



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Derecho Informático

LA APROPIACIÓN DE OBRAS EN EL DOMINIO PÚBLICO A TRAVÉS DE SU DIGITALIZACIÓN

**Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y
sociales**

Nicolás Guillermo Bello Lagos

Profesor guía: Daniel Álvarez Valenzuela

**Santiago de Chile
2013**

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	iv
Introducción	1
1. Copyfraud	4
2. El objetivo del derecho de autor	11
3. Dominio público	18
4. Digitalización	25
5. Criterios de protección	32
5.1. Sweat of the brow	33
5.2. La originalidad	39
5.2.1. Originalidad objetiva	43
5.2.2. Originalidad subjetiva	47
5.2.3. Criterio intermedio	54
6. Protección de la fotografía	56
7. Reproducciones y obras derivadas	64
7.1. Reproducción	65
7.2. Obra derivada	71
7.3. El caso de las restauraciones	79
8. La doctrina de la fusión	85
9. Jurisprudencia	89
9.1. España	89
9.2. Estados Unidos	98
10. Chile	113

11. Otros argumentos a favor de la protección.....	124
11.1. El incentivo económico	124
11.2. La labor de garantes de las instituciones	129
12. Otros argumentos en contra de la protección.....	133
12.1. El acceso a las obras.....	133
13. Protección del dominio público y otras amenazas	141
Conclusiones	149
Bibliografía	155

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la apropiación de obras en el dominio público a través de su digitalización, examinando si esta conducta es lícita o no atendiendo a los principios generales del derecho de autor. Además, se busca determinar cuáles serían a grandes rasgos los efectos de la conducta para el dominio público. En la monografía se revisan los dos grandes criterios de protección utilizados por el derecho de autor: el *sweat of the brow* y la originalidad. A partir de ese análisis se revisa la protección de las fotografías, dado que la apropiación de obras en el dominio público se ha llevado a cabo principalmente a través de reproducciones fotográficas de obras de arte. Además, se explica la diferencia entre las reproducciones y las obras derivadas, al ser las dos posibilidades que existen al momento de determinar la naturaleza jurídica de la versión digital de una obra.

En la monografía se examina además la jurisprudencia de España y Estados Unidos, representantes de los sistemas del derecho continental y el derecho anglosajón, respectivamente. Se seleccionaron fallos relativos a temas como el requisito de la originalidad, la protección de obras derivadas,

y la protección de la fotografía. Se revisan también otros argumentos relativos a la protección o no de versiones digitales de obras en el dominio público, destacando el incentivo económico y el acceso a las obras.

Por último se examina la situación en Chile, para determinar si nuestro país posee alguna posición sobre el tema. En la sección final se revisa la protección del dominio público y otras amenazas contra este tipo de obras.

INTRODUCCIÓN

En 2009, un grupo de abogados de la National Portrait Gallery se contactó con la Fundación Wikimedia alegando la infracción –entre otras cosas- de los derechos de autor que la galería británica tenía sobre las reproducciones fotográficas de unas pinturas de su colección.¹ Wikimedia, que es una fundación sin fines de lucro responsable de proyectos como Wikipedia o Wikimedia Commons, sostuvo que las reproducciones no estaban protegidas por el derecho de autor, ya que eran copias de pinturas que se encontraban en el dominio público.² Por tanto, podían hacer uso de ellas sin necesidad de solicitar permiso a la National Portrait Gallery. Este tipo de conductas, consistente en la apropiación de obras en el dominio público alegando tener derechos de autor sobre sus reproducciones, no es un fenómeno que ha tenido lugar solo en la actualidad, y se ha realizado incluso desde antes de la invención de la fotografía.

¹ BBC. 2009. Gallery in Wikipedia legal threat [en línea] <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/arts_and_culture/8151989.stm> [consulta: 10 agosto 2012].

² MOELLER, E. 2009. Protecting the public domain and sharing our cultural heritage. [en línea] Wikimedia blog. <<http://blog.wikimedia.org/2009/07/16/protecting-the-public-domain-and-sharing-our-cultural-heritage/>> [consulta: 10 agosto 2012]

El tema es relevante sobre todo con el surgimiento de nuevas tecnologías durante las últimas décadas, principalmente con la invención de Internet. Las posibilidades que la red entrega en relación al acceso a las obras en el dominio público nos obliga a determinar la naturaleza de estas reproducciones, ya que es a través de ellas que la gran parte de la sociedad puede conocer dichas obras. Al estar radicadas en un determinado lugar geográfico, obras de arte como pinturas y esculturas dependen de las reproducciones para poder ser conocidos por el mayor número de personas. Además, en el presente trabajo se examinará la importancia del dominio público, y cómo se ha visto amenazado a través de diversas conductas.

Los argumentos para aceptar o denegar la protección de reproducciones de obras en el dominio público se centran en dos criterios, el *sweat of the brow* y el requisito de la originalidad. El tema ha sido desarrollado de forma extensa por la doctrina y jurisprudencia estadounidense, las que conforman gran parte de la bibliografía utilizada en el presente trabajo. Además del número de trabajos que se refieren al tema, la posición estadounidense fue escogida por la importancia que dicho país tiene en la determinación de los alcances del derecho de autor en el ámbito mundial, sobre todo a través de tratados internacionales multilaterales y, en

mayor medida, bilaterales de comercio.³ Al estudio de la jurisprudencia estadounidense se agrega el análisis de algunos fallos españoles, que al pertenecer a la corriente del derecho continental servirán para comprender el alcance que este debate podría tener en nuestro país.

Además de estos criterios de tipo jurídico, hay otros principios involucrados, que consisten en el incentivo económico de los agentes encargados de realizar las reproducciones y el derecho que tiene la sociedad para acceder y utilizar las obras que se encuentran en el dominio público. Se examinará también la situación en Chile, con el fin de determinar si es posible o no alegar la protección de este tipo de reproducciones, y las consecuencias que una u otra opción tendrían sobre el derecho de autor en particular y la sociedad en general.

³ No se puede negar la influencia que el país norteamericano tuvo en la reforma de la ley de propiedad intelectual chilena. El tratado de libre comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos fue una de las razones para llevar a cabo dicha reforma, la cual tenía como objetivo adecuar la regulación nacional a los parámetros del instrumento bilateral. HUICHALAF, P. 2010. Reforma a la ley de propiedad intelectual promulgada. <<http://culturadigital.cl/wp/reforma-a-la-ley-de-propiedad-intelectual-promulgada/>> [consulta: 14 de julio de 2013]

CAPÍTULO I

COPYFRAUD

Las bibliotecas, archivos o museos tienen, en la gran mayoría de los casos, un derecho de propiedad sobre las obras que albergan. Son dueñas, por ejemplo, del bronce del que está hecha una estatua, o del óleo y lienzo del que está hecha una pintura. Ellos adquieren la propiedad de tales obras a través de subastas, compraventas o donaciones. Sin embargo, esta propiedad sobre sus versiones físicas no las hace titulares de los derechos de autor que puedan existir sobre las obras. Lo mismo ocurre por ejemplo al comprar un libro, lo que nos convierte en dueños de su soporte material pero no de su contenido. La distinción entre ambas figuras es evidente en el caso de obras que se encuentran en el dominio público, donde no existen derechos de autor que las protejan, pero los materiales de la que está hecha sí son propiedad de la institución que las alberga. Por ejemplo, la Mona Lisa, al ser una pintura que fue creada hace siglos, no está protegida actualmente por el derecho de autor, y el museo del Louvre solo tiene sobre ella un derecho de propiedad respecto de su expresión tangible. Para ilustrar esto se puede tomar en cuenta el siguiente ejemplo:

“Un visitante del archivo que roba la obra y hace copias de ella en su casa, o que cuelga un dispositivo de grabación en el archivo, podría enfrentar acciones legales – hurto, por ejemplo, o el incumplimiento de un acuerdo de acceso firmado con el archivo. Pero [...] no se ha producido una violación de derechos de autor”.⁴

La diferencia que existe entre los derechos de autor y el derecho de propiedad no es siempre reconocida, existiendo ciertos esfuerzos por hacer pasar como obras protegidas a aquellas que no lo están. Esta conducta que consiste en “alegar falsamente un derecho de autor sobre una obra que está en el dominio público” ha sido denominada por Jason Mazzone como *copyfraud*.⁵ El término de este autor estadounidense es un acrónimo que combina las palabras *copyright* y *fraud* (“fraude” o “estafa”, en inglés). El *copyfraud* puede ser cometido de diversas formas, siendo una de ellas la publicación de trabajos que están en el dominio público, como la obra de Miguel de Cervantes o Alonso de Ercilla, agregando en los ejemplares de dichos libros que su contenido no puede ser reproducido sin autorización del titular de los derechos.

⁴ MAZZONE, J. 2006. Copyfraud. [en línea] New York University Law Review, 81 (2006), p. 1058 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787244> [consulta: 8 agosto 2012].

⁵ MAZZONE, op. cit., p. 1028.

Otra forma de *copyfraud* consiste en la apropiación de obras en el dominio público a través de sus reproducciones. Aunque la obra reproducida se encuentra en el dominio público, se ha sostenido durante años que sus reproducciones están sujetas a derecho de autor, ya que constituirían una obra distinta de la original. La conducta puede verse en libros de arte, donde se prohíbe expresamente que las reproducciones fotográficas que contiene sean copiadas o utilizadas de cualquier forma sin el consentimiento del autor del libro o de la editorial. La digitalización de patrimonio cultural que se ha llevado a cabo durante los últimos años también sirve como ejemplo de esta conducta. La digitalización consiste en copiar (reproducir) un objeto preexistente a través de procesos como el escaneo o la fotografía, con el fin de generar un archivo digital que sirva como representación fiel del objeto análogo. Con la digitalización se busca asegurar el acceso a las obras y permitir una mejor preservación de las mismas.

Al visitar los sitios web de museos, bibliotecas o archivos, se puede notar que en sus términos de uso, o al final de la página, se menciona que todo el contenido es de propiedad de la institución en cuestión. A modo de ejemplo, el Museo Nacional del Prado señala en su portal web que “se

prohíbe cualquier acto de reproducción total o parcial de los contenidos, en cualquier forma o medio (mecánico, electrónico, reprográfico o de cualquier otro tipo), así como cualquier acto de difusión, comunicación pública o distribución, sin la previa autorización por escrito del MNP o de sus legítimos propietarios”.⁶ Tal prohibición, que de por sí es excesivamente restrictiva al no contemplar las excepciones al derecho de autor que recogen las leyes de todo país, abarca no solo a las obras que son creadas por el museo, como el diseño del sitio web o artículos escritos por sus investigadores, sino también las reproducciones de obras en el dominio público que alberga dicha institución. Con esto se sostiene, por ejemplo, que la versión digital de *Las meninas* no puede ser utilizada sin antes solicitar permiso al museo, aún cuando Diego Velázquez haya fallecido en 1660 y los derechos de autor que recaían sobre la pintura ya caducaron. Algo similar realiza la Biblioteca Nacional de España, que en una de sus guías para la digitalización de archivos indica como paso esencial en el

⁶ MUSEO NACIONAL DEL PRADO. Aviso legal. [en línea] <<http://www.museodelprado.es/aviso-legal/>> [consulta: 10 agosto 2012].

proceso agregar en el archivo resultante una marca de agua que indique lo siguiente: “© Biblioteca Nacional de España”.⁷

La situación en Chile no es distinta. El portal Artistas Plásticos Chilenos, desarrollado por la biblioteca del Museo Nacional de Bellas Artes, tiene al final de la página un aviso que reza “© Derechos Reservados, Museo Nacional de Bellas Artes”.⁸ Si bien se menciona la posibilidad de reproducir total o parcialmente los textos publicados en el sitio, no se hace referencia alguna a las reproducciones digitales que alberga, muchas de las cuales pertenecen al dominio público por ser pinturas de artistas que fallecieron hace varias décadas,⁹ como Alfredo Valenzuela Puelma o Pedro Lira. Esta omisión es relevante, ya que un aviso tan general como el mencionado hace concluir que las reproducciones digitales también estarían sometidas a derechos reservados del museo. La conducta se repite en el catálogo fotográfico digital del Museo Histórico

⁷ BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA. Proceso de digitalización en la Biblioteca Nacional de España. [en línea] p. 17.

<http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigital/docs/ProcesoDigitalizacionBNE_10012011_version3.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2012]

⁸ MUSEO NACIONAL DE BELLAS ARTES. Artistas Plásticos Chilenos. [en línea]

<<http://www.artistasplasticoschilenos.cl/>> [consulta: 10 agosto 2012].

⁹ Actualmente la Ley de Propiedad Intelectual chilena establece que la protección de las obras dura por toda la vida del autor y se extiende hasta los 70 años siguientes a su fallecimiento. Este plazo ha ido aumentando de forma paulatina, ya que con anterioridad se extendía hasta los 50 años siguientes al fallecimiento, y antes de eso hasta los 30 años. Una explicación más detallada se puede ver en ÁLVAREZ, D. Autores en el dominio público chileno. [en línea] <<http://www.simenon.cl/autores-en-el-dominio-publico-chileno/>> [consulta: 14 de julio de 2013]

Nacional, en cuya página se puede leer un aviso que señala lo siguiente: “Copyright (C) 2010 | All Rights Reserved”. Al visualizar las fotografías digitalizadas que alberga el catálogo –las cuales fueron en su mayoría tomadas durante las primeras décadas del siglo XX- el museo ha agregado una marca de agua digital al medio de la fotografía, que reza “Archivo Fotográfico Museo Histórico Nacional”, limitando o entorpeciendo así su utilización por terceros.¹⁰

La apropiación de obras en el dominio público obedece entre otros motivos a un factor económico. Dado que las obras de arte tienen una naturaleza única, lo normal es que solo exista un ejemplar de cada una. Por lo tanto, las reproducciones, principalmente fotográficas, son esenciales para que personas como profesores, editores, publicistas y público en general, puedan utilizar tales obras. Al existir una demanda, diversos agentes económicos comenzaron a ofrecer licencias de uso respecto de reproducciones de obras de arte. Una de estos agentes es Corbis, empresa creada por Bill Gates en 1989 que posee una vasta librería de reproducciones digitales de obras albergadas en galerías a lo largo del

¹⁰ MUSEO HISTÓRICO NACIONAL. Catálogo fotográfico digital. [en línea] <<http://www.fotografiapatrimonial.cl/>> [consulta: 27 de diciembre de 2012]

mundo. Su giro consiste en vender licencias de uso respecto de las reproducciones digitales por un período determinado de tiempo.¹¹ Para proteger sus imágenes, Corbis emplea diversos métodos, siendo uno de ellos el alegar que tales reproducciones digitales están protegidas por el derecho de autor.¹² Además, a través de contratos de exclusividad celebrados con las instituciones que albergan las obras de arte, la empresa se asegura de impedir que otras personas hagan reproducciones de dichas obras.

¹¹ COOPER, T. A. 2011. Corbis & Copyright?: Is Bill Gates Trying to Corner the Market on Public Domain Art? [en línea] Intellectual Property Law Bulletin, 16, pp. 9–11 <http://www.iplb.org/assets/pdfs/Volume16/Issue1/Articles/Cooper_Article_4-5.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

¹² COOPER, op. cit., p. 16.

