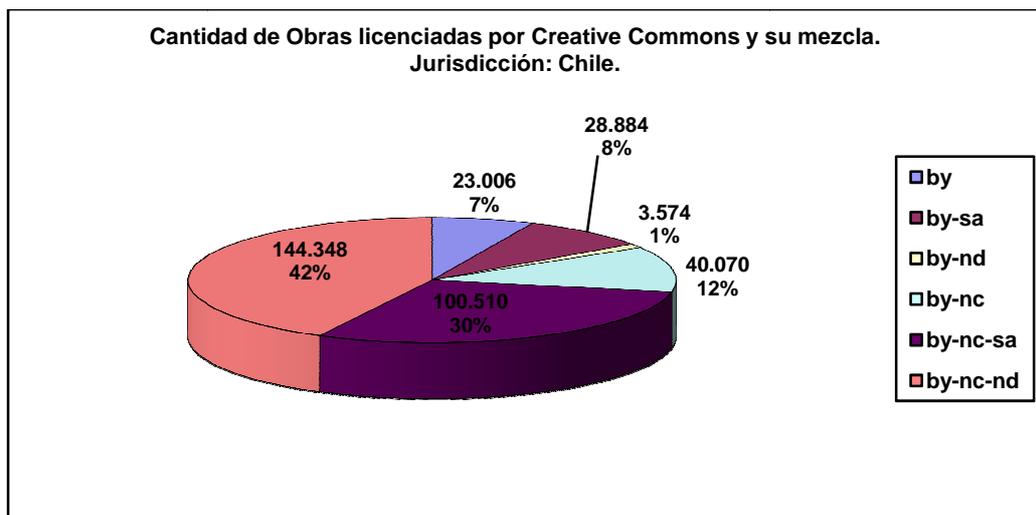
²⁹⁶ ITO, Joichi, *Joi's Keynote at the iCommons Summit 2008*. [en línea] 2008 <<http://www.slideshare.net/joi/jois-keynote-at-the-icommons-summit-2008/>> [Consulta: 2 de septiembre de 2008]

Fig.3



A su vez, se calcula que bajo la Jurisdicción Chile se han licenciado cerca de 350.000 obras con las licencias *Creative Commons*. La figura 4 no considera aquellas obras que, a pesar de provenir de autores domiciliados en Chile, licenciaron su obra bajo licencia genérica.

Fig.4



De los datos entregados podemos concluir que la masa de obras licenciadas con *Creative Commons* es considerable. Sin duda esta apreciación es relativa, debido a la enorme cantidad de contenido disponible en Internet. Pero a esta apreciación se pueden sumar una serie de consideraciones que destacan la cantidad de material disponibilizado con *Creative Commons* a través de la Red.

Por una parte, un usuario que desee crear libremente a partir de una obra preexistente, pero sin las trabas que significa hacerlo desde una obra sometida al régimen general de autorizaciones, podrá acceder a través de los motores de búsqueda de Internet al material licenciado con CC de su interés y para el uso que desea darle. En este sentido, la suma de las obras licenciadas con *Creative Commons* no se “diluyen” en el mar de contenido que es Internet.

Por otra, este contenido licenciado con CC se caracteriza por estar compuesto en su mayoría, por obras recientes, lo que podemos contrastar con aquéllas disponibles para su uso libre en razón del transcurso del plazo de protección que establecen las legislaciones sobre propiedad intelectual, las que pueden llegar a tener más de un siglo de antigüedad. Este hecho toma especial importancia en el caso de ensayos, estudios, y críticas, los que estarán actualizados al tiempo de su utilización por el usuario licenciatarario de *Creative Commons*.

Finalmente, cabe destacar el hecho de la rápida progresión en el tiempo de la cantidad de obras licenciadas con *Creative Commons*. La causa se debe, en parte, a factores de promoción, a la adaptación de las licencias CC a las legislaciones de los distintos países -47 naciones a la fecha-, a la cláusula “vírica” del *copyleft* LicenciariIguale de alguna de las obras licenciadas, y se relacionan también con la moda que ha impuesto el movimiento de la cultura libre entre los internautas.