CAPÍTULO II

EL OBJETIVO DEL DERECHO DE AUTOR

La protección otorgada por el derecho de autor se ha justificado a través de diversas teorías. La primera de ellas sostiene que al garantizar derechos exclusivos al autor se está incentivando la creatividad, ya que esta “recompensa” lo llevará a hacer nuevas creaciones. Sin esta protección, los autores no tendrían certeza acerca de sus derechos, ya que cualquier persona podría utilizar sus obras sin autorización. Una segunda teoría, basada algunas veces en el derecho natural, establece que toda persona tiene un derecho de propiedad sobre los frutos de su trabajo, lo que también debería aplicarse en el caso de las creaciones intelectuales.¹³ Esta posición, que fue sostenida por el filósofo John Locke, establece que “en la medida que un autor incorpora su trabajo para la creación de una obra se apropia de la obra y la justificación de esta apropiación no se encuentra sino en la relación existente entre el autor y la obra”.¹⁴ Una tercera concepción, que surge a

¹³ UNESCO. 2010. The ABC of Copyright. [en línea] pp. 10–11
<http://www.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_E9C4C18DDD7C7C77368D0DE4BC2B9B7840259B00/filename/ABC_Copyright_en.pdf> [consulta: 27 diciembre 2012].

¹⁴ DE LA MAZA GAZMURI, I. 2006. Propiedad intelectual, teorías y alternativas. En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) Temas actuales de propiedad intelectual. Santiago, Editorial Lexis Nexis. p. 64.

través de la obra *Filosofía del derecho* de Hegel, sostiene que la propiedad es necesaria como atributo de la personalidad, ya que los individuos deben tener cierto control sobre los recursos que los rodean.¹⁵ Una última teoría, denominada “democrática”, evita centrarse en la figura del autor como lo hacen las concepciones de Locke y Hegel, optando por atender a las consecuencias sociales que surgirían a partir de un determinado régimen de propiedad intelectual. A diferencia de la primera teoría, que apunta a un aspecto más económico, la concepción democrática busca “la promoción de la educación pública y la diversidad expresiva”.¹⁶

Independiente de la teoría que se adopte, se ha dicho que “los regímenes de propiedad intelectual confieren expresión legal a los derechos morales y económicos de los creadores en lo que respecta a sus creaciones”.¹⁷ Pero ver al derecho de autor solo como la protección que recibe una persona por su labor intelectual es ver el tema de forma incompleta. Se ha señalado que el objetivo del derecho de autor consiste en obtener un equilibrio entre lo

¹⁵ DE LA MAZA GAZMURI, op.cit., pp. 64-65.

¹⁶ DE LA MAZA GAZMURI, op. cit., pp. 66-67.

¹⁷ CHAPMAN, Audrey R. 2001. 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] Boletín de derecho de autor, XV (3). pp. 8. Ediciones UNESCO.
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>> [consulta: 14 de julio de 2013]

privado y lo público, es decir, entre los autores y la sociedad.¹⁸ Así, es necesario que garantice ciertos derechos exclusivos en beneficio del autor de una obra determinada, pero cuidando que tales derechos no sean de tal magnitud que impidan a la sociedad la utilización de la obra. Es por esto que tratados internacionales y leyes nacionales han reconocido una serie de excepciones y limitaciones a esta protección con el fin de asegurar un beneficio para la sociedad. La UNESCO ha sostenido que “la interrelación entre los derechos exclusivos, por un lado, y las excepciones y limitaciones a estos derechos, por el otro, constituye el marco jurídico en el que la creatividad y la comunicación se pueden desarrollar”.¹⁹ Delia Lipszyc, siguiendo un razonamiento similar al de la UNESCO, ha señalado que “el fundamento teórico del derecho de autor se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan”.²⁰

Según Audrey Chapman, esta necesidad de equilibrio entre ambas posiciones surge al asumir un enfoque de la propiedad intelectual como un

¹⁸ RUIZ GALLARDO, C. 2010. Guías legales para bibliotecarios. Santiago, ONG Derechos Digitales. P. 5.

¹⁹ UNESCO, op. cit., p. 10.

²⁰ LIPSYC, D. 2005. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA. p. 39.

derecho humano, y no como un mero concepto de carácter económico. Esto ya que un enfoque de derechos humanos exige tener en cuenta aspectos como el bien común, la dignidad humana y el bienestar de la sociedad, lo que impediría el otorgamiento de derechos exclusivos e irrestrictos a los autores en desmedro de los usuarios.²¹ Privilegiar la protección de los derechos de los autores en forma excesiva generaría efectos negativos en la sociedad, como un aumento en los costos que termine afectando actividades como la investigación científica.²² Para evitar esto es necesario crear una normativa sobre propiedad intelectual que respete tanto el interés particular de los autores como el interés público de las personas que quieran acceder a este tipo de obras.

Este interés público al momento de hablar del tema ha sido reconocido por la Constitución de Estados Unidos, que sostiene que el objetivo del derecho de autor es “promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles”. También se puede ver en el denominado Estatuto de la Reina Ana, que fue dictado en 1710 en el Reino Unido, y que prescribía que el objetivo

²¹ CHAPMAN, op. cit., p. 15.

²² CHAPMAN, op. cit., p. 27.

del derecho de autor consistía en “fomentar el aprendizaje”.²³ La existencia de estos dos aspectos, lo privado y lo público, también fue reconocida en 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 27 señala:

“1. Toda persona tiene derecho 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.

2. Toda persona tiene 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”.

Similares derechos fueron reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.²⁴ La Constitución Política de Chile –tras la reforma constitucional del año 2001, ley 19.742- también reconoce estos derechos, si bien de forma menos clara: “[La Constitución asegura a todas las personas] la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones

²³ IFLA. 2001. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas. [en línea] p. 2
<http://portal.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_401027D197376DD1612D24F34791322E01B90700/filename/IFLA+esp.pdf> [consulta: 27 diciembre 2012].

²⁴ LIPSZYC, op. cit., p. 38.

intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior a la vida del titular”.²⁵ Es esta libertad de difundir las artes la que constituye el contrapeso a la protección que tiene el autor sobre sus obras, logrando –al menos en esta disposición- el ya mencionado equilibrio que debe existir entre ambos conceptos.²⁶

Sin embargo, durante las últimas décadas este equilibrio se ha visto afectado por una creciente y sostenida sobreprotección del derecho de autor. Así, este derecho que en un principio se limitaba a garantizar actividades exclusivas como la reproducción y comunicación pública, se ha extendido a otras conductas como la distribución, modificación y adaptación de las obras. A esto se suma el aumento del plazo de protección, que debido a la constancia con que se ha llevado a cabo, ha ido transformando el límite temporal del derecho de autor en una mera enunciación.²⁷ Este desequilibrio no tiene solo una relevancia conceptual, sino que implicancias prácticas, dando lugar a tres grandes riesgos: “inhibe la producción de nuevas obras,

²⁵ CHILE. Constitución Política de la República, Art. 19 N° 25. La ley 19.742 de 2001 incluyó la frase “la libertad de crear y difundir las artes”, ya que con anterioridad solo se aseguraba el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas.

²⁶ RUIZ GALLARDO, C. 2008. *Hacia una dogmática para el acceso en Chile*. [en línea] En: Acceso a la cultura y derechos de autor: Excepciones y limitaciones al derecho de autor. Santiago, LOM Ediciones. p. 37 <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2012].

²⁷ RUIZ GALLARDO, op. cit., 2008, pp. 32–33.

limita en forma excesiva la expresión de opiniones disidentes y, por último, mina en forma fundamental la salud del discurso público”.²⁸

²⁸ RUIZ GALLARDO, 2008, p. 34.

CAPÍTULO III

DOMINIO PÚBLICO

El dominio público, denominado “patrimonio cultural común” en nuestro país, es el conjunto de obras que no posee protección por parte del derecho de autor, sea porque nunca la ha tenido o porque ha expirado el término de protección que la ley le otorgó.²⁹ En el primer caso se encuentran aquellas obras que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley para ser protegidas, como por ejemplo las meras ideas, que están expresamente excluidas de protección a través de derecho de autor. También están aquellas obras que según la legislación interna de cada país no están protegidas, como el caso de las obras creadas por organismos gubernamentales en Estados Unidos, o las obras de autor desconocido (mientras permanezca desconocido), en el caso de Chile.

En el segundo grupo de obras que están en el dominio público se encuentran aquellas que no obstante haber cumplido con los requisitos para ser protegidas por el derecho de autor, pierden dicha protección una vez

²⁹ CERDA, A. 2011. Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: Hacia un nuevo régimen común. [en línea] Revista Ius et Praxis, p. 255
<<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art09.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].

transcurrido el término que la ley señala. Es decir, dichas obras ya han gozado de protección por un número determinado de años, luego de los cuales expiran los derechos de su titular.³⁰ La protección de las obras no puede ser perpetua, y el plazo variará según cada país, siendo actualmente en Chile un plazo de 70 años tras la muerte del autor. Entre las razones esgrimidas para explicar esta protección limitada en el tiempo se encuentra la dificultad de identificar a los herederos del autor una vez transcurrido cierto tiempo. La regla general es que al sucederse unas a otras las generaciones de herederos, los derechos que se transmiten se vayan fragmentando. Otra explicación para la protección temporal de los derechos de autor viene dada por la naturaleza de las obras en cuestión, que pueden ser poseídas y utilizadas por un gran número de personas al mismo tiempo. Además, como ha señalado la OMPI, la utilización y posesión de tales obras “están al servicio de importantes objetivos sociales, como la educación, la investigación, la información, el entretenimiento, etcétera. Las obras más valiosas y más resistentes al paso del tiempo pueden llegar a ser patrimonio común de una nación o de toda la humanidad”.³¹ Se ha señalado también

³⁰ CERDA, op. cit., p. 256.

³¹ FICSOR, M. 2003. Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 48.

que dado que los autores aplican elementos que se encuentran en el patrimonio cultural colectivo para sus propias creaciones, “es justo que estas, a su turno, también vayan a integrar ese fondo común”.³²

La importancia del dominio público puede ser examinada desde dos puntos de vista: uno que se centra en su relevancia social, y otro en su importancia utilitarista o económica. El primero considera que el dominio público es “un requisito fundamental para la autoría, la libertad de expresión y, por tanto, el diálogo democrático”.³³ Según Jessica Litman, todos los trabajos de autoría poseen elementos adaptados de obras preexistentes, por lo que la existencia del dominio público es fundamental. Para la autora, lo relevante del dominio público no es la ausencia de protección que tienen dichas obras, sino su calidad de materia prima que está a disposición de los autores.³⁴ Las creaciones intelectuales no pueden ser entendidas de forma aislada, ya que se encuentran insertas “en uno o más sectores del conocimiento de la humanidad”. Estas creaciones son realizadas aprovechando los descubrimientos y avances que llevaron a cabo

³² LIPSZYC, op. cit., p. 250.

³³ DOBUSCH, L. 2011. The Digital Public Domain: Relevance and Regulation. [en línea] High Discussion Paper Series, p. 6 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2011815> [consulta: 10 agosto 2012].

³⁴ DOBUSCH, op. cit., pp. 7–8.

generaciones previas de artistas y científicos.³⁵ Una idea similar fue tratada en el documental *Everything is a Remix* de Kirby Ferguson. En aquel documental se hace referencia a una famosa frase que ha sido atribuida (erróneamente) a Isaac Newton: “Somos como enanos a hombros de gigantes”. La frase se refiere a cómo los descubrimientos y el conocimiento surgido en el pasado sirven como base para los descubrimientos venideros. En el documental se hace una analogía con la forma en que las ideas y elementos desarrollados en el arte son reciclados o usados como base en obras posteriores.³⁶ El tema ha sido también examinado por Lawrence Lessig, quien señala:

“Los creadores en este país y en cualquier sitio siempre y en todo momento se basan en la creatividad que vino antes y que los rodea ahora [...] [todas las sociedades] han dejado partes de su cultura libres para que se tomen para otras obras –las sociedades libres de una forma más completa que las no libres, pero todas las sociedades en algún grado [...] Las culturas libres son culturas que dejan una gran parte abierta a los demás para que se basen en

³⁵ SCHMITZ VACCARO, C. 2009. Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. [en línea] *Revista Chilena de Derecho*, 36, p. 347 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n2/art06.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2012].

³⁶ FERGUSON, K. 2011. *Everything is a Remix Part 2*. [en línea] Vimeo. <<http://vimeo.com/19447662>> [consulta: 27 diciembre 2012]

ella; las que no son libres, las culturas del permiso, dejan mucho menos”.³⁷

Por otro lado, la relación del dominio público con la libertad de expresión ha aumentado con el surgimiento de nuevas tecnologías, particularmente internet. El cambio de circunstancias que ha generado la revolución tecnológica de los últimos años no hace aconsejable aplicar los principios del derecho de autor sin antes adaptarlos a este nuevo modelo. Un ejemplo de esto es la dificultad que existe al momento de distinguir entre utilizar y reproducir una obra digital, como un libro electrónico o un archivo de audio. Por lo tanto, el dominio público se está haciendo cada vez más importante al momento de “conservar las formas básicas de utilización e interacción con el contenido”.³⁸ El derecho de autor debe buscar un balance entre la protección de la autoría y la protección de la libertad de expresión, es por eso que los derechos exclusivos de los autores están limitados por un período de tiempo.³⁹ El panorama actual evidencia una clara inclinación hacia la protección de la autoría, lo que torna complejo un efectivo ejercicio de la libertad de expresión. El constante aumento de los

³⁷ LESSIG, L. 2005. Cultura libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad. Santiago, LOM Ediciones, p. 38.

³⁸ DOBUSCH, op. cit., p. 11.

³⁹ Según Jason Mazzone, este balance se rompe cuando ciertas instituciones interfieren con el uso de materiales en el dominio público. MAZZONE, op. cit., p. 1059.

plazos de protección, sumado a un sistema que dificulta la identificación de los verdaderos titulares de los derechos de autor, “fuerza a muchos al silencio cuando, de otra forma, podrían hablar”.⁴⁰

Desde un punto de vista utilitarista y económico, un dominio público fuerte es “necesario para permitir la competencia y la innovación en el ámbito económico”.⁴¹ Esta idea está relacionada con la distinción entre ideas y formas de expresión. Dado que las meras ideas no pueden ser protegidas a través del derecho de autor, se permite que una misma idea pueda ser expresada por diversas personas a la vez, cuidando que dichas formas de expresión no sean idénticas entre sí.⁴² De esta forma, varias personas podrán emplear las mismas ideas a través de diversas formas de expresión, lo que permitirá una mayor innovación y eficiencia. Permitir lo contrario conllevaría la existencia de un monopolio que dificulta una economía competitiva, dado que el primero que emplee una determinada idea obtendrá un monopolio que impide a los demás utilizarla, incluso a través de otras formas de expresión.

⁴⁰ LESSIG, op. cit., p. 231.

⁴¹ DOBUSCH, op. cit., p. 7.

⁴² DOBUSCH, op. cit., p. 13.

La importancia del dominio público ha sido entendida por numerosas organizaciones, sobre todo en internet. Proyectos como Communia,⁴³ Internet Archive⁴⁴ o Europeana⁴⁵ se encargan de educar acerca del rol que cumple el dominio público en la sociedad y alertan sobre las amenazas que afectan a este tipo de obras. Una de las amenazas al dominio público, como ya se mencionó, es la apropiación que se hace de este tipo de obras al alegar tener derechos de autor sobre sus reproducciones. Según Beatriz Busaniche, de Wikimedia Argentina, “la sociedad está tomando decisiones que restringen la libre circulación de la información y las ideas justo en el momento en que la disponibilidad de tecnologías habilitan una difusión y aprovechamiento como nunca antes fue posible”.⁴⁶

⁴³ Communia – The European Thematic Network on the Digital Public Domain <<http://www.communia-project.eu/>> [consulta: 13 de julio de 2013]

⁴⁴ Internet Archive <<http://archive.org/index.php>> [consulta: 13 de julio de 2013]

⁴⁵ Europeana <<http://www.europeana.eu/>> [consulta: 13 de julio de 2013]

⁴⁶ BUSANICHE, B. 2011. Digitalización del dominio público: Regulaciones y propuestas en relación al dominio público digital. [en línea] p. 9 <http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2011/10/busaniche.final_.cultura.tics_.pi_.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

CAPÍTULO IV

DIGITALIZACIÓN

La digitalización o conversión analógica-digital es un proceso a través del cual se traspa una señal desde un soporte análogo a uno digital. Es decir, “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 original”. El resultado es un código binario que al ser leído por una máquina (un computador) genera una réplica de la información que fue transmitida.⁴⁷ Por ejemplo, el escaneo que se hace de un dibujo genera un archivo digital que emula a la perfección la imagen que fue digitalizada. El sensor del escáner utilizado registra la imagen del documento en cuestión y el resultado es un archivo digital, una cuadrícula dividida en puntos o píxeles que tendrán un

⁴⁷ ARTAZA CASTRO, X. 2003. Análisis del derecho de reproducción y comunicación pública en redes digitales, a la luz de la legislación nacional y comparada. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 13.

determinado valor binario, dependiendo de la luminosidad y tono lumínico leído por el dispositivo.⁴⁸

Una de las características de esta copia digital es que puede servir de base para realizar otras copias de idéntica calidad. En otras palabras, “la copia un millón de una obra fijada en formato digital es tan perfecta como la primera, y puede servir de base para posteriores reproducciones, sin disminución o desgaste de la calidad de la obra reproducida”.⁴⁹ A diferencia por ejemplo de las fotocopias, en cuyo caso las copias que se hagan de las versiones fotocopiadas van disminuyendo en calidad. En tales casos, las copias más fieles serán las que se hagan directamente de la obra original, y no a partir de las copias de ésta. Otras características de estas versiones digitales son su bajo costo y la rapidez con que pueden ser realizadas. La digitalización facilita además la difusión de las obras, sobre todo a través de internet. Las obras pueden por lo tanto ser comunicadas de forma inmediata y a un número ilimitado de personas, lo que no resultaba sencillo en el caso de las obras materiales. Además, “una obra al ser transmitida a otras personas, les permite obtener una copia idéntica a la del transmisor, sin que

⁴⁸ ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN. 2011. Recomendaciones para la digitalización de documentos en archivos. [en línea] p. 8. <http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/Guias-Manuales/JCYLRecomendaciones_Digitalizacion_Archivos2011.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012]

⁴⁹ ARTAZA CASTRO, op. cit., p. 14.

éste tenga que desprenderse de su ejemplar, por lo que toda obra susceptible de fijarse en formato digital puede ser transmitida a través de una red digital con la máxima calidad”.⁵⁰

Al ser traspasadas a un formato digital, las obras pasan a estar en un formato único, a diferencia de lo que ocurre en sus versiones análogas, donde son fácilmente diferenciables las pinturas de los libros, o las películas de las esculturas. Este nuevo estado permite “la combinación de obras de distinta naturaleza en un mismo soporte, facilitando su almacenamiento, transmisión y recuperación como producto unitario”.⁵¹

De lo anteriormente dicho podemos identificar varias formas de digitalización, dependiendo del tipo de obra que sirve como base. En primer lugar, es una digitalización el escaneo que se realice de alguna imagen que se encuentre en una superficie plana, tales como documentos, libros, dibujos, planos arquitectónicos, partituras musicales, fotografías o ilustraciones. Lo que se hace en tal caso es tomar la imagen bidimensional, ubicarla en un dispositivo llamada escáner y éste realiza a través de un haz de luz o láser una captura de la obra y transfiere la imagen al computador.

⁵⁰ ARTAZA CASTRO, op. cit., p. 15.

⁵¹ ARTAZA CASTRO, op. cit., pp. 14–15.

Para el caso de documentos o libros es preciso hacer algunas aclaraciones. Dado que el escáner solo transfiere una imagen del objeto en cuestión, es necesario procesar el archivo resultante para que el texto que contiene sea identificado. Dicho proceso es denominado *optical character recognition* (OCR), y a través de él la máquina reconoce de forma óptica los caracteres o símbolos que componen el documento.⁵² La digitalización de un libro o documento, por lo tanto, puede realizarse de ambas formas, ya sea a través de la transferencia de la imagen o del texto en sí. Además, podemos señalar que la transcripción que se haga manualmente de un libro al computador también es una digitalización, ya que lo relevante es el contenido del mismo, las palabras. Sitios web como el Proyecto Gutenberg han aprovechado las posibilidades de digitalizar libros y documentos.

En el caso de obras plásticas bidimensionales de mayor tamaño, como pinturas o murales, el proceso de digitalización es más complejo. Dado que los escáneres tienen un tamaño menor al de estas obras, la forma más práctica de digitalizarlas es a través de la fotografía. La fotografía puede ser tomada con una cámara digital o una análoga. En el primer caso la

⁵² ALEGSA. Definición de OCR. [en línea] <<http://www.alegsa.com.ar/Dic/ocr.php>> [consulta: 30 diciembre 2012]

digitalización será instantánea, ya que la imagen quedará almacenada en la memoria de la cámara y podrá ser transferida a un computador o a un dispositivo de almacenamiento. En el caso que la fotografía sea tomada con una cámara análoga, la digitalización se llevará a cabo una vez que la fotografía resultante sea escaneada. Ya que el proceso de fotografía obras de arte es más complejo que el escaneo, surgen algunas dudas sobre la posible protección del esfuerzo invertido, lo que será examinado más adelante.

Mayor complejidad reviste el caso de obras tridimensionales, como las esculturas. Como se señalará más adelante, la fotografía de este tipo de obras no las captura en su totalidad, sino que simplemente una porción de ellas, al registrar el ángulo desde el cual fue tomada. Por lo tanto, es difícil hablar de digitalización de obras tridimensionales a través de este método. Sin embargo, el avance tecnológico ha permitido que estos inconvenientes sean superados, permitiendo la digitalización total de tales obras. Hoy en día existen escáneres que permiten registrar los datos de la superficie de objetos tridimensionales, generando un archivo en tres dimensiones del mismo. Un ejemplo de esto se puede ver en la industria del cine, donde la tecnología ha permitido que el rostro de los actores pueda ser registrado a

través de cámaras especiales y posteriormente digitalizado, produciendo un archivo digital en tres dimensiones que permite su modificación por parte de los artistas encargados de los efectos especiales.⁵³

La digitalización de materiales audiovisuales consiste básicamente en escanear los fotogramas que componen la película, traspasando la imagen a un formato digital.⁵⁴ Los fotogramas corresponden a las imágenes que componen la película, las que al ser mostradas con una determinada continuidad y velocidad (aproximadamente 25 fotogramas por segundo) generan la sensación de movimiento.⁵⁵ La digitalización del sonido, por su parte, se lleva a cabo mediante los Conversores de Analógico a Digital (ADC, por sus siglas en inglés), “circuitos que, a una determinada frecuencia, toman ‘fotografías’ del sonido, que convierten en números que

⁵³ Un ejemplo claro es el del actor Brad Pitt en la película *El curioso caso de Benjamin Button*. Dado que el personaje que interpreta en la cinta cambia de edad a lo largo de la historia, los encargados de efectos especiales consideraron que era más fácil crear estos cambios de forma digital en vez de usar maquillaje. Para esto debieron digitalizar la cara de Pitt, la que fue posteriormente modificada a través de computadores. CLAYTON NEWELL, B. 2010. Independent Creation and Originality in the Age of Imitated Reality: A Comparative Analysis of Copyright and Database Protection for Digital Models of Real People. [en línea] *Brigham Young University International Law & Management Review*, 6. pp. 8–10 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1709529> [consulta: 30 diciembre 2012].

⁵⁴ ZSCHERPEL, U. Film digitization systems for DIR: Standards, Requirements, Archiving and Printing. [en línea] NDT.net <<http://www.ndt.net/article/v05n05/zscherp/zscherp.htm>> [consulta: 30 diciembre 2012]

⁵⁵ PETRIS, R. H. 2003. Digitalización, compresión y descompresión de videos para aplicación informática en entorno multimedia. [en línea] p. 1 <<http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2003/comunicaciones/08-Exactas/E-006.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012]

después son almacenados en el ordenador”. Para poder escuchar esta onda digitalizada se debe recurrir a un proceso inverso, esto es, a la conversión de digital a analógica, que convierten los números almacenados en una señal eléctrica que posteriormente es filtrada.⁵⁶

⁵⁶ Digitalización del sonido. [en línea] p. 1
<<http://boj.pntic.mec.es/jgomez46/documentos/cav/sonidodigital.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012]

CAPÍTULO V

CRITERIOS DE PROTECCIÓN

Existen diversos criterios al momento de determinar si una obra es susceptible de ser protegida por el derecho de autor. Aspectos como el valor cultural o artístico de la obra (que dice relación con una cuestión de gustos), el destino de la obra (cuál es el fin con el que fue creada) o su forma de expresión (escrita u oral, por ejemplo), han sido desestimados por la doctrina al momento de determinar cuándo una obra estará protegida por el derecho de autor.⁵⁷ En el tema que nos compete en el presente trabajo, son dos los principales puntos de vista que entran en juego: la doctrina del *sweat of the brow* y la doctrina de la originalidad. Cada uno persigue fines distintos, protegiendo en el primer caso el esfuerzo y trabajo invertido, y en el segundo caso la creatividad.⁵⁸ Se ha sostenido además que la doctrina del *sweat of the brow* se basa en un derecho natural que tiene el autor de ser recompensado por su trabajo, impidiendo que sea apropiado por terceros,

⁵⁷ LIPSZYC, op. cit., pp. 67–68.

⁵⁸ CLAYTON NEWELL, op. cit., p. 16.

mientras que la doctrina de la originalidad se basa en una visión más utilitarista, anteponiendo el interés público a los derechos del autor.⁵⁹

5.1. Sweat of the brow

La doctrina del *sweat of the brow* (literalmente “sudor de la frente”) sostiene que la protección de una determinada obra a través del derecho de autor dependerá del trabajo que haya tomado su creación. Lo que se premia, en este caso, sería el esfuerzo invertido en la realización de la obra.⁶⁰ Esta doctrina surgió en el Reino Unido, y a partir de ahí se extendió a países del *common law* como Australia y Nueva Zelanda. El primer caso británico que utilizó el criterio fue *Walter v. Lane*, en el que un reportero alegaba tener derechos de autor sobre las transcripciones que realizó de unos discursos. El tribunal, tomando en cuenta el esfuerzo llevado a cabo por el reportero, acogió su pretensión y reconoció que las transcripciones que hizo estaban protegidas y no podían ser utilizadas sin su permiso.⁶¹ Se ha dicho que la

⁵⁹ DRASSINOWER, A. 2003. *Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law*. [en línea] *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 1. pp. 111–112 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=621184> [consulta: 30 diciembre 2012].

⁶⁰ DOBSON, K. N. 2009. *The Originality of Photographs for Purposes of Copyright Law Before and After Bridgeman Art Library, Ltd V. Corel Corp.* [en línea] *Florida Coastal Law Review*, 10, p. 323 <<https://www.fcsl.edu/sites/fcsl.edu/files/dobson.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].

⁶¹ HARIANI, K.; HARIANI, A. 2011. *Analyzing “Originality” in Copyright Law: Transcending Jurisdictional Disparity*. [en línea] *IDEA: The Intellectual Property Law Review*, 51, pp. 497–498 <<http://law.unh.edu/assets/images/uploads/publications/idea-vol51-no3-krishna-hariani-anirudh-hariani.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

adopción del criterio del *sweat of the brow* se debe a un cambio de paradigma en la economía, relacionado específicamente con la idea que se tiene del concepto de autor:

“El paradigma del autor individual tratando de crear una obra original, en muchos contextos, ha sido sustituido por una inversión de capital y mano de obra para producir obras que reflejen un esfuerzo rutinario colectivo para generar una compilación para un mercado comercial. A medida que la importancia del autor individual disminuye, la necesidad de vincular el monopolio de los derechos de autor al autor sustituto – capital y mano de obra- aumenta”.⁶²

El *sweat of the brow* se ha usado como argumento principalmente en los debates relativos a la protección de compilaciones y bases de datos, que si bien no siempre cumplen el requisito de la originalidad, requieren de esfuerzo y trabajo para su creación. Los defensores de este criterio han dicho que la obtención y organización de datos exige dedicación y recursos, por lo que no sería justo que el resultado fuese utilizado por otras personas. Si terceros quieren utilizar esos datos, entonces deberán reunirlos y recopilarlos por su cuenta. No obstante, también se ha empleado para

⁶² SCASSA, T. 2006. Original Facts: Skill, Judgment, and the Public Domain. [en línea] McGill Law Journal, 51, p. 257 <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1224868339_Scassa.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].

argumentar la protección de reproducciones de obras preexistentes. Dado que la reproducción de obras requiere de dedicación y un determinado procedimiento, se ha señalado que dicha labor merece protección.⁶³ Claramente, no requiere la misma dedicación fotocopiar o escanear un dibujo que fotografiar una pintura. Se ha dicho, además, que simplemente porque un proceso es laborioso y requiere habilidad técnica no lo hace poco original o poco creativo. Robin J. Allan ha sostenido que “una compilación predecible de números de teléfono en orden alfabético según los apellidos no requiere la misma creatividad que la fotografía artística, donde las decisiones de iluminación y lentes producen un resultado diferente”.⁶⁴

Sin embargo, es necesario aclarar que el criterio en cuestión no está exento de críticas. Algunos autores han señalado que no basta con una dedicación o esfuerzo superior al promedio, sino que se requiere emplear algo más. Así, la jurisprudencia estadounidense ha señalado que el autor debe haber creado la obra “con su propia habilidad, trabajo y juicio, sin copiar directamente o imitar evasivamente el trabajo de otro”. Se ha dicho,

⁶³ CAMERON, C. T. 2006. In *Defiance of Bridgeman: Claiming Copyright in Photographic Reproductions of Public Domain Works*. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 15, p. 41.

⁶⁴ ALLAN, R. J. 2007. *After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art*. [en línea] *University of Pennsylvania Law Review*, 155, pp. 976–977
<<https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue4/Allan155U.Pa.L.Rev.961%282007%29.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].

además, que el requisito exigido corresponde a una habilidad artística verdadera (*true artistic skill*), y no a una mera habilidad de artesano (*skill of an artisan*).⁶⁵

El *sweat of the brow* despierta ciertas dudas. Su principal problema es la falta de certeza, ya que no entrega elementos claros para determinar cuándo una obra será merecedora de protección. Esto obligará a que sean los jueces, a fin de cuentas, quienes deban dilucidar el dilema.⁶⁶ Lo que para alguien pueda significar una labor que requiere gran dedicación y conocimientos, puede ser para otra una tarea simple o mecánica. Sin ir más lejos, y tomando en cuenta el tema de la presente monografía, existen diversas formas de digitalizar una obra, como en el caso de los libros. Los libros o documentos pueden ser digitalizados ya sea a través de su escaneo o a través de su transcripción. ¿Son ambos resultados protegibles por el derecho de autor o habría que ver en cuál se invirtió más esfuerzo?

Otro de los problemas del *sweat of the brow* es que al proteger el esfuerzo dedicado en la confección de la obra, y no la originalidad de su

⁶⁵ Citando el caso *Alva Studios, Inc. v. Winninger*. MATZ, R. C. 2000. Public Domain Works of Art: *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* Berkeley Technology Law Journal, 15, p. 8.