En cuanto a las mezclas de licencias, los datos anteriores muestran claramente una tendencia de parte de los creadores por restringir el uso comercial y creativo de su obra, mostrando una fuerte preferencia por las licencias “Atribución-NoComercial-

LicenciarIgual” y “Atribución-NoComercial-SinDerivadas”, mientras que se advierte que las licencias moderadas son las menos elegidas. Llama la atención estos datos, ya que, si observamos los datos de la Jurisdicción Chile, la suma de las licencias que permiten la creación de obras derivadas, sin tomar en cuenta si se permite el uso comercial o se incorpora la condición “LicenciarIgual” es aproximadamente el 57% del total de contenido licenciado con CC. Sin embargo, el 43% de las obras son licenciadas directamente con la licencia “Atribución-NoComercial-SinDerivadas”. Podemos concluir de este dato, que teniendo los autores la opción de licenciar su obra en amplios términos, optan por la licencia más restrictiva, con el fin de proteger la explotación comercial o bien, evitar el uso malicioso de su obra, y así también, gran parte de este contenido se encuentra amparado bajo licencias que limitan la libertad comercial y creativa de los usuarios.

De la paleta de opciones que significan las licencias CC, varias de ellas fueron ideadas por la Organización *Creative Commons* para ser dirigidas a la creación por parte de los usuarios de obras derivadas, bajo la comprensión de que un sistema así daría paso a un fondo de bienes culturales comunes, reconociendo en la tecnología digital la oportunidad que reside en que cada persona pueda desarrollar sus potencialidades creativas. Pero, una vez que hemos revisado la relevancia y el reconocimiento de dicha participación en el desarrollo de los pueblos y de la misma persona humana en diversos instrumentos internacionales, nos parece que las facilidades en el licenciamiento de los productos culturales, no alcanza a cubrir las necesidades creativas de todas las personas de una comunidad y ciertamente, dichas necesidades son de tal entidad, que su satisfacción no debería quedar sólo en mano de la buena voluntad o en el aprovechamiento de nuevos modelos de negocios por parte de los autores.

CONCLUSIÓN

A lo largo de esta investigación, hemos tenido como premisa el hecho de que para crear es fundamental servirse de creaciones ajenas preexistentes, y la utilización que se haga de aquéllas puede ser desde el punto de vista de la experiencia e inspiración y/o desde el punto de vista de la manipulación y transformación de dichas obras.

Reconociendo este hecho, intrínseco a la creación humana, el Derecho de autor otorga protección a los autores de las obras derivadas o de segunda mano, comprendiendo que aún cuando la obra, en términos jurídicos, no es totalmente original –y es en términos jurídicos, porque difícilmente, por la naturaleza del proceso creativo que hemos explicado en nuestro primer capítulo, se podría afirmar que existen obras que sean en su totalidad originales ya que todas resultan o son producto de obras que alimentaron la experiencia del autor- posee contenido creativo y es por esto amparado su autor con iguales derechos a aquél que crea una obra originaria.

Relacionamos la posibilidad de dar origen a obras derivadas con el derecho que tienen los miembros de una comunidad para crear y participar así en la vida cultural de su país. Es de nuestro pensamiento, que para satisfacer dicho derecho no es necesario que se cree en orden a generar obras maestras, ya que el desarrollo personal de las personas parte de las más pequeñas y triviales creaciones, del ensayo y error en el hacer y en el crear y por esto pensamos que el generar obras derivadas, que, como tales, poseen originalidad y contenido creativo, es una alternativa útil para fomentar la creatividad y el uso de herramientas creativas, dando una respuesta a las exigencias y necesidades sociales de libertad de creación, de participación y de acceso a la cultura, entre otras.

Pero el escenario que se nos presenta precisamente ha revolucionado lo que llamamos tan ambiguamente “cultura”. Las nuevas tecnologías quiebran el paradigma de la difusión y el acceso al contenido, a las obras intelectuales y artísticas. Y no sólo

eso, las herramientas de la era digital permiten que toda obra análoga sea susceptible de digitalización, y de transformaciones así como de creación a través de recursos informáticos. Frente a este escenario, el Derecho ha respondido en su misión de proteger los intereses de los autores, extendiéndose a las obras en el entorno digital y fortaleciendo los derechos exclusivos de aquéllos, lo que ha producido una fuerte disminución de lo que está permitido hacer o utilizar sin recurrir al autor por autorización, autorización que por las mismas razones por el cual el acceso se multiplica, es en demasía difícil de obtener. Si se desea crear libremente habrá que conformarse con utilizar obras en dominio público, obras que fueron creadas hace 70 años o más o que por otra causal formen parte del patrimonio cultural común. La otra vía, como ya hemos dicho, es localizar al autor para realizar una negociación particular o a la entidad de gestión colectiva de derechos de autor, tarea que como hemos visto se caracteriza por ser difícil y costosa.