⁶⁶ COLOMBET, C. 1997. Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: Estudio de derecho comparado. Ediciones UNESCO/CINDOC. p. 15.

expresión, se llegaría incluso a una especie de protección de los hechos. En Canadá, país que recogía este criterio al momento de determinar si una obra estaba protegida o no por el derecho de autor, se señaló que era posible proteger mapas, que están hechos a partir de información fáctica, como la geografía de un lugar determinado o las carreteras y caminos existentes. En la causa *Weetman v. Baldwin* un tribunal canadiense concluyó que el esfuerzo y dedicación invertidos al momento de registrar las rutas existentes en una montaña eran suficientes para proteger el mapa en el que fueron indicadas.⁶⁷ Lo que se pretende con este tipo de protección es que los terceros que quieran utilizar tal información estén limitados a dos opciones: recolectar la información por sí mismos o pagarle a quien la haya recolectado primero.⁶⁸ En Estados Unidos se han rechazado estos intentos por monopolizar información fáctica a través del derecho de autor, optando por determinar su protección examinando la originalidad de la forma en que está expresada tal información. Así, en el caso *Miller v. Universal City Studios Inc* se sostuvo:

“La línea trazada entre los hechos no protegibles por el derecho de autor y la expresión protegible de los hechos tiene un rol

⁶⁷ SCASSA, op. cit., pp. 261–262.

⁶⁸ SCASSA, op. cit., p. 263.

fundamental en el derecho de autor. Proporciona un medio de equilibrar el interés del público en la estimulación de la actividad creativa [...] en contra de la necesidad del público de tener acceso sin restricciones a la información. Permite que un autor posterior aproveche y añada a los logros anteriores sin duplicar innecesariamente su esfuerzo”.⁶⁹

Algunos autores han señalado que si bien el criterio del *sweat of the brow* es útil, no es suficiente para poder determinar si una obra es protegible o no.⁷⁰ Se ha dicho que “la ‘habilidad’ de la pieza no puede ser aislada como un elemento protegible, y un trabajo protegido únicamente por su habilidad carecería de nuevas distinciones identificables y protegibles”.⁷¹ De lo contrario, se permitiría la protección de reproducciones exactas de obras preexistentes, lo que no generaría un beneficio nuevo para la sociedad.⁷² Se requiere, por lo tanto, un elemento distinto, que sirva como pilar central para determinar la protección de una obra. Las dificultades que genera el criterio llevaron en 1991 a la Corte Suprema de Estados Unidos a concluir que el *sweat of the brow* no era lo suficientemente eficaz para

⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DEL QUINTO CIRCUITO. 1981. *Miller v. Universal City Studios, Inc.* [en línea] <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/650_F2d_1365.htm> [consulta: 13 de julio de 2013]

⁷⁰ CAMERON, op. cit., p. 54.

⁷¹ BUTLER, K. C. 1998. Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Magnets: The Plot to Control Art Images in the Public Domain Through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 55, p. 93.

⁷² BUTLER, op. cit., p. 92.

determinar si una obra era o no protegible por el derecho de autor.⁷³ No obstante, aún existen países que lo siguen utilizando como criterio.⁷⁴

5.2. La originalidad

Un breve vistazo a la legislación sobre derecho de autor de cada país permite distinguir un elemento que se repite al momento de definir qué tipo de obras son protegidas por esta figura jurídica. Tal elemento es la originalidad, que está presente en estas normas expresamente o a través de frases que apuntan a su esencia.⁷⁵ Así, la *Copyright Act* de Estados Unidos establece que una obra podrá ser protegida a través del derecho de autor si consiste en una “obra original de autoría fijada en cualquier medio de expresión tangible”. El requisito también está presente en las leyes de países como España,⁷⁶ Austria, Nicaragua, Túnez y Marruecos.⁷⁷ Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define la palabra obra como “toda creación intelectual, original, expresada en una forma

⁷³ BLANKE, J. M. 2002. Vincent Van Gogh, “Sweat of the Brow”, and Database Protection. [en línea] *American Business Law Journal*, 39, p. 656 <<http://ssbea.mercer.edu/blanke/ABLJvanGogh.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

⁷⁴ En 1996, la Unión Europea reconoció en una de sus directivas un derecho *sui generis* que protege aquellas bases de datos que si bien no tienen una composición o selección original, sí han sido producto de una inversión relevante en la obtención o presentación de sus elementos. BLANKE, pp. 675–676.

⁷⁵ COLOMBET, op. cit., pp. 13–14.

⁷⁶ La ley de propiedad intelectual de España señala que “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte”.

⁷⁷ COLOMBET, op. cit., p. 13.

reproducible”.⁷⁸ La Comunidad Andina, en su Decisión 351 sobre derecho de autor y derechos conexos, definió obra como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.⁷⁹ La originalidad es, por tanto, una idea de suma relevancia al momento de determinar cuál es el objeto de protección del derecho de autor.

Es tal su importancia que el autor brasileño Henry Jessen ha sostenido:

“La originalidad es *conditio sine qua non* para el reconocimiento de la obra como producto de la inteligencia creadora. Sólo la creación permite producir con originalidad. Poco importa el tamaño, la extensión, la duración de la obra. Podrá ser indiferentemente grande o pequeña; sus dimensiones en el tiempo o en el espacio no tendrán importancia [...] Sin esfuerzo creador no hay originalidad, no hay obra y, por consiguiente, no hay protección”.⁸⁰

⁷⁸ Citando el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, voz 262. VEGA JARAMILLO, A. 2010. Manual de derecho de autor. [en línea] Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, p. 16
<<http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20%28Alfredo%20Vega%29.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].

⁷⁹ COMUNIDAD ANDINA. 1993. Decisión 351: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. [en línea] <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>> [consulta: 10 agosto 2012].

⁸⁰ JESSEN, H. 1970. Derechos intelectuales: De los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 63.

Sin embargo, la originalidad no es un concepto fácil de definir, siendo muchas veces confundida con la idea de novedad, que es utilizada en materia de propiedad industrial. La doctrina francesa opta por separar ambos conceptos, señalando que la originalidad se caracteriza por una apreciación subjetiva, mientras que la novedad se mide objetivamente. De esta forma, Claude Colombet define a la originalidad como “la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador”, y a la novedad como “la ausencia de homólogo en el pasado”.⁸¹ Por su parte, Ricardo Antequera señala que una obra original, “por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otra del mismo género”, diferenciándola así de las meras copias de la creación de otros y de las obras que solo requieren de técnica.⁸² En relación a la diferencia entre las ideas de novedad y originalidad, dicho autor sostiene: “Mientras la novedad alude a contenidos (y por eso las invenciones son patentables en cuanto constituyan una solución técnica novedosa y no por la manera como se exterioricen), la originalidad apunta a formas de expresión o, en su caso,

⁸¹ COLOMBET, op. cit., p. 13.

⁸² ANTEQUERA PARILLI, R. 2007. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid, Editorial Reus. p. 51.

a selección o disposición de contenidos”.⁸³ La novedad dice relación más bien con la aplicabilidad industrial de la obra en cuestión, es decir, se encuentra delimitada “sobre la base de una nota de objetividad y superación del estado técnico en un momento determinado”.⁸⁴ Delia Lipszyc aclara que “las obras también pueden ser novedosas, pero el derecho de autor no exige la novedad como una condición necesaria de la protección”.⁸⁵

Un punto de partida al momento de analizar este elemento, antes de revisar las aproximaciones jurídicas al tema, es buscando cuál es su significado de uso general. Para esto se puede revisar el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que recoge diversas acepciones. Una de ellas define “original” como “dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor”. Otra definición sostiene que es un adjetivo “que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad”.⁸⁶ La existencia de diversas acepciones al momento de definir originalidad no es algo exclusivo de los

⁸³ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., pp. 54–55.

⁸⁴ TACTUK RETIF, A. 2009. El derecho de transformación: Especial referencia a la parodia. [en línea] Getafe, Universidad Carlos III de Madrid. p. 40 <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7355/1/aurora_tactuk_tesis.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].

⁸⁵ LIPSZYC, op. cit., p. 65.

⁸⁶ RAE. Original. [en línea] <http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=original&val_aux=&origen=REDRAE> [consulta: 30 diciembre 2012]

diccionarios. Los autores ligados al derecho de autor tampoco tienen una definición única al momento de tratar el tema, por lo que se pueden diferenciar dos corrientes dentro de la doctrina: la originalidad objetiva y la subjetiva.⁸⁷

5.2.1. Originalidad objetiva

La originalidad objetiva se encuentra más ligada a la idea de novedad de la propiedad industrial. Lo anterior se debe a que este criterio es utilizado mayormente en el derecho anglosajón, donde la obra posee una mayor relevancia que la figura del autor, producto de una “vocación económica más que personalista”.⁸⁸ Este tipo de originalidad está a su vez dividida en dos vertientes, denominadas novedad objetiva y novedad subjetiva. La novedad objetiva es aquella conformada por las creaciones humanas que sean objetivamente nuevas, es decir, “requiere la aportación al patrimonio cultural de algo que con anterioridad a la misma no existía”. Si no se

⁸⁷ REAL MÁRQUEZ, M. 2001. El requisito de la originalidad en los derechos de autor. [en línea] University of Alicante Intellectual Property & Information Technology, p. 3
<http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

⁸⁸ MÁRQUEZ ROBLEDO, S. 2004. Principios generales del derecho de autor. [en línea] Tesis para optar al título de abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javierana. p. 99
<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS23.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

cumple dicho requisito, la obra en cuestión no podrá ser protegida.⁸⁹ Por lo tanto, para determinar si una obra es objetivamente original será necesario no solamente examinar la obra en sí, sino que todo el resto de las obras existentes, para saber si efectivamente es un nuevo aporte al patrimonio cultural. Dicha tarea, que de por sí parece extremadamente difícil, se torna prácticamente imposible al no existir en la actualidad registros obligatorios de las obras protegidas.

Dentro de este criterio no hay acuerdo respecto del grado de novedad exigible para la protección de una obra. Un sector de la doctrina exige una novedad absoluta, es decir que la obra sea totalmente nueva, mientras que otro sector opta por una novedad relativa. El número de obras que será protegido dependerá de la elección que se haga sobre este punto: “cuando mayor originalidad tenga una obra mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas y viceversa”.⁹⁰ Lipzyc, por ejemplo, señala que la originalidad no debe ser absoluta, ya que en el derecho de autor el término creación no significa “sacar algo de la nada”. Según la autora, “no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena

⁸⁹ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 3.

⁹⁰ REAL MÁRQUEZ, op. cit., pp. 3–4.

[...] el derecho de autor admite que la creación intelectual se realice sobre la base de elementos previos”. Lo que exige, por lo tanto, es que “la obra sea distinta de las que existían con anterioridad, que no sea una copia o imitación de otra”.⁹¹

Aunque la novedad objetiva es generalmente ligada al sistema anglosajón, también ha sido reconocido por la jurisprudencia continental. El Tribunal Supremo de España sostuvo en una sentencia del año 2004:

“Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador”.⁹²

La novedad objetiva, sobre todo en su vertiente absoluta, ha sido criticada ya que consiste en un criterio muy parecido al requisito de novedad utilizado en materia de propiedad industrial. Tal similitud es

⁹¹ LIPSZYC, op. cit., p. 66.

⁹² ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 52.

cuestionable si se toman en cuenta los objetivos que ambas instituciones persiguen. Así, en materia de patentes lo que se busca es proteger “la innovación tecnológica y, normalmente, cada nueva patente desbanca una anterior que tecnológicamente ya se ha quedado anticuada”, mientras que en el derecho de autor se protegen “las aportaciones individuales al patrimonio cultural de la nación sin que las nuevas aportaciones devalúen las anteriores”.⁹³

La novedad subjetiva, por su parte, sostiene que una obra será original “en la medida en que sea fruto de la creación de su autor, a pesar de que existiera otra obra igual, siempre y cuando éste no haya querido copiar la existente ni consciente ni inconscientemente”.⁹⁴ Uno de los problemas de esta doctrina es que permitiría la protección de obras iguales, mientras tengan distinto titular. Además, ante la existencia de dos o más obras que posean un alto grado de similitud, se deberá probar que no hubo deseos de copiar a la preexistente.⁹⁵ Se genera por lo tanto un problema de tipo procesal, al establecer un nivel probatorio mayor en contra de la parte

⁹³ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 4.

⁹⁴ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 4.

⁹⁵ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 5.

demanda, que deberá acreditar que las similitudes entre su obra y la del demandante son producto de una coincidencia, y no fueron premeditadas.

5.2.2. Originalidad subjetiva

Una creación tendrá originalidad subjetiva cuando sea “el reflejo de la personalidad de su autor”.⁹⁶ Es decir, debe tener características propias que permitan distinguirla a grandes rasgos de otras obras del mismo género.⁹⁷ En ningún caso se exige que se pueda determinar quién es el autor de la obra con el simple hecho de mirarla, sino simplemente que la creación en cuestión tenga plasmada su personalidad. Esta concepción de originalidad está más ligada a las ideas de singularidad o individualidad que al de novedad. La razón es que la originalidad subjetiva es utilizada principalmente en el derecho de autor de corriente civil, en el que se le otorga una mayor relevancia a la figura del autor frente a la obra.⁹⁸ Un ejemplo de la relevancia del autor en el sistema continental es el reconocimiento que se hace de los derechos morales, que pertenecen a él incluso después de haber transferido los derechos patrimoniales sobre la obra. Un fallo del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad

⁹⁶ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 5.

⁹⁷ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 51.

⁹⁸ MÁRQUEZ ROBLEDO, op. cit., p. 96.

Intelectual de Perú permite identificar más claramente las características básicas de este criterio de protección:

“Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural artístico, científico o literario – ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor”.⁹⁹

Esta postura ha sido criticada por ciertos autores, ya que permitiría la protección de obras que son simplemente copias de otras, debiendo cumplir solamente el requisito de reflejar la personalidad de su autor. La crítica en cuestión puede ser rebatida señalando que no todas las creaciones humanas

⁹⁹ INDECOPI. Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI. [en línea] <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/-1/Resolucion0286-98-TPI.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012]

reflejan la personalidad de sus autores, por lo que no toda copia de una obra preexistente será protegida a través de este criterio. Además, en el caso que la “copia” refleje efectivamente la personalidad del autor que la creó, estaríamos frente a una nueva obra que goza de individualidad debido a ese reflejo, por lo que no habría problema alguno en protegerla a través del derecho de autor.¹⁰⁰ Distinto es el caso de, por ejemplo, “copias serviles” que se limitan a reproducir una obra preexistente con la mayor fidelidad posible, sin que se puedan notar diferencias entre ellas.

Por otro lado, no es del todo claro cuándo se cumpliría con el requisito exigido por el criterio de la originalidad subjetiva, ya que un sector de la doctrina sostiene que toda creación humana es protegible, dado que refleja la personalidad de su autor, y otro sector sostiene que el criterio en cuestión restringiría el actual espectro de obras protegidas. Se ha respondido a este cuestionamiento señalando que “una cosa es determinar quién ha sido el creador de un objeto y otra cosa pronunciarse sobre la originalidad del mismo, es decir, la ausencia o desconocimiento del autor no condiciona la

¹⁰⁰ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 5.

originalidad de la creación”.¹⁰¹ Por lo tanto, no podría sostenerse que la originalidad subjetiva permitiría que toda creación humana sea protegible.

Respecto al segundo punto, relativo a que la originalidad subjetiva restringiría el actual espectro de obras protegidas, se ha dicho que ciertos tipos de obras no reflejan claramente la personalidad de su creador, por lo que no podrían estar protegidas por el derecho de autor. Un ejemplo de este son las bases de datos y el software, que responden “más a aplicaciones técnicas de algoritmos matemáticos o a un orden sistematizado indicado por la lógica”.¹⁰² Sin embargo, esta crítica ha sido respondida señalando que en el caso de las obras citadas si existe un reflejo de la personalidad del autor o autores, aunque es más difícil de percibir que en el caso de las pinturas o las esculturas. Así, “los desarrolladores de software escriben los programas dependiendo de una cantidad de variables (fin del programa, plataforma en la que corre, etc) y una de ellas es su personalidad. Este reflejo puede ser el código fuente o incluso tan solo en los colores que se ven en la pantalla”.¹⁰³ Además, se ha aclarado que la originalidad subjetiva no debe ser confundida con el mérito o valor artístico de la obra. Según Lipzyc, “el juez

¹⁰¹ REAL MÁRQUEZ, op. cit., p. 6.

¹⁰² MÁRQUEZ ROBLEDO, op. cit., p. 97.

¹⁰³ MÁRQUEZ ROBLEDO, op. cit., p. 98.

deberá verificar si la obra contiene la impronta de la personalidad del autor, con lo cual quedará satisfecho el requisito de originalidad, sin que el valor que se le atribuya a la obra pueda actuar como condicionante de la protección”.¹⁰⁴

La noción de originalidad subjetiva puede relacionarse con la distinción que hace el derecho de autor respecto de las ideas y las formas de expresión de estas. Como se ha reconocido en diversos tratados internacionales y leyes de países a lo largo del mundo, lo que el derecho de autor protege es la expresión de las ideas y no las ideas en sí mismas. En otras palabras, solo se protege “al ropaje con que las ideas se visten”.¹⁰⁵ Es posible, por lo tanto, que dos o más autores se basen en la misma idea logrando obras distintas entre sí, ya que la personalidad de cada autor la interpretará y expresará de diversa forma. Un ejemplo de esto se puede observar en el arte religioso, y específicamente en el cristiano, que ha producido diversas obras a pesar de tener un número limitado de temas.¹⁰⁶

¹⁰⁴ LIPSZYC, op. cit., p. 67.

¹⁰⁵ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 45.

¹⁰⁶ Temas como “la crucifixión”, “el bautismo de Cristo”, “la ascunción de la virgen” o “las bodas de Caná” han sido interpretados por numerosos artistas, quienes han producido obras que a pesar de estar basadas en la misma idea, pueden ser diferenciadas entre sí. Un ejemplo es lo que ocurre con “la última cena”, que si bien tiene su representación más conocida en un mural de Leonardo da Vinci, también ha sido objeto de pintores como Duccio di Buoninsegna, Peter Paul Rubens y Salvador Dalí.

Que las obras resultantes estén protegidas por el derecho de autor no impide que la idea pueda ser posteriormente utilizada por otros autores, ya que es solo la forma en que fue expresada lo que se protegió. Así, según palabras de David Nimmer:

“El derecho de autor sobre un caniche de peluche [...] no puede impedir que cualquier otra persona comercialice su propio caniche; el dibujo de un pajar no concede ningún derecho que prevenga que otros dibujen el mismo pajar; y una fotografía de Oscar Wilde no impide que otros tomen una fotografía distinta del célebre dramaturgo”.¹⁰⁷

La diferenciación ya señalada no se limita simplemente a las ideas, sino también a la utilización de elementos que se encuentren en una obra ajena, siempre y cuando tales elementos sean tomados de forma aislada. Sólo existiría infracción del derecho de autor cuando se tome “el conjunto de los elementos que reflejan la individualidad de la obra”.¹⁰⁸ Como señala Ricardo Antequera al referirse a un razonamiento de un tribunal del estado de Nueva York:

¹⁰⁷ NIMMER, D. 2001. Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality. [en línea] Houston Law Review, 38, p. 21 <http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1_pdf/HLR38P1.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].

¹⁰⁸ LIPSZYC, op. cit., p. 63.

“Si bien en abstracto no son protegibles ni las rampas, ni las figuras de los carpinteros, gorilas o heroínas, sí son objeto de protección frente a la apropiación de terceros la particular expresión de *Donkey Kong*, el malvado gorila y la de un heroico carpintero que debe esquivar varios obstáculos mientras ascendiendo por escaleras, recoge premios para rescatar a una chica pelirroja, retenida por el gorila”.¹⁰⁹

El resultado de esta concepción es en ocasiones “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”.¹¹⁰ La distinción entre idea y forma de expresión sería más difusa en el caso de adoptar un criterio como el de la novedad de la propiedad industrial. Dado que en tal caso solo se protegerían las obras que fuesen distintas a las ya existentes, sería difícil proteger aquellas obras que tienen ciertas similitudes entre sí. En caso de adoptar un criterio como el de la novedad en materia de derecho de autor, la creación de Mickey Mouse, por ejemplo, habría impedido la posterior creación de otros ratones animados antropomórficos.

¹⁰⁹ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 49.

¹¹⁰ LIPSZYC, op. cit., p. 62.

La originalidad subjetiva, unida a la diferenciación entre ideas y formas de expresión, previene que tal monopolio sea posible.

5.2.3. Criterio intermedio

Ante la ambigüedad de la jurisprudencia al momento de optar por la originalidad objetiva o la subjetiva, parte de la doctrina española ha optado por crear un criterio intermedio, que engloba elementos de ambas posiciones. Se ha señalado que determinar si una obra está protegida en virtud del criterio de la originalidad objetiva es inviable, ya que exige comparar la obra con todo lo existente en el patrimonio cultural anteriormente, mientras que la delimitación de la originalidad subjetiva como reflejo de la personalidad, “nos obligaría a un estudio detallado por parte de expertos en la materia para otorgar protección a cualquier obra”. Dado que por separado ambos criterios no resultan prácticos, algunos autores españoles decidieron unirlos, ya que no son incompatibles entre sí.¹¹¹

El criterio intermedio, aunque combina ambas posiciones, toma como base la originalidad subjetiva, estableciendo como requisito adicional a esta

¹¹¹ REAL MÁRQUEZ, op. cit. p. 9.

la necesidad de una cierta “altura creativa”, similar al de la originalidad objetiva. Es decir, se refuerza el criterio de la originalidad subjetiva con la exigencia de no copiar obras pertenecientes al patrimonio cultural ya existente.¹¹²

* * *

Explicadas las tres doctrinas señaladas, y sin importar cuál se adopte, todas permiten concluir que la copia fidedigna que se haga de una obra preexistente no podrá ser protegida por el derecho de autor. El requisito de la originalidad no lo permitiría. La única posibilidad de protección podría venir de la mano de la originalidad subjetiva, siempre y cuando la reproducción o copia refleje la personalidad del autor. Pero en dicho caso la impronta personal del autor evitaría que la creación fuese una mera copia de la obra preexistente, ya que contendría elementos que la convertirían en una obra distinta, individualizable de la anterior.

Es preciso aclarar que la originalidad es una cuestión de hecho, por lo que deberá ser apreciada atendiendo a cada caso en particular. Es difícil establecer un criterio general que abarque a todos los tipos de obras.

¹¹² REAL MÁRQUEZ, op. cit., pp. 9–10.

CAPÍTULO VI

PROTECCIÓN DE LA FOTOGRAFÍA

La protección de las fotografías requiere una explicación separada, ya que la naturaleza de esta actividad varía, a lo menos superficialmente, de disciplinas como la pintura o la escritura. La creación de la fotografía levantó escepticismo al momento de determinar si formaban parte de las obras que son protegidas por el derecho de autor, sobre todo por su carácter mecánico.¹¹³ Antes de la fotografía, el derecho de autor se debió relacionar con artes “manuales” (que requerían la utilización de cinceles, brochas) y “abstractas” (la escritura), por lo que la nueva naturaleza que implicaba la fotografía era difícil de comprender.¹¹⁴ Además, tal disciplina tiene como característica principal su fidelidad al momento de registrar algo. Cuando se fotografía, por ejemplo, un jarrón, el resultado será una imagen lo más parecida posible al jarrón.¹¹⁵ ¿Cómo, entonces, se puede cumplir el requisito de originalidad en este tipo de obras? Se ha entendido que la originalidad de

¹¹³ CAMERON, op. cit., p. 38.

¹¹⁴ HUGHES, J. 2011. The Photographer’s Copyright. [en línea] Cardozo Legal Studies Research Paper. p. 6 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931220> [consulta: 30 diciembre 2012].

¹¹⁵ Una de estas críticas, como se señala en el caso SHL Imaging, Inc. v. Artisan House, Inc. de la jurisprudencia estadounidense, es que la fotografía “copia todo pero no explica nada, es ciega en la esfera del espíritu”.

la obra dependerá de las decisiones que tome el fotógrafo acerca de elementos como la luz, la ubicación de la cámara, el ángulo desde el cual se toma la fotografía, entre otros.¹¹⁶ Son estas decisiones las que le otorgarán originalidad a la fotografía, ya que constituye un ejercicio intelectual que variará dependiendo de cada fotógrafo. Enfrentados ante el mismo objeto, es difícil que dos fotógrafos logren exactamente el mismo resultado. La fotografía, por lo tanto, registra una porción de la realidad, la que dependerá de la decisión realizada por quien tome dicha fotografía. La compleja labor del fotógrafo se puede ver reflejada en la descripción que hace el siguiente pasaje:

“El fotógrafo selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, mide la luz, prepara la cámara fotográfica y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos. Emplea técnicas diversas como, por ejemplo, la exposición múltiple de un mismo negativo, lo cual le permite construir una historia en el cuadro, ‘fabricar’ la imagen de quienes están protagonizando el evento que quiere retratar. A veces parte de un boceto, de un dibujo de la imagen antes de empezar las tomas”.¹¹⁷

¹¹⁶ DOBSON, op. cit., pp. 325–326.

¹¹⁷ LIPSZYC, op. cit., p. 84.

En relación a la ley británica, se ha sostenido que las fotografías pueden cumplir el requisito de originalidad en tres casos. El primero depende de cómo es registrada la fotografía, siendo relevantes la iluminación, filtros, ángulos, exposición y efectos en general. No será lo mismo tomar la fotografía de una estatua de frente que de costado. El segundo caso dice relación con la oportunidad (*timing*), es decir, con el momento elegido para capturar la escena en cuestión. Por ejemplo, dos fotografías de un caballo galopando serán distintas entre sí según el instante en que se hayan tomado. Y finalmente, el tercer caso tiene relación con la creación de la escena registrada, como en el caso que se determina su composición.¹¹⁸ La doctrina estadounidense ha establecido criterios similares, sosteniendo que los tres aspectos en virtud de los cuales una fotografía puede ser original son: elementos que no dependen de la creación de la escena (como el uso de la luz, filtros, lentes, ángulos, exposición), elementos que dicen relación con la composición de la escena (la pose o ubicación de los elementos a fotografiar), y por último la oportunidad (*timing*).¹¹⁹

¹¹⁸ DOBSON, op. cit., pp. 344–345.

¹¹⁹ ATKINSON-BONASIO, A. 2011. Intellectual Property in Photographs: Bridgeman Art Library, Ltd. V. Corel Corp. [en línea] p. 3

Respecto a la elección de filtros o lentes al momento de tomar una fotografía, se ha señalado que no son éstas decisiones por sí solas las que le otorgan la originalidad necesaria a la obra para estar protegida por el derecho de autor. Lo que es relevante es el resultado que se logra con tales decisiones.¹²⁰ Es decir, estos elementos pueden servir como evidencia de la originalidad, pero no se bastan por sí mismos para probarla, ya que será necesario examinar la imagen resultante. Para ejemplificar esto de forma más clara, se puede decir que “la originalidad de un guion no puede depender de la elección del procesador de texto”.¹²¹ Basar la protección de una fotografía exclusivamente en la utilización de determinado equipamiento o incluso en la dedicación invertida por el autor está más ligado a un criterio como el del *sweat of the brow* que al de la originalidad.

Si bien la fotografía es un tipo de obra que está protegida por el derecho de autor, autores estadounidenses han señalado que éstas carecerán de originalidad, y por lo tanto no cumplirían con tal requisito exigido para la protección, en dos casos. El primero de ellos corresponde a la fotografía de una fotografía u otra obra impresa, donde el resultado no es más que una

<<http://www.alicebonasio.com/Research/PDFs/Intellectual%20Property%20in%20Photographs.pdf>>
[consulta: 30 diciembre 2012].

¹²⁰ HUGHES, op. cit., p. 36.

¹²¹ HUGHES, op. cit., p. 37.

copia servil (*slavish copy*) del objeto fotografiado. El segundo caso tiene lugar cuando un fotógrafo imita las decisiones tomadas por otro en relación a la iluminación, objeto, ángulos u otros, para lograr el resultado creado en una fotografía preexistente.¹²²

Por lo tanto, la protección de una fotografía va a depender en gran parte de la naturaleza del objeto registrado, debiendo diferenciar entre aquellos que son bidimensionales y los que son tridimensionales.¹²³ Al fotografiar un objeto tridimensional, como una escultura, el fotógrafo deberá determinar aspectos como la iluminación, el ángulo o el lente a utilizar, lo que dependerá de la visión de cada fotógrafo. Según la decisión que adopte, la fotografía resultante será distinta. La fotografía de un objeto bidimensional, en tanto, no variará en aquellos casos donde lo que se pretende es reproducir dicho objeto los más fielmente posible. No obstante, es necesario aclarar que esta diferenciación ha sido criticada por los partidarios del criterio del *sweat of the brow*, quienes han señalado que “una fotografía no puede duplicar de forma precisa una escultura – la fotografía

¹²² DOBSON, op. cit., pp. 325–326.

¹²³ BUTLER, op. cit., p. 107.

solo captura una porción de la obra. Pero el mismo argumento puede hacerse respecto de la fotografía del detalle de una obra bidimensional”.¹²⁴

En España la protección de la fotografía tiene ciertas características que la diferencian de la regulación existente en otros países. La ley española diferencia entre las llamadas “obras fotográficas” y las “meras fotografías”. Las primeras constituyen creaciones intelectuales que gozan de protección por parte del derecho de autor, mientras que las segundas poseen una protección menor.¹²⁵ Lo que diferencia a una y otra es que la obra fotográfica es una creación original artística. Se ha sostenido que “toda fotografía que implique un trabajo de planeamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, deberá considerarse original”. Las meras fotografías, por su parte, serán aquellas que “se limitan a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta”.¹²⁶ La protección de las meras fotografías es más limitada que el de las obras fotográficas, que gozan de los derechos de toda obra protegida por el

¹²⁴ ALLAN, op. cit., p. 978.

¹²⁵ BONDÍA ROMÁN, F. 2006. Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones. [en línea] Anuario de Derecho Civil, LIX. p. 1 <<http://www.caborian.com/wp-content/uploads/2009/11/Los-derechos-sobre-las-fotograf%C3%ADas-y-sus-limitaciones.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

¹²⁶ BONDÍA ROMÁN, op. cit., pp. 7–8.

derecho de autor, incluyendo los derechos morales. Los de la mera fotografía solo abarcan los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, careciendo de derechos morales y de otros derechos exclusivos. Además, la duración de ambas protecciones es distinta, teniendo las meras fotografía solo 25 años que se cuentan desde su creación.¹²⁷

La situación en España puede levantar algunas dudas respecto al tema estudiado en el presente trabajo. Si las meras fotografías son aquellas que carecen de originalidad artística, ¿cuál es el límite de esta categoría? ¿Toda fotografía que carece de originalidad es mera fotografía? Esto podría ser problemático si se toma en cuenta que pese a tener una protección menor al de las obras fotográficas, las meras fotografías aún así se encuentran protegidas. Se podría señalar que la fotografía que se realiza de una obra plástica en el dominio público está sujeta a esta protección sui generis en España, ya que debido a su falta de originalidad no es una obra fotográfica. Sin embargo, las dudas planteadas desaparecen al momento de estudiar la institución de la reproducción. Esto ha llevado a la doctrina española ha

¹²⁷ BONDÍA ROMÁN, op. cit., pp. 22–26.

concluir que las fotografías de obras plásticas no son meras fotografías sino que reproducciones.¹²⁸

¹²⁸ “Aunque por la ausencia de una total identidad entre el original y la fotografía se haya dudado sobre la existencia de una auténtica reproducción de la obra plástica, ya se lleve a cabo ésta manualmente o por medios audiovisuales o fotográficos, lo cierto es que en este último caso para la LPI se produce un acto de reproducción”. BONDÍA ROMÁN, op. cit., p. 27.