El panorama se presenta así con una intensiva protección a los derechos de autor, y una descuidada aplicación y salvaguarda de los derechos de acceso y participación en la creación de la comunidad. La inclinación por el primero de estos derechos, en defensa, primordialmente, no de los autores, sino de la industria de los productos culturales, y el desequilibrio que ésta produce, tiene un impacto negativo en la participación de aquellos creadores no profesionales o *amateur*, los cuales ven limitado su campo de acción para crear, acción que desde los inicios de la humanidad se basa en la imitación.

Este estado de cosas da origen a movimientos y organizaciones como *Creative Commons*, que sin alejarse demasiado del sistema del *copyright*, busca “devolver” la decisión de qué se puede o no realizar con sus obras a aquéllos que les dieron origen, y que sean estos, los autores y artistas, los que determinen lo que se puede o no hacer con su obra. *Creative Commons* apela al hecho de que desde siempre se ha creado a través de tomar elementos de obras pasadas y que intereses comerciales han llevado a extender los plazos de protección para que determinadas obras no caigan en el dominio público.

Desde este punto de vista, *Creative Commons* pretende que los autores contribuyan a formar un fondo de bienes culturales comunes al que se pueda recurrir para servir de base y materia prima de nuevas creaciones. *Creative Commons* demuestra en sus postulados que su objetivo no radica especialmente en la protección de los autores, ya que al no negar las reglas del derecho de autor se pueden valer estos de la protección que este conjunto de normas les asegura, sino en el acceso del público en general y la posibilidad de generar obras derivadas. Si el derecho de gozar de los bienes culturales y de participar libremente en la vida cultural reconoce el derecho y la libertad de crear a cada individuo, la manera de facilitar la creación de obras derivadas de *Creative Commons* podría significar un aporte al ejercicio de este derecho, por cuanto cualquier persona que accede a estas obras podría, gratuitamente, y con la ayuda de las herramientas de las nuevas tecnologías, convertirse en creador, pues a pesar de que el derecho de autor tienen como fin último el bienestar cultural de la sociedad, es evidente que en la actualidad los intereses de los autores se han superpuesto a los de los usuarios. Por otra parte tenemos, y también siendo evidencia del enfoque al creador no profesional de *Creative Commons*, el efecto que se logra obtener en quienes acceden a la red Internet, donde no existe certeza de aquello que se puede utilizar o no, de aquello que está protegido o no, lo que tiene consecuencias en la actitud de los usuarios frente a la creación, ya que la falta de certeza acarrea que los usuarios eviten crear a partir de obras ajenas por el temor de incurrir en una violación de las leyes sobre propiedad intelectual.

Las ventajas que representa el sistema de licenciamiento con *Creative Commons* radican en que es una manera sencilla de que los autores autoricen determinados usos sobre su obra, planteando al autor sus opciones de manera simple y entendible. Además, a diferencia de otras licencias similares, se han adaptan a las legislaciones nacionales sobre la materia, lo que evita su contraposición con el ordenamiento interno. Por otra parte, la recuperación de las obras está garantizada con la introducción de un metadata en las licencias, de manera que se construye realmente un fondo de obras que permiten, en un mayor o menor grado, su utilización

Sin embargo, *Creative Commons* parte de la base, como hemos dicho, de que la decisión de compartir y permitir el uso de su obra radica en cada usuario. Y es en este momento en el que nos debemos preguntar si el desarrollo de la cultura de nuestras sociedades, si las innovaciones y la creatividad de cada persona puede depender de la voluntad de los autores, haciéndose caso omiso de que las obras culturales, por formarse de herencia, de imitación, inspiración y transformación, deben parte de su existencia a la misma colectividad.

Es de nuestro pensamiento que si bien *Creative Commons* busca un punto medio entre los intereses privados y los colectivos, a través de las herramientas disponibles bajo el régimen de propiedad intelectual, como son los contratos de licencia, sólo la ley puede hacerse cargo de reestablecer el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y aquellos que garantizan el acceso a la cultura y a la participación en su generación, a través del establecimiento de un adecuado régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, el cual se caracteriza, en nuestra legislación actual, por ser insuficiente y escueto, sobre todo frente a los últimos cambios producidos en nuestra legislación sobre propiedad intelectual, como el aumento del plazo de protección a 70 años después de la muerte del autor y frente a los cambios introducidos por las nuevas tecnologías.

Actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley²⁹⁷ que modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, proyecto de ley que introduce y reformula una serie de excepciones y limitaciones, las cuales, señala el mensaje de dicho proyecto, buscan “conjuguar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto”²⁹⁸. Contempla la eliminación de los párrafos III y IV del Capítulo V de las ley 17.336, pasando a estar contenidos en un Título IV denominado Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos. El proyecto, que ha sido

²⁹⁷ N°Boletín: 5012-03. Fecha de ingreso: Miércoles 2 de Mayo, 2007. Actualmente –mayo de 2008- se encuentra en Segundo trámite constitucional

²⁹⁸ Sistema de Información Legislativa. Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual [en línea] <http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5012-03> [Consulta: 04 de noviembre de 2007]

elaborado atendiendo a las opiniones de los distintos sectores de interesados, contempla una serie de excepciones y limitaciones, referentes a la ampliación del derecho de cita, excepción a favor de discapacitados que sin formatos especiales no podrían acceder a la obra (artículo 71 D del proyecto) Se contempla una serie de excepciones, novedosas en la legislación nacional, concernientes a bibliotecas y archivos abiertos al público (artículo 71 J a 71 Ñ), para fines educacionales, programas computacionales y copia temporal. Además, como norma de cierre al Título III se incorpora la “Regla de los Tres Pasos” por la cual se faculta la declaración de nuevas excepciones siempre y cuando se traten de casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución o del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

La tramitación exitosa de dicha ley y la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de otras medidas, como la institución de agotamiento del derecho de distribución por primera venta, más el fomento de iniciativas de licenciamiento libre como *Creative Commons* que permiten a los usuarios tener mayor certeza acerca de las posibilidades de utilización de las obras que tienen a su disposición (lo que resulta importante, por ejemplo, al momento de otorgar mayores certezas a los ISP en el caso de la incorporación a nuestra legislación del sistema de “notificación y bajada) y que dan luces sobre el estado y la utilización de los bienes culturales, darán paso a un aprovechamiento de aquello que la Sociedad de la Información nos ofrece: mayor participación creativa de todos y para todos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ¿Qué es la OMPI? [en línea] <<http://www.wipo.int/about-wipo/es/what/>> [Consulta: 20 de octubre 2008]
2. ALVARADO Sandoval, Francisco Javier, VEGA, Angélica. Publicidad y derecho de autor: la protección jurídica de la obra publicitaria y la utilización de obras preexistentes en publicidad; profesor guía: Santiago Schuster Vergara. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile 2000
3. ALVAREZ, Daniel, Derecho de autor y cultura, (texto borrador), Cursos de Formación General
4. ANGUIA Villanueva, Luís. Derechos Fundamentales y propiedad intelectual: El acceso a la cultura. En: LA CRUZ Mantecón, Miguel et al, Propiedad intelectual, Derechos fundamentales y Propiedad industrial. Reus. Madrid, España. 2005.
5. ANTEQUERA Parilli, Ricardo. El Derecho de comunicación pública de las Obras Protegidas por el Derecho de Autor [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Derecho%20comunicacion%20publica.pdf> [Consulta: 3 de junio de 2008]
6. BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo *et al.* Manual de Propiedad Intelectual. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003
7. BERNIER, Iván. Catálogo de Instrumentos internacionales relativos a la cultura y a los productos culturales. [en línea] <http://www.incp-ripc.org/w-group/wg-cdg/catalogue_s.pdf> [Consulta: 2 de noviembre de 2007]
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Propiedad intelectual: cómo adecuar la ley en los tiempos del cortar/pegar [en línea] 01 noviembre de 2007 <http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-31.5537830925/temas_profundidad_view> [Consulta: 1 de noviembre 2007]
9. CAMPUSANO Sáez, Rogelio, El marco legal en Chile para Asignación y licenciamiento. En: Seminario Asignación de Derechos de Propiedad Intelectual en las Instituciones Públicas y Universidades para Promover el Acceso al Conocimiento, GONZALEZ López, Rodrigo et al. Comercial Gráfica Ltda., Santiago, Chile, 2007
10. CARBAJO, Fernando. Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual. Colex. Madrid. 2002
11. CARDON, Dominique, La Innovación por el uso. En: Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información. (edición

tetralingüe en francés, castellano, inglés y portugués), AMBROSI Alain *et al.* C & F Éditions. Caen, Francia, 2005.

12. CASACUBERTA Sevilla, David, Creación colectiva: En Internet el creador es el público. Gedisa, Madrid, España, 2003
13. CERDA Silva, Alberto, Implementación Nacional. En: Seminario Asignación de Derechos de Propiedad Intelectual en las Instituciones Públicas y Universidades para Promover el Acceso al Conocimiento, GONZALEZ López, Rodrigo *et al.* Comercial Gráfica Ltda., Santiago, Chile, 2007.
14. CHAPMAN R. Audrey La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>> [Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2008]
15. CHELIOTIS, Giorgos. *Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project.* [en línea] 2007 <<http://hoikoinoi.files.wordpress.com/2007/07/cc-monitor-findings-isummit.pdf>> [Consulta: 30 de julio de 2008]
16. CHILE. Decreto 1.122 de 17 de mayo de 1971.
17. CHILE. Ministerio De Educación Pública. Ley 17.336 sobre Propiedad intelectual de 2 de octubre de 1970.
18. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 28 de 1 de Febrero de 2003: Promulga el Acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español
19. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto N° 312 de 31 de Diciembre de 2003: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado. Capítulo Diecisiete: Derechos de Propiedad Intelectual.
20. Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre de 2007]
21. Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787
22. Constitución Española de 1978.
23. Constitución Política de la República de Chile

24. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas [en línea] <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html> [Consulta: 03 de marzo de 2008]
25. COSTA Navarro, Catalina. Perspectiva constitucional del derecho de autor en el entorno digital. Profesor guía: VARAS Alfonso Paulino. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007
26. CREATIVE COMMONS. Licencia Creative Commons Atribución 2.0 (Chile), [en línea] <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/cl/legalcode>> [Consulta: 12 de septiembre de 2007].
27. Debate general sobre el tema del derecho a participar en la vida cultural, reconocido en el artículo 15 del Pacto llevado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 7 de diciembre de 1992.
28. Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información Ginebra 2003 – Túnez 2005, 12 de mayo de 2004, [en línea] <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html> [Consulta: 18 de diciembre de 2007]
29. Denuncia de Editora Jurídica Manuel Montt S.A. contra Editorial Jurídica de Chile Rol N° 83-97 FNE. Dictamen de la Comisión Preventiva Central. 23 de Mayo de 2007. RDJ1422, MJJ1422
30. DEPARTAMENTO DE DERECHOS INTELECTUALES. Preguntas frecuentes. [en línea] <http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/faq.asp> [Consulta: 26 de septiembre de 2007].
31. Desarrollo humano: Informe 1990, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, [en línea] <<http://indh.pnud.org.co/files/rec/definiciondh.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2007].
32. DONDERS, Yvonne, Cultural Life in the context of Human Rights, Day Of General Discussion On The Right To Take Part In Cultural Life, Article 15(1)(A) Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, 9 May 2008.
33. ERDOZAIN López, José Carlos. Derechos de autor y Propiedad Intelectual en Internet. Tecnos. Madrid. 2002
34. ESQUIVIAS Serrano, María Teresa (2004) "Creatividad: definiciones, antecedentes y aportaciones" [en línea]. Revista Digital Universitaria. 31 de enero de 2004, <<http://www.revista.unam.mx/vol.5/num1/art4/art4.htm>> [Consulta: 15 de diciembre de 2007].