CAPÍTULO VII

REPRODUCCIONES Y OBRAS DERIVADAS

Al hablar de la originalidad como elemento de las obras protegidas por el derecho de autor, es necesario además referirse a las reproducciones y las obras derivadas. Ambas constituyen los productos de dos derechos, el de reproducción y el de variación, adaptación o transformación, que son reconocidos por tratados internacionales y la legislación interna de los países como algunos de los derechos patrimoniales exclusivos que posee un autor sobre su obra protegida.¹²⁹ Dado que el presente trabajo se centra en el dominio público, no se entrará en mayores detalles respecto de tales derechos, ya que se entiende que el uso tales obras ya no está sujeto a la voluntad del autor, sino que cualquier persona es libre de utilizarlas como les plazca. Lo que se analizará a continuación son los productos que surgen de estos derechos y la eventual protección de estos.

La razón del siguiente examen es que la digitalización de una determinada obra requiere la existencia de una obra base, es decir, el objeto

¹²⁹ El Convenio de Berna reconoce el derecho de reproducción en su artículo 9 y el de transformación en el 12. En el caso de Chile, las letras c) y d) del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual reconocen los derechos de reproducción y transformación, respectivamente.

que será digitalizado. Las versiones digitales de obras en el dominio público no consisten en obras originarias o creadas desde cero, sino que requieren la existencia de la obra que fue digitalizada (la pintura, el libro, el documento, la escultura). Por lo tanto, es necesario determinar si tales versiones digitalizadas corresponden a una reproducción o a una obra derivada, lo que influirá también en la protección que recibirán. Se ha señalado que si la transformación de una determinada obra no es lo suficientemente relevante para dar lugar a una obra derivada, entonces estamos ante una reproducción.¹³⁰

7.1. Reproducción

La reproducción, según nuestra ley de propiedad intelectual, es “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.¹³¹

La OMPI establece una definición similar pero más completa, al señalar que el derecho de reproducción consiste en “una [nueva] fijación de una obra [...] suficientemente estable como para que pueda ser percibida,

¹³⁰ TACTUK RETIF, op. cit., p. 123.

¹³¹ CHILE. Ley 17.336. Artículo 5 letra u).

reproducida y comunicada [de nuevo]”.¹³² Estas definiciones difieren del sentido general de la palabra reproducción, que la limita a la idea de copiar o multiplicar un determinado objeto. Como señala Antequera, la reproducción –vista desde la óptica del derecho de autor- engloba tanto la idea de obtener varios ejemplares como la de fijar la obra en un determinado soporte.¹³³ Así, serán reproducciones de un discurso tanto su grabación en una cinta de audio como la transcripción literal que se haga de él. Lo mismo el hecho de fotocopiar un libro o de copiarlo a mano palabra por palabra.

Los modos de reproducción son múltiples, incluyendo el dibujo, el grabado, la fotocopia, el moldeado, la impresión, la microfilmación, y básicamente cualquier procedimiento “que permita comunicar la obra de una manera indirecta, es decir, a través de una copia de la obra en la que se corporiza la reproducción”.¹³⁴ Si bien algunas definiciones del derecho de reproducción solo mencionan la fijación material de la obra, se entiende que se puede ampliar hasta incluir a la inmaterial, como en el caso de las

¹³² FICSOR, op. cit., p. 320.

¹³³ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 101.

¹³⁴ LIPSZYC, op.cit., p. 180.

digitalizaciones.¹³⁵ Lo anterior tiene relación con el carácter simplemente enunciativo de las modalidades a través de las cuales se puede realizar una reproducción.¹³⁶ Dado que la reproducción abarca cualquier forma o procedimiento, da lo mismo que no se mencione la digitalización en alguna ley o tratado. La idea fue reconocida por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, al aclarar en una declaración concertada que las reglas relativas al derecho de reproducción establecido en el Convenio de Berna “son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.¹³⁷

La reproducción de obras plásticas ha dado origen a diversas opiniones. Existen autores que sostienen que es imposible reproducir este tipo de obras ya que el resultado nunca será el mismo al original: “una obra plástica singular tiene sus propias características, y el cambio del soporte de la obra plástica da lugar a una imagen de la obra que no se corresponde con la

¹³⁵ JADUE BECKER, K. 2004. El derecho de autor en las bibliotecas y galerías virtuales de Internet. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático, 4. p. 57 <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10673>> [consulta: 10 agosto 2012].

¹³⁶ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 102.

¹³⁷ Declaración concertada respecto del Artículo 1.4), Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

misma, por lo que se tratará de una obra derivada, es decir, que incorpora elementos de la obra anterior de la que parte”. Otra postura, menos extrema, sostiene que si bien la ejecución manual no puede ser considerada una reproducción de este tipo de obras, si acepta la reproducción a través de medios como la grabación audiovisual o la fotografía.¹³⁸ La exclusión de la reproducción manual de obras plásticas deriva, según estos autores, de la falta de identidad entre el original y la copia y de la “habilidad técnica necesaria para la realización de la copia que hace que esa actividad esté más cercana a la elaboración que a la reproducción, ya que el que copia siempre deja la impronta de su personalidad”.¹³⁹ Sin embargo, se ha criticado esta postura al señalar que la falta de identidad no se condice con la existencia de falsificaciones casi perfectas de obras de artistas famosos, las cuales muchas veces requieren de procedimientos especiales para determinar cuál de las obras es la original.¹⁴⁰ El argumento de la falta de identidad ha sido también atacado con la figura de la “reproducción representativa”, que no exige una identidad absoluta entre la copia y la obra original:

¹³⁸ RIBERA BLANES, B. 2002. El derecho de reproducción en la propiedad intelectual. Madrid, Librería-Editorial Dykinson. p. 186.

¹³⁹ RIBERA BLANES, op. cit., p. 187.

¹⁴⁰ RIBERA BLANES, op. cit., p. 188.

“Para que haya reproducción no es necesario que el ejemplar obtenido sea completamente idéntico, en cuanto al color o la dimensión al original, ni que se obtenga a través del mismo procedimiento, sino que es suficiente que el resultado en el que la reproducción se sustenta sea tal que se desarrolle tanto una función vicaria como una función simplemente representativa respecto al original, de forma que cualquier individuo pueda hacerse una composición mental de la obra intelectual, tal y como fue ideada y ejecutada por el autor”.¹⁴¹

En relación a las reproducciones realizadas a través de la fotografía o la grabación audiovisual, la respuesta a los autores que las excluyen como formas de reproducción es similar a la anteriormente citada. Se ha dicho que la utilización de un soporte distinto al de la obra original no es suficiente para sostener que estamos ante una nueva obra, ante una obra derivada. Además, dado que ni los tratados internacionales ni las leyes internas exigen que la reproducción sea realizada en el mismo soporte de la obra original, no corresponde hacer una distinción de este tipo.¹⁴²

La profesora Begoña Ribera ha sostenido que para poder determinar cuándo estamos ante una reproducción es necesario examinar dos aspectos,

¹⁴¹ RIBERA BLANES, op. cit., p. 191.

¹⁴² RIBERA BLANES, op. cit., pp. 192–193.

el resultado obtenido y el ánimo o voluntad del sujeto que reproduce. Ribera aclara que el elemento subjetivo, la voluntad de llevar a cabo una obra que reproduzca el original, no debe ser examinado por sí solo, sino que debe combinarse con el resultado obtenido. De esta forma, si el resultado es de tal calidad que las diferencias con el original son apenas perceptibles, entonces estaremos ante una reproducción. Por el contrario, si cualquier persona puede diferenciar el original de la copia, entonces se tratará de una transformación que dio origen a una obra diferente:

“Pensemos, por ejemplo, en un falsificador que realiza una copia casi perfecta –decimos casi perfecta porque la reproducción idéntica es prácticamente imposible- de ‘Las Meninas’ de Velázquez, ¿diríamos en este caso que se trata de una obra diferente? Obviamente no. Calificaríamos el resultado de ‘reproducción’ o ‘copia’ de la obra original realizada por Velázquez. Incluso en el caso de que al finalizar la pintura el tercero añade un trazo superficial que no estaba presente en el original, la existencia de ese elemento introducido por el autor a propósito no cambiaría la calificación del resultado obtenido”.¹⁴³

¹⁴³ RIBERA BLANES, op. cit., p. 194.

7.2. Obra derivada

Este tipo de obras surge a partir del ejercicio del derecho de transformación o adaptación sobre una obra preexistente. La ley chilena define 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”.¹⁴⁴ Por su parte, la ley define obra originaria como “aquella que es primigénitamente creada”.¹⁴⁵ El glosario de la OMPI aclara que en el caso de la obra originaria “su originalidad es absolutamente de primera mano y no meramente complementaria, como sucede en el caso de obras derivadas de otras obras”.¹⁴⁶ Que su originalidad sea de primera mano no significa que no esté basada en algo, como en una idea o en un hecho, ya que éstos están fuera de la protección del derecho de autor. Por lo tanto, una novela que tiene como tema central la venganza, o que está basada en la caída del Imperio Romano, puede ser perfectamente una obra originaria según los términos ya señalados. Según Lipzyc, se consideran obras originarias, primigenias o de primera mano aquellas que lo son “tanto en la composición como en la expresión”. La composición

¹⁴⁴ CHILE. Ley 17.336. Artículo 5 letra i).

¹⁴⁵ CHILE. Ley 17.336. Artículo 5 letra h).

¹⁴⁶ HERRERA, D. 1999. Propiedad Intelectual, derechos de autor: Ley No. 17.336 y sus modificaciones. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 56.

consiste en el plan de desarrollo de la obra, mientras que la expresión dice relación con su forma.¹⁴⁷

La obra derivada, por lo tanto, es creada a partir de una obra preexistente, que sirve como base. Ejemplos de obras derivadas son las traducciones, que requieren la existencia de una obra originaria, que en dicho caso es el texto a traducir. Otro caso de obra originaria son los collages, que se crean a partir de fotografías o imágenes preexistentes, que son combinadas de una forma que las transforme en una nueva creación. La protección que se da a este tipo de obras deriva precisamente del requisito de originalidad, ya que son las variaciones que se le hacen a la obra base las que serán protegidas por el derecho de autor.¹⁴⁸ Según lo señalado por la OMPI, “no puede significar cualquier transformación sino únicamente los que tienen como resultado nuevos elementos originales en relación con la forma inalterada de la obra”.¹⁴⁹ Además, tales variaciones deberán depender de la labor intelectual de su autor, y no a meros cambios triviales.¹⁵⁰ Es decir, se trata de “una actividad creadora que modifica o cambia parcialmente la identidad de la obra intelectual o artística inicial de manera

¹⁴⁷ LIPSZYC, op. cit., p. 70.

¹⁴⁸ DOBSON, op. cit., p. 326.

¹⁴⁹ FICSOR, op. cit., p. 30.

¹⁵⁰ BUTLER, op. cit., p. 79.

que resulta una presentación en forma distinta de la originaria”.¹⁵¹ Es necesario aclarar que la obra derivada no debe ser una mera copia de la obra preexistente, ya que en tal caso sería una reproducción, ni debe estar solamente inspirada en la obra originaria, ya que en dicho caso el vínculo entre ambas sería más difuso, con lo cual la nueva obra sería una obra independiente, distinta de la obra previa.

Por ejemplo, la adaptación cinematográfica que se haga de una historia que se encuentra en el dominio público, como *Blancanieves*, puede ser protegida a través del derecho de autor, pero esta protección sólo abarcará a aquellos elementos originales que los responsables de la adaptación hayan incorporado a la obra base. De esta forma, la historia de *Blancanieves* no estará protegida por la creación de la adaptación, sino que permanecerá en el dominio público, y solo los elementos adicionales, como el diseño de los personajes, las canciones y las variaciones en la trama, serán protegidos. Tal vez la versión cinematográfica más conocida de dicha historia sea la creada por Walt Disney en 1937, pero no es la única. El estudio de Disney no puede impedir que otras personas adapten la historia de los hermanos Grimm, ya que su versión no afecta la (ausencia de) protección de la obra.

¹⁵¹ TACTUK RETIF, op. cit. p. 112.

Lo mismo ocurre con la película *Frankenstein* (1931) de Universal Pictures, basada en la historia de la autora Mary Shelley. Dado que la novela se encuentra en el dominio público, cualquier persona puede hacer su propia adaptación cinematográfica de ella, pero cuidando de no copiar aquellos elementos adicionales que Universal agregó a la obra base, como el icónico maquillaje que debió usar Boris Karloff para interpretar a la criatura.

Del mismo modo, un artista podría tomar como base un libro que no se encuentre protegido por el derecho de autor, como *La araucana* de Alonso de Ercilla, y a partir de dicho texto realizar ilustraciones que sirvan como complemento al momento de leer el libro. En tal caso, solo las ilustraciones estarían protegidas por el derecho de autor, y el poema no se vería afectado. Esta diferencia entre obra originaria y elementos adicionales es relevante, ya que impide posibles monopolios sobre una obra que se encuentre en el dominio público. Permitir la protección total de la obra derivada entregaría una protección excesiva a la primera persona que realice la adaptación o transformación en cuestión, e impediría que otros realicen sus propias versiones en base a la obra originaria. La solución actual, por lo tanto, impide este peligro y estimula la creatividad de los autores, animándolos a

agregar nuevos elementos a los ya existentes. Para ejemplificar esto se puede citar la siguiente sentencia argentina:

“Tratándose de la música de bailes populares que integra el patrimonio nacional y están en el dominio público, solamente puede pretenderse la exclusividad por quien acredite que su versión contiene elementos propios y una inspiración original, con caracteres suficientes para considerar que existe una creación personal distinta de la originaria, caso en que la protección se limita únicamente a dicho aspecto

El transformador adquiere solo la propiedad de la forma particular que haya dado al acompañamiento y la transformación que haya podido hacer [...] sin poder fundarse en este derecho para impedir que un tercero haga una transformación diferente”.¹⁵²

Sin embargo, la OMPI advierte que no todos los ejemplos enumerados por los tratados internacionales y las leyes nacionales constituyen obras derivadas. Respecto de las traducciones, el organismo sostiene que es necesario diferenciar:

¹⁵² CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA C. 1978. Cresseri, A. Suc. Vs SADAIC. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=167>> [consulta: 30 diciembre 2012]

“En la ‘recreación’ de la obra en otro idioma deben encontrarse sus elementos originales –la misma estructura de los pensamientos, la misma expresión (sustantiva) de los sentimientos, la misma forma de presentación de la información, etc.- en una nueva forma diferente. Y es en gran medida el texto original el que determina si hay espacio o no para la creatividad. La traducción de una poesía, por ejemplo, requiere normalmente esfuerzos creativos, a menos que se haga una traducción aproximada (ofreciendo simplemente un vocabulario equivalente a las palabras del original). Por otra parte, un texto puramente técnico puede que no ofrezca la posibilidad de diversas opciones cuando se traduce con fidelidad; así pues, su traducción quizás no puede considerarse una creación intelectual y, por lo tanto, una obra”.¹⁵³

En el caso de reproducciones de obras en el dominio público, las instituciones que las crean sostienen que constituyen obras derivadas, distintas a las que sirven como base, y por lo tanto protegibles a través del derecho de autor.¹⁵⁴ Sin embargo, como ya se ha explicado, en el caso de las obras derivadas sólo son protegibles aquellos elementos que no están presentes en la obra subyacente.¹⁵⁵ Al momento de reproducir una obra de arte, el objetivo principal es lograr la mayor fidelidad posible respecto a

¹⁵³ FICSOR, op. cit., p. 29.

¹⁵⁴ MATZ, op. cit., p. 4.