35. ESTALELLA, Adolfo. De la cultura de la remezcla a la creatividad colectiva [en línea]
<<http://www.zemos98.org/festivales/zemos987/pack/pdf/adolfoestalella.pdf>>
[consulta: 10 de marzo de 2008]
36. ESTEVE, Lydia. Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet. Comares, Granada. Universidad de Alicante. 2006
37. FERNÁNDEZ-MOLINA J. Carlos. PEIS Eduardo. Los Derechos Morales De Autor en un Entorno Electrónico. [en línea]
<<http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3461-03/662.pdf>> [Consulta: 30 de marzo de 2008]
38. FERRER Mercedes, Creatividad en Internet [en línea] Tribuna Complutense, 12 de abril de 2005 <www.ucm.es/info/ucmp/cont/descargas/documento3464.pdf>
[Consulta: 15 de diciembre de 2007]
39. GARCIA López, Marcial. El concepto de creatividad. Evolución histórica [en línea]
http://congressos.blanquerna.url.edu/spucp/Pdfs/Garc%EDa_MaqCong05.pdf
[Consulta: 15 de mayo de 2008]
40. GARROTE Fernández-Díez Ignacio. El Derecho de Autor en Internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la directiva 2001/29/CE. Comares. Granada, España. 2003 2ª ed.
41. Glosario de derecho de autor y derechos conexos. OMPI. Ginebra. 1980
42. GONZÁLEZ, Jerónimo, Cuando resplandece el relámpago... (Concepto de Creatividad. Etapas en el Proceso Creativo) [en línea]. 17 de junio de 2007
<<http://www.compascreativo.com/?p=22>> [Consulta: 15 de diciembre de 2007]
43. GRONI Christian, The right to take part in cultural life, Documento informativo presentado con ocasión del Día De Debate General sobre el Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto), COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Naciones Unidas, viernes 9 de mayo de 2008.
44. HARVEY Edwin R., Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales, Documento informativo presentado con ocasión del Día De Debate General sobre el Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto), COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Naciones Unidas, viernes 9 de mayo de 2008.
45. HERRERA Sierpe Dina. Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17.336 y sus modificaciones. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1999. 495p

46. Historia de la Ley 19.227, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997,[en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19227/LEY_19227_COMPLETA.pdf> [Consulta: 4 de noviembre de 2007]
47. Historia Fidedigna de la ley 19.891, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2003, [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19891/BOOKMARK_19891.pdf> [Consulta: 4 de noviembre de 2007]
48. ITO, Joichi, Joi's Keynote at the iCommons Summit 2008. [en línea] 2008 <<http://www.slideshare.net/joi/jois-keynote-at-the-icommons-summit-2008/>> [Consulta: 2 de septiembre de 2008]
49. JARAMILLO Gajardo, Paula, Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor: desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. profesor guía Alberto Cerda Silva, Memoria (magíster en derecho) Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Programa de Magíster en Derecho. 2008.
50. JIJENA Leiva Renato, PALAZZI Pablo, TÉLLEZ Julio. El derecho y la sociedad de la información: la importancia de Internet en el mundo actual. TEC de Monterrey, Campus Estado de México: Miguel Ángel Porruá. México. 2003.
51. LACRUZ Mantecón, Miguel, L. IGLESIAS Rebollo, César *et al.* Propiedad intelectual, Derechos Fundamentales, Propiedad Industrial. Madrid, España. Reus. 2005
52. LEPAGE, Anne. Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital. e-Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. enero-marzo de 2003 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696S.pdf>> [Consulta: 28 de octubre de 2008]
53. LESSIG Lawrence, The Future of Ideas, The Fate of the Commons in a Connected World [en línea] Random House, Nueva York, Estados Unidos de América, 2001. <<http://the-future-of-ideas.com>> Con licencia *Creative Commons* BY-NC. [Consulta: 15 de julio de 2008]
54. LESSIG Lawrence. Cultura Libre. Versión en español: CÓRDOVA Antonio/Elástico bajo licencia creative commons [en línea] LOM ediciones/ONG Derechos digitales. Chile. 2005. <http://www.derechosdigitales.org/culturalibre/cultura_libre.pdf> [Consulta: 12 de septiembre 2007]
55. LEWINSKI von Silke, Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos. UNESCO [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139523S.pdf>> [Consulta: 3 de junio de 2008]

56. LIPSZYC, Delia, Derecho de autor y derechos conexos. UNESCO / CERLALC / Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 1993 (reimpresión 2005) P. 62
57. LOPEZ Pérez Ricardo. Desarrollos Conceptuales y Operacionales acerca de la Creatividad. Universidad Central. [en línea] Escuela de Ciencias de la Educación .1995 <http://biblioteca-digital.ucentral.cl/documentos/academicos/pdf/desarrollos_conceptuales.pdf> [Consulta: 10 de julio de 2008]
58. MARANDOLA, Marco. ¿Un Nuevo Derecho de Autor?: Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Derecho de autor. Barcelona, España. 2005.
59. MARTÍNEZ Espín Pascual. El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual. Tecnos. Madrid, España. 1996
60. MEGIAS Quirós, José Justo, Sociedad de la Información: Derecho, Libertad, Comunidad. Aranzadi. Navarra. España. 2007.
61. MENA Edwards, Isidora. Diccionario de la Creatividad. Revista Perspectiva Nº 16, Santiago, 2002 Texto presentado con ocasión de la presentación del libro Diccionario de la Creatividad de Ricardo López Pérez.
62. MIGUEL Asensio, Pedro A. de. Derecho Privado de Internet. Civitas. Madrid. España. 2001
63. MOUSTAPHA Lo, Mouhamadou, Los derechos de propiedad intelectual, En: Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información, (edición tetralingüe en francés, castellano, inglés y portugués) AMBROSI Alain *et al.* C & F Éditions. Caen, Francia, 2005.
64. OMC. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_03_s.htm#2> [Consulta: 15 de marzo de 2008]
65. OMC. Los Acuerdos de la OMC [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#nAgreement> [Consulta: 15 de marzo de 2008].
66. OMPI, ¿Cómo funcionan las medidas tecnológicas de protección? [en línea] <<http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/technological/faq03.html>> [Consulta: 28 de octubre de 2008]
67. ONG DERECHOS DIGITALES, Observaciones Al Proyecto De Ley Que Modifica La Ley 17.336 De Propiedad Intelectual. Informe para la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado de la República, 2007 [en línea] <<http://www.tratojustoparatodos.cl/docs/derechosdigitales-en-senado.pdf>> [Consulta: 20 de enero de 2009]

68. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En línea] <www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> [Consulta: 1 de noviembre 2007]
69. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Derecho de autor y Derechos Conexos.. [en línea] <<http://www.wipo.int/copyright/es/>> [Consulta: 02 de marzo de 2008]
70. PARANAGUA, Pedro, Las licencias Creative Commons Dimensión Internacional. En: Seminario Asignación de Derechos de Propiedad Intelectual en las Instituciones Públicas y Universidades para Promover el Acceso al Conocimiento, GONZALEZ López, Rodrigo et al. Comercial Gráfica Ltda., Santiago, Chile, 2007. 120 p.
71. Proceso 10-IP-99. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 11 de junio de 1999. Fuente: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. Selección y Disposición de las materias y comentarios por Ricardo Antequera. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/jurisprudencia/index.php?mode=archivo&id=553>> [Consulta: 20 de mayo 2008]
72. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Desarrollo humano: Informe 1990, , [en línea] <<http://indh.pnud.org.co/files/rec/definiciondh.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2007]
73. Protección internacional del derecho de autor. Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina Julio 12, 1999 a Julio 20, 1999, Guatemala
74. Proyecto de ley que modifica la ley 17.336 de propiedad intelectual. [en línea] http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_tramitacion.pl?5393,D,, [Consulta: 4 de noviembre de 2007]
75. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Lengua Española, 22ª edición [en línea] <<http://buscon.rae.es/>>
76. RUIZ Gallardo, Claudio, Creative Commons: el futuro del derecho de autor [en línea] Terra Magazine 29 de noviembre de 2007 <<http://www.us.terra.com/terramagazine/interna/0,,OI2111069-EI8866,00.html>> [Consulta, 15 de diciembre de 2007].
77. SÁNCHEZ Aristi, Rafael, Las Licencias Creative Commons: Un Análisis Crítico Desde El Derecho Español [en línea] <<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/civil/las-licencias-creative-commons-un-analisis-critico-desde-el-derecho-espanol>> [consulta: 30 de agosto de 2008]

78. SANCHIS María Trinidad Derechos de Autor, digitalización e Internet, Universitas, Madrid, 2004
79. SCHUSTER Santiago, Propiedad intelectual en Internet, Responsabilidades legales en las redes digitales [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf > [consulta: 15 de junio de 2008]
80. SCHUSTER, Santiago, Los Derechos Patrimoniales Antes y Después del Acuerdo sobre los ADPIC, Los derechos de reproducción y transformación. En: Curso Regional sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Punta del Este, 27 a 31 de octubre de 1997, Montevideo, 3 de noviembre de 1997 [en línea] <http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PDE_97_S/OMPI_DA_PDE_97_10_a_S.pdf> [consulta: 12 de mayo de 2008]
81. Sentencia N° 151/2004 de la Audiencia Provincial Madrid (Sección 20 bis) de 12 de julio de 2004
82. SOCIEDAD CIVIL CHILENA SOBRE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA OMPI. Manifestación Pública [en línea] <http://www.csol.org/content/view/109/68/> [consulta: 05 de mayo de 2008]
83. STAMATOPOULOU, Elissavet. The right to take part in cultural life, Committee On Economic And Social Rights, Day Of General Discussion On The Right To Take Part In Cultural Life, Article 15(1)(A) Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, 9 May 2008. Traducción libre desde el inglés
84. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Comisión de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Resolución sobre derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. E/CN.4/Sub.4/2000/7, 17 de agosto de 2000 [en línea] <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c462b62cf8a07b13c12569700046704e?Opendocument>> [Consulta: 20 de octubre de 2008]
85. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Comisión de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/10, 2 de agosto de 2001 [en línea] <[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d11a61a54bf6c94ac1256aa400593901/\\$FILE/G0114804.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d11a61a54bf6c94ac1256aa400593901/$FILE/G0114804.pdf)> [Consulta: 20 de octubre de 2008]
86. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Comisión De Derechos Humanos. Consejo Económico Y Social. Naciones Unidas. Consecuencias Para Los Derechos Humanos Del Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados

Con El Comercio. Informe De La Alta Comisionada. 52º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2001/13. 27 de junio de 2001 [en línea] <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2001.13.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2001.13.Sp?Opendocument)> [Consulta: 28 de octubre de 2008]

87. The Definition of Free Cultural Works [en línea] <<http://freedomdefined.org/Definition/Es>> [Consulta: 30 de agosto de 2008]
88. The History of Copyright: A critical overview with source texts in five languages (a forthcoming book by Karl-Erik Tallmo) [en línea] <<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>> [Consulta: 02 de marzo de 2008]
89. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). [en línea] <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html> [Consulta: 03 de marzo de 2008]
90. UNESCO. Creatividad: Motor del Desarrollo (nota del redactor) En: e-Boletín de Derecho de Autor, enero – marzo de 2000, [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001225/122512so.pdf#page=3>> [Consulta: 20 de diciembre de 2008]
91. UNESCO. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre de 2007].
92. UNESCO. Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.
93. UNESCO. Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural. 26 de noviembre de 1976. [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114038s.pdf#page=146>> [Consulta: 2 de noviembre 2007]
94. UNESCO. Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio, 15 Octubre 2003 [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17717&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 10 de marzo de 2008]
95. UNESCO. Sobre la UNESCO: Qué es y qué hace. Cifras de octubre de 2007 [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=3328&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 2 de noviembre]
96. UNESCO. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 17 (2005). En: e-Boletín de Derecho de Autor. Enero-Marzo de 2006 [en línea]

http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf [Consulta: 1 de noviembre de 2008]

97. VERCELLI, Ariel, Creative Commons y la Profundidad del Copyright [En línea] <http://www.arielvercelli.org/ccylpdc/> [Consulta: 12 de diciembre de 2007]
98. VERDUGO Marinkovic M., PFEFFER Urquiaga E., NOGUEIRA Alcalá H. . Derecho Constitucional Tomo I. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
99. VIAL Solar Tomás. El derecho a libertad de creación artística en la Constitución. En: Libertad de expresión en Chile. GONZÁLEZ Morales Felipe *et al.* Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. 2006.
100. WIKIPEDIA. Creatividad [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Creatividad> [Consulta: 15 de diciembre de 2007]
101. WILLIAMS, Obrequé, Guido. Propiedad Intelectual en Chile. Documentos UAPROL/ BCN/ AÑO IV N° 012. 2004[en línea] <http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3461-03/533.pdf> [Consulta: 30 de abril de 2008] P.19
102. XALABARDER, Raquel (2005) Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? [en línea] IDP. Revista de Internet, Derecho y Política N° 1. UOC. <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf> [Consulta: 03 de marzo de 2008]
103. XALABARDER, Raquel (2006). Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al copyright? UOC Papers [en línea] N°2. UOC. <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf> [Consulta: 20 de marzo de 2008] Licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 de *Creative Commons*
104. YOUNG, Andrés. Curso Arte, Ciencia y Tecnología desde la perspectiva del derecho. Glosario [en línea] <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/2007/derecho/info/glosario/cont.htm> [Consulta: 30 de abril de 2008]
105. ZAPATA López, Fernando, Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección en el entorno digital, Boletín de derecho de autor Vol. XXXVI, n° 3, julio-septiembre de 2002 [en línea] <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001287/128727S.pdf#page=2> [Consulta: 28 de octubre de 2008 P.11]