¹⁵⁵ MATZ, op. cit., p. 6.

ella, parecerse lo más posible al trabajo que se está copiando. El mero cambio de medio, en este caso desde la obra física a una versión digital, no satisface el requisito de la variación distinguible (*distinguishable variation*).¹⁵⁶ Esto se debe a que cualquier conversión a un nuevo medio implicará la adopción de las características inherentes de dicho medio, como por ejemplo la fotografía de una pintura, que significa perder la textura que el lienzo y la pintura lograban. Estos cambios no dependen de decisiones artísticas de la persona a cargo de la reproducción, sino que son necesarios y triviales.¹⁵⁷ Lo mismo ha sostenido la Copyright Office de Estados Unidos, al señalar que “la versión digitalizada es una copia de la preexistente y estaría protegida como tal, pero no se crea una nueva obra de autor. Una novela puede ser digitalizada y almacenada en un medio electrónico. La protección depende de la situación de derechos de autor en la novela: la digitalización no añade ninguna autoría nueva [a la obra]”.¹⁵⁸

Se ha dicho también que dos fotografías de una misma obra de arte pueden variar entre sí, dependiendo de las elecciones que haga el fotógrafo

¹⁵⁶ MATZ, op. cit., p. 13.

¹⁵⁷ BUTLER, op. cit., pp. 111–113.

¹⁵⁸ U. S. COPYRIGHT OFFICE. 1998. Policy Decision on Copyrightability of Digitized Typefaces. [en línea] Volumen 53 (189): pp. 38110-38113 <<http://www.copyright.gov/history/mls/ML-393.pdf>> [consulta: 14 de Julio de 2013]

respecto de factores como la iluminación y los lentes que se ocupen en el proceso. La respuesta a este argumento ha señalado que tales diferencias no son relevantes, sino que simplemente triviales:

“Considere una lista de números de teléfono y la *Mona Lisa*. Ambos están en el dominio público, el primero porque es una lista de datos, y la segunda porque está fuera del derecho de autor. Si hubiera que crear un directorio telefónico de la lista de números copiándolos en un libro, esa colección no caería bajo el derecho de autor a pesar de las ligeras decisiones estilísticas realizadas, como el tamaño de la letra y el número de nombres en cada página. Lo mismo ocurriría con la *Mona Lisa*. Si uno fuera a tomar una reproducción fotográfica de la pintura, las ligeras diferencias de estilo no deberían ser suficientes para permitir la protección de la nueva imagen. La información de la obra de arte original se encuentra esencialmente sin cambios en la reproducción. Si bien puede haber diferencias minúsculas entre las reproducciones de dos fotógrafos, estas diferencias son del mismo tipo de las encontradas en dos guías telefónicas”.¹⁵⁹

Si se aplicara el criterio del *sweat of the brow*, y tales reproducciones fueran protegidas en su totalidad, el problema surgiría al momento de

¹⁵⁹ KELLEY, K. L. 2011. The Complications of Bridgeman and Copyright Misuse. [en línea] Art Documentation: Journal of the Art Libraries Society of North America, 30. p. 40 <<http://www.jstor.org/stable/41244063>> [consulta: 30 diciembre 2012].

determinar qué es lo que se está protegiendo. Dado que no hay variaciones distinguibles entre la versión física de la obra y su símil digital, se podría llegar incluso al absurdo de proteger el mismo acto del cambio de medio, otorgando un monopolio a aquella persona que haya digitalizado primero la obra e impidiendo que otras personas lo hagan en el mismo medio.¹⁶⁰

7.3. El caso de las restauraciones

Para entender de mejor manera la forma en que el criterio de la originalidad protege de forma diferente las reproducciones de las obras derivadas, se examinará el tema de las restauraciones de obras en el dominio público. Según Andreas Rahmatian, la restauración y la reconstrucción “se conciben como devolver la vida a una obra preexistente, no a una nueva obra; están deliberadamente diseñados para ser no ‘originales’ – en la forma en que una persona común podría entender ese término”.¹⁶¹ Pero el autor aclara que a pesar de esto, existen casos en los que la restauración de una obra en el dominio público puede llegar a ser protegida a través del derecho de autor. Para identificar esos casos, es

¹⁶⁰ BUTLER, op. cit., pp. 113–114.

¹⁶¹ RAHMATIAN, A. 2010. Copyright Protection for the Restoration, Reconstruction and Digitisation of Public Domain Works. [en línea] [En: CHELTENHAM. Copyright and cultural heritage : preservation and access to works in a digital world. p. 51 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927428>](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927428) [consulta: 30 diciembre 2012].

necesario determinar el grado de restauración que se ha empleado.¹⁶²

Rahmatian sostiene que la relación entre el tipo de restauración y la protección de la obra resultante se puede explicar de la siguiente forma: “cuanto mayor sea el aporte ‘creativo’/independiente del restaurador, hay mayores probabilidades de que sea protegido por el derecho de autor, pero es menos probable que sea una reconstrucción o restauración académica o estéticamente aceptable”.¹⁶³ Existe entonces una dicotomía, donde en un extremo se encuentra la restauración lo más fiel posible, acorde a un punto de vista profesional de la actividad, y en el otro una restauración que muestra una mayor libertad del restaurador, que está más ligada a una visión artística del asunto. La primera no estaría protegida por el derecho de autor mientras que la segunda sí.

La restauración que consiste en preservar la obra del deterioro, por ejemplo, no es relevante para el derecho de autor. Esto debido a lo que se está restaurando es el soporte de la obra, como el lienzo de la pintura o el papel en el que están escritas las partituras de música. Como ya se señaló, el soporte está sujeto a las reglas del derecho de propiedad, que existe con

¹⁶² RAHMATIAN, op. cit., pp. 51–52.

¹⁶³ RAHMATIAN, op. cit., p. 58.

independencia de la protección que la obra tenga a través del derecho de autor.¹⁶⁴ Además, la libertad de acción de los restauradores está más limitada en estos casos, ya que no pueden desligarse del resultado buscado por el artista original. Un ejemplo de esto sería la restauración a la que fueron sometidos los frescos de la Capilla Sixtina, obra del pintor italiano Miguel Ángel. Aunque el proceso requirió un trabajo considerable y una importante inversión, se ha sostenido que la versión restaurada de la obra no está protegida por el derecho de autor, ya que el objetivo de los restauradores consistía en emular lo más fielmente posible el estilo e idea original de Miguel Ángel. No hubo por lo tanto un proceso creativo, sino que se limitaron a recuperar la obra del artista renacentista.¹⁶⁵ Se puede llegar a la misma conclusión en el caso de las versiones remasterizadas de películas o grabaciones de audio. Estas nuevas versiones no constituyen una obra distinta a la que fue remasterizada, y por lo tanto no están sujetas a una nueva protección por parte del derecho de autor.

Por el contrario, hay ciertos tipos de restauración que si permitirían la protección de la obra resultante, como el caso de la adición de piezas

¹⁶⁴ RAHMATIAN, op. cit., p. 53.

¹⁶⁵ NIMMER, op. cit., pp. 33–35.

faltantes de una obra. El requisito que debe cumplir el restaurador para que su obra sea protegible es que las piezas que incorpore sean producto de su propia creación. Así, si una persona decidiera agregar a la escultura griega Venus de Milo sus brazos faltantes, se podría sostener que el resultado podría ser protegido por el derecho de autor. Dado que no existen referencias respecto a la forma en que estaban representados los brazos de dicha escultura, sería el propio restaurador quien debería decidirlo. Lo mismo ocurre al momento de combinar los fragmentos de un todo (similar a un rompecabezas) cuando hay piezas faltantes.¹⁶⁶ Dado que estamos en presencia de una obra derivada, es preciso recordar que en tales casos solo los elementos nuevos serán protegidos, sin afectar la situación de la obra preexistente.¹⁶⁷ Según David Nimmer, el simple hecho de armar un rompecabezas no satisface el requisito de originalidad necesario para la protección de la obra resultante, ya que el resultado será el mismo sin importar quién lo arme. Es necesario que el restaurador incorpore nuevos elementos a la obra preexistente, que sean producto de su propio

¹⁶⁶ RAHMATIAN, op. cit., pp. 53–55.

¹⁶⁷ RAHMATIAN, op. cit., p. 54.

intelecto.¹⁶⁸ Al comentar el caso de los Manuscritos del Mar Muerto, cuya protección fue reconocida por la Corte Suprema de Israel, Nimmer escribió:

“A diferencia de Philip Roth o Cynthia Ozick, Qimron [el profesor a cargo de la reconstrucción y descifrado de los manuscritos] no juntó palabras con la intención de crear. Él por lo tanto carecía de la ‘intención de crear’ incluso en el nivel más simple. Por definición, el acto de desciframiento evita la intención original –la intención de crear un trabajo de expresión original (‘nueva’)- y en cambio busca recuperar la creatividad (antigua) que fue exhibida previamente por otro”.¹⁶⁹

Habiendo examinado las diferencias entre las reproducciones y las obras derivadas, y tras analizar la situación de las restauraciones a la luz del derecho de autor, podemos concluir que la digitalización de obras en el dominio público no constituye una nueva creación intelectual susceptible de ser protegida a través del derecho de autor. Esto ya que el mero cambio de formato, desde un soporte material a uno digital, no satisface el requisito de originalidad necesario para la protección. Se requieren por lo tanto cambios considerables para que tales digitalizaciones constituyan obras derivadas, cambios que deben corresponder a una creación intelectual que sea un

¹⁶⁸ NIMMER, op. cit., pp. 213–214.

¹⁶⁹ NIMMER, op. cit., p. 217.

reflejo de la personalidad del autor. Dado que en el caso de las obras derivadas sólo se pueden proteger los elementos nuevos agregados a la obra originaria, aceptar la protección de las reproducciones digitales significaría aceptar la protección del mero cambio de formato, permitiendo así un monopolio sobre el medio en sí.

CAPÍTULO VIII

LA DOCTRINA DE LA FUSIÓN

La doctrina de la fusión o de la consolidación (*merger doctrine*) surgió en Estados Unidos producto de la dicotomía idea-expresión que existe en el derecho de autor. El derecho de autor señala expresamente que las ideas o hechos no son protegidos a través de sus derechos exclusivos, sino que solamente la forma en que éstos son expresados. Los únicos elementos protegidos por el derecho de autor serían aquellos que deben su origen al autor. De esta forma, se permite que una misma idea o un mismo hecho puedan ser usados por dos o más personas para crear sus respectivas obras intelectuales. La doctrina de la fusión sostiene que en aquellos casos en que una determinada idea solo puede ser expresada a través de una única forma, tal forma de expresión no podrá estar protegida por el derecho de autor, ya que implicaría la protección de la idea en sí, cosa que está prohibida. Si se

protegiera aquella única forma de expresión, se estaría impidiendo que otras personas puedan representar o expresar la idea en cuestión.¹⁷⁰

Un ejemplo práctico de esta teoría puede verse en el caso del *software*. Al momento de crear un programa de computador, existen ciertas funciones o resultados que sólo pueden lograrse a través de determinadas formas de expresión (código fuente). Al momento de presentar estos casos ante los tribunales estadounidenses, los jueces aplicaron la doctrina de la fusión para evitar que un determinado actor monopolizase estas funciones a través de su código fuente.¹⁷¹ Es necesario aclarar que la teoría en cuestión no podrá aplicarse cuando la idea pueda ser expresada a través de múltiples formas, ya que en tales casos dependerá de cada autor escoger la forma en que quieran representar la idea.¹⁷² En el fallo estadounidense *Superior Form Builders v. Dan Chase Taxidermy Supply*, el tribunal aclaró que el animal en cuestión representaba el hecho o la idea que no podía ser protegida, mientras que la forma de expresión dependería de quien realizara la taxidermia. El artista, por lo tanto, si bien estaba limitado a trabajar sobre la

¹⁷⁰ MURRAY, M. D. 2006. Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works. [en línea] *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. pp. 15–16 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900148> [consulta: 30 diciembre 2012].

¹⁷¹ MURRAY, op. cit., p. 20.

¹⁷² MURRAY, op. cit., p. 21.

anatomía del animal, de todas formas tenía la libertad de escoger la pose y expresión de éste, lo que dependería de sus decisiones artísticas y creativas.¹⁷³ Dado que hay más de una forma de expresión al momento de diseccionar un animal no sería posible aplicar la doctrina de la fusión.

La doctrina de la fusión puede ser utilizada para examinar el caso de la digitalización de obras en el dominio público. Al transcribir un libro, por ejemplo, el resultado será siempre el mismo, sin importar quién lo haga. Lo mismo al momento de escanear un documento o fotografiar una pintura. La digitalización de una obra, mientras pretenda registrar de la forma más fiel posible al objeto en cuestión, solo podrá tener una forma de expresión. Proteger la versión digital de la obra que estaba en el dominio público significaría proteger también la obra originaria, ya que cualquier otro intento de digitalización tendrá como resultado un archivo idéntico al que fue protegido. Los únicos cambios posibles dependerán no de decisiones artísticas de la persona encargada de la digitalización, sino que de errores o de aspectos inherentes al mecanismo utilizado para digitalizar la obra (el modelo del escáner, el tipo de cámara fotográfica). Por lo tanto, los fundamentos aplicables en la doctrina de la fusión respecto de la dicotomía

¹⁷³ MURRAY, *op. cit.*, pp. 88–89.

idea-expresión también podrían utilizarse en el caso de digitalizaciones de obras no protegidas por el derecho de autor. Es preciso volver a aclarar que estas conclusiones no son aplicables al caso de las fotografías de obras tridimensionales, ya que en dichos casos las posibles formas de expresiones son múltiples; es decir, dependerán de decisiones del mismo fotógrafo, como el ángulo desde el cual se toma la fotografía.

CAPÍTULO IX

JURISPRUDENCIA

Para comprender de mejor manera las teorías explicadas, así como sus alcances, se procederá a examinar algunos casos jurisprudenciales. Debido al escaso desarrollo jurisprudencial del derecho de autor en Chile, los fallos examinados corresponden a dos países extranjeros: España y Estados Unidos. La elección de ambas naciones se debe principalmente al relevante rol que han tenido sus tribunales al momento de definir los elementos básicos del derecho de autor. La elección se debió también a que España y Estados Unidos se encuentran ubicados en distintos sistemas jurídicos, como son el derecho continental y el derecho anglosajón, respectivamente.

9.1. España

En el **recurso 425/2001**, la Audiencia Provincial de Barcelona asumió la tarea de determinar cuál es la naturaleza jurídica del proceso de digitalización. En el caso en cuestión, la parte demandante era una empresa productora de fonogramas llamada Ediciones Musicales Horus, S.A., mientras que la demandada era la empresa Weblisten S.A., titular del sitio

web Weblisten.com. La demandada se dedicaba a subir a su sitio web una serie de obras musicales que fueron previamente trasladadas desde sus discos al formato mp3. Los usuarios del sitio web podían escuchar las canciones de forma *on line*, o descargarlas a cambio de un pago. La demandante sostuvo que la conducta de Weblisten infringía los derechos exclusivos que tenía en virtud del derecho de autor. Sin embargo, la demandada expresó que su conducta se limitaba a la comunicación pública de las obras, las cuales había adquirido anteriormente en formato físico. Weblisten señaló que había obtenido el permiso de las instituciones determinadas (la Sociedad General de Autores y Editores y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España) y no necesitaba el de Ediciones Musicales Horus.¹⁷⁴

El tribunal, en su fallo del 27 de junio de 2002, sostuvo que la conducta de Weblisten efectivamente atentaba contra la esfera exclusiva de la demandante, ya que ejerció derechos que le correspondían sólo a ella, como el derecho de reproducción de las obras. Según la sentencia, la

¹⁷⁴ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. 2002. Recurso 425/2001. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=631>> [consulta: 30 diciembre 2012].

digitalización de los fonogramas en cuestión consistía en una reproducción, por lo que Weblisten debió solicitar el permiso a la parte demandante:

“No cabe dar a la palabra reproducción, como modalidad del derecho de explotación patrimonial de la obra, un sentido vulgar, pues técnicamente no se refiere sólo a la multiplicación de la misma o a la obtención de un número de copias o ejemplares visibles de ella [...] [reproducir la obra es] fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines.

La digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (*up-loading*), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (*down-loading*), viene comprendida en el ámbito de la reproducción”.¹⁷⁵

En el **recurso de apelación 151/2004**, la Audiencia Provincial de Madrid debió dilucidar cuál era el alcance del requisito de la originalidad al momento de proteger una obra a través del derecho de autor. Los demandantes eran tres personas que el año 1993 hicieron unos arreglos musicales a la canción “Macarena”, del grupo Los del Río. El arreglo en cuestión fue encargado por el productor fonográfico Stardisco que les pagó

¹⁷⁵ Recurso 425/2001.

una suma de 300.000 pesetas. El éxito de los arreglos creados –titulados “Macarena River Fe Mix 103 BPM” y “Macarena la Mezcla Guerrillera 139 BPM”- llevó a los demandantes a exigir que se les reconociera su calidad de autores de tales obras, para poder recibir parte de los ingresos que obtuvo la compañía de discos, ya que según ellos consistían en obras derivadas. Los demandados, por su parte, sostienen que lo que los demandantes hicieron fue una “remezcla”, y no un “arreglo musical”, por lo que no se habría cumplido el requisito de la originalidad exigido para su protección.¹⁷⁶

Según un informe escrito por un perito, las remezclas en cuestión “reproducen[n] literalmente la canción original Macarena, la armonía no varía del modelo original y su estructura tonal se mantiene, el ritmo adopta un procedimiento sincopado pero no modifica la idea rítmica del modelo”. Por lo tanto, no existiría una variación relevante respecto de la canción original, ya que lo que cambia fueron los instrumentos y no su contenido. Según el perito, la sustitución de unos instrumentos por otros “no implica, en absoluto, que haya existido reinstrumentación alguna, ni en modo alguno reorquestización de ningún tipo”, por lo que “no puede entenderse esta

¹⁷⁶ AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. 2004. Recurso de apelación 151/2004. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1169>> [consulta: 30 diciembre 2012].

remezcla como un arreglo”. Aunque la parte demandante intentó recusar el perito ya que tenía vinculaciones con los demandados a través de la Sociedad General de Autores y Editores, la recusación fue presentada en forma extemporánea, por lo que fue rechazada de plano.¹⁷⁷

La demanda fue desestimada en primera instancia, por lo que los demandantes interpusieron un recurso de apelación. Conociendo del recurso, la Audiencia Provincial de Madrid volvió a desestimar la pretensión de los actores, basada en las siguientes consideraciones:

“[La originalidad] únicamente concurre 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 una cierta apariencia de peculiaridad. [...]

En lo referente a que lo realizado por los actores fue un arreglo o una remezcla, lo que a nuestro entender no es lo determinante del litigio, pues rara es la grabación que no va precedida del correspondiente arreglo, por una parte, y por la otra porque entendido el concepto de arreglo como aquellas obras musicales derivadas en las que las transformaciones introducidas por el

¹⁷⁷ *Recurso De Apelación 151/2004.*

arreglista, se proyectan exclusivamente sobre el plano expresivo, pudiendo afectar a cualquiera de sus aspectos formales, la amplitud del concepto permite dar lugar a obras nuevas o a la misma con ligeras variaciones, lo que pone de manifiesto que lo fundamental no es una cuestión de conceptos, sino una cuestión de límites cualitativos y cuantitativos, para cuya determinación ha de huirse de criterios subjetivos y acudir a baremos de carácter eminentemente técnicos”.¹⁷⁸

Así, y basándose en lo señalado por el perito, el tribunal desestimó el recurso argumentando que la remezcla de los demandantes “no aporta el grado de originalidad necesario para considerarla como una obra nueva y derivada de la original Macarena”.

En el **recurso 281/2006**, la Audiencia Provincial de Barcelona debió resolver una causa relativa a la protección de una serie de fotografías. Los demandantes eran diez fotógrafos que sostenían que sus derechos fueron infringidos por una editorial que incorporó sus fotografías en numerosos libros, sin haber solicitado su permiso ni pagar por el uso de las obras. La sentencia de primera instancia acogió parcialmente la demanda, ya que estimó que las fotografías en cuestión no cumplían los requisitos necesarios

¹⁷⁸ *Recurso De Apelación 151/2004.*

para ser “obras fotográficas”, siendo simplemente “meras fotografías”. En el derecho español se utiliza esta diferenciación para otorgarle a las obras fotográficas los derechos y protección de toda obra protegida por el derecho de autor, mientras que las meras fotografías reciben una protección menor.¹⁷⁹

El tribunal, conociendo de un recurso de apelación, examinó las obras en cuestión para determinar si eran o no meras fotografías. Según la ley española, para que una fotografía pueda ser reconocida como obra fotográfica debe cumplir con el requisito de originalidad. Dicho requisito fue interpretado por el tribunal de la siguiente manera:

“La creación debe gozar de originalidad, que engloba dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por una parte, en la fotografía debe poder apreciarse la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor, quien por ello ha de llegar a plasmar en la imagen su propia concepción o comprensión respecto del motivo, lo que no siempre es fácil de advertir. Para ello debemos atender a la composición de la imagen. Y por otra parte, la imagen no debe implicar una representación común o banal del

¹⁷⁹ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. 2008. *Recurso 281/2006*. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1454>> [consulta: 30 diciembre 2012].

motivo fotografiado, tiene que separarse de la masa de lo conocido”.¹⁸⁰

Por lo tanto, el tribunal utiliza ambos criterios de originalidad, objetiva y subjetiva, para poder determinar si las fotografías son o no obras fotográficas. La sentencia finalmente rechaza el recurso de apelación y sostiene que las obras en cuestión son meras fotografías, ya que no logran cumplir con el requisito de la originalidad subjetiva, esto es, que reflejen la personalidad del autor. Según el fallo, “las obras reproducidas en los manuales y libros de referencia de la demandada, por cómo aparecen y qué pretenden ilustrar, muestran que no lo han sido en atención a la singular percepción subjetiva de aquella realidad que captan, sino exclusivamente al motivo fotografiado”.¹⁸¹

En la **sentencia 10/2010**, la Audiencia Provincial de Madrid trató el tema de la adaptación de obras en el dominio público. La parte demandante era D. Jerónimo y Millán, quien había trabajado durante años en la adaptación de la ópera española *Celos aun del aire matan*, obra de Calderón de la Barca y estrenada en 1660. Los demandados eran D. Leopoldo, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y el Instituto Complutense

¹⁸⁰ *Recurso 281/2006.*

¹⁸¹ *Recurso 281/2006.*

de las Ciencias Musicales (ICCMU). Según Jerónimo y Millán, los demandantes infringieron sus derechos de autor ya que se atribuyeron públicamente la versión de la ópera que él había creado a partir de la obra de Calderón de la Barca. Los demandados, por su parte, señalaron que no copiaron la versión del demandante, sino que se basaron en la propia versión de hizo D. Leopoldo.¹⁸²

Según el tribunal, aunque la adaptación del libreto realizada por el demandante consiste principalmente en cortes practicados sobre el texto originario, la entidad de éstos es lo suficientemente significativa para ser vistos como una actividad intelectual por parte del adaptador. Además, dichos cortes estaban acompañados de “la adición de las palabras o expresiones necesarias para suplir lo suprimido y garantizar la ligazón del texto, así como de la corrección de la pluralidad de errores bien de expresión o bien de transcripción de los textos fuente”, por lo que la versión del demandante era suficientemente original para estar protegida por el derecho de autor. La sentencia declara que existió una infracción por parte de los demandados al momento de representar la ópera, ya que utilizaron la

¹⁸² AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. 2010. *Sentencia 10/2010*. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1912>> [consulta: 30 diciembre 2012].

versión del libreto realizada por el demandante sin solicitar su permiso ni acreditar su autoría. Según el tribunal:

“[se utilizó la versión de D. Jerónimo y Millán] hasta el punto de incluir los mismos cortes y las mismas correcciones que éste efectuó sobre la reconstrucción del original, lo que, por ser manifiestamente imposible tal grado de coincidencia casual en tantas zonas de la obra y en el empleo de palabras tan específicas, significaría que, en realidad, se utilizó la versión del demandante para la representación”.¹⁸³

9.2. Estados Unidos

En **Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony**, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció algunos criterios básicos en relación a la protección de las fotografías. La sentencia fue dictada en 1884, cuando aún no existía total claridad acerca de cómo esta nueva tecnología se relacionaba con el derecho de autor; de ahí la relevancia de la decisión del tribunal. La obra en cuestión era una fotografía del escritor Oscar Wilde, que fue tomada por Napoleon Sarony. La obra había sido posteriormente comercializada por una compañía litográfica llamada Burrow-Giles, que sostenía que la fotografía no estaba protegida por el derecho de autor, ya

¹⁸³ *Sentencia 10/2010.*

que no constituía un “escrito” ni el fotógrafo era un “autor”, según los términos utilizados por la Constitución de aquel país. En su sentencia, la Corte Suprema sostuvo que las fotografías si formaban parte de las obras protegidas por el derecho estadounidense, ya que constituían una forma de expresión visible, como los escritos y los grabados.¹⁸⁴

Como segundo argumento, Burrow-Giles sostuvo que las fotografías eran meros procesos mecánicos, y por lo tanto no alcanzaban la categoría de arte ni expresaban la idea de su autor, como si ocurría en procesos como la pintura, el grabado y la impresión. Sin embargo, la Corte rechazó el argumento. Según el razonamiento del tribunal, la fotografía de Oscar Wilde si cumplía con el requisito de ser una obra de arte original, ya que el fotógrafo se encargó de preparar la escena registrada indicándole al escritor que adopte una pose determinada y vistiera cierto tipo de ropa, así como preparar la iluminación y la composición de la escena:

“Estos hallazgos, pensamos, muestran que esta fotografía es una obra de arte original, producto de la invención intelectual del demandante, de la cual el demandante es el autor, y una clase de invención que la Constitución prevé que el Congreso debe

¹⁸⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1884. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*. [en línea] <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/111/53>> [consulta: 10 agosto 2012].

asegurar a él los derechos exclusivos de utilizar, publicar y vender”.¹⁸⁵

En **Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.**, una compañía llamada Alfred Bell celebró varios contratos con museos y galerías para tener exclusividad en la reproducción de las obras de arte que albergaban dichas instituciones. Las obras correspondían a pinturas de los siglos XVIII y XIX, las que fueron reproducidas a través de una técnica llamada *mezzotinta*, o grabado a media tinta. Al no tener acceso a las obras originales, otra compañía llamada Catalda copió las reproducciones realizadas por Alfred Bell, lo que dio origen a la demanda en cuestión. La sentencia fue dictada en 1951, siendo acogida la demanda.¹⁸⁶

La defensa sostuvo que las reproducciones de Alfred Bell no estaban protegidas por el derecho de autor, ya que no cumplían con el requisito de originalidad exigido por la ley. Sin embargo, según el tribunal, la expresión original dice relación con que “debe su origen al autor”, y no con una idea de novedad.¹⁸⁷

¹⁸⁵ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*.

¹⁸⁶ CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1951. *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*. [en línea] CCLXXI <<http://www.coolcopyright.com/cases/fulltext/bellcataldatext.htm>> [consulta: 10 agosto 2012].

¹⁸⁷ *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*

Aunque el criterio del tribunal pareciera adoptar la doctrina del *sweat of the brow*, en realidad se basa en un criterio de originalidad. En la sentencia se señala que la parte demandante no pretendía imitar las pinturas que estaban reproduciendo. Al realizar la reproducción, el autor utilizó líneas o puntos según el efecto que buscaba otorgar a la obra. Estos elementos tuvieron su origen en el artista a cargo de la reproducción, y no dependieron meramente del proceso utilizado.¹⁸⁸

En **L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder**, dos compañías fabricaron alcancías del tío Sam, basadas en un modelo que se encontraba en el dominio público. La original, que data de 1886, estaba hecha de metal, mientras que la creada por la compañía llamada Snyder estaba hecha de plástico. La versión de Snyder no contenía mayores variaciones respecto del modelo de 1886, además del ya mencionado cambio de material y una leve reducción en el tamaño de la alcancía. Batlin demandó a Snyder, ya que esta última había logrado que su alcancía fuese registrada como obra protegida por el derecho de autor.¹⁸⁹

¹⁸⁸ BUTLER, op. cit., p. 84.

¹⁸⁹ CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1976. *L. Batlin & Son, Inc v. Snyder*. [en línea] <<http://www.coolcopyright.com/cases/fulltext/batlinsnydertext.htm>> [consulta: 10 agosto 2012].

En 1976, el Segundo Circuito sostuvo que el derecho de autor de Snyder no era válido, dado que su alcancía no tenía una variación sustancial respecto del modelo que estaba en el dominio público. En la sentencia se señaló que “la mera reproducción de una obra de arte en un medio diferente no debería constituir la originalidad necesaria dado que nadie puede decir que ha evolucionado de forma independiente un medio en particular”.¹⁹⁰ Los cambios, por tanto, debían ser sustanciales y no triviales. Permitir la protección de obras derivadas en base a cambios minúsculos “solo serviría para poner un arma de hostigamiento en las manos de copiadorees maliciosos que intenten apropiarse y monopolizar los trabajos que pertenecen al dominio público”.¹⁹¹

En **Gracen v. Bradford Exchange** se trata el tema de la protección de obras derivadas. La productora cinematográfica MGM contrató a la compañía Bradford Exchange para que diseñara una serie de platos coleccionables basados en personajes y escenas de la película *El mago de Oz*. Bradford organizó un concurso para que cualquier artista enviara una pintura de la actriz Judy Garland en el rol de Dorothy, con el objeto de

¹⁹⁰ *L. Batlin & Son, Inc V. Snyder.*

¹⁹¹ *L. Batlin & Son, Inc V. Snyder.*

escoger la mejor pintura y premiar al artista ganador con un contrato para diseñar toda la serie de platos coleccionables. La compañía facilitó fotografías de la actriz a los artistas para que pudieran crear sus pinturas. La ganadora del concurso fue una artista llamada Jorie Gracen, quien a pesar de haber sido premiada con el contrato lo rechazó ya que no estaba de acuerdo con algunas cláusulas. Debido a esto, el contrato fue firmado por otro artista, James Auckland.¹⁹²

Gracen demandó a Bradford Exchange sosteniendo que el plato que diseñó Auckland era una copia de la pintura que ella había creado. La Corte sostuvo que dado que MGM era el titular de los derechos de autor de la película *El mago de Oz*, la demandante no podía proteger su pintura. Pero además de tocar este tema, la sentencia trata un aspecto que es más relevante para el presente trabajo, que es la originalidad de las pinturas de Gracen como obras derivadas. Para esclarecer este punto, el tribunal enuncia un ejemplo que sirve como punto de partida:

“Supongamos que un artista A realiza una reproducción de la Mona Lisa, una pintura en el dominio público, que difiere ligeramente de la original. B también hace una reproducción de la

¹⁹² CORTE DE APELACIONES DEL SÉPTIMO CIRCUITO. 1983. *Gracen v. Bradford Exchange*. [en línea] <<http://openjurist.org/698/f2d/300/gracen-v-bradford-exchange-m>> [consulta: 10 agosto 2012].

Mona Lisa. A, que ha protegido su obra derivada, demanda a B por infracción de sus derechos de autor. La defensa de B es que él estaba copiando la obra original, no la reproducción de A. Pero si la diferencia entre la original y la reproducción de A es leve, la diferencia entre las reproducciones de A y B también será leve, por lo que si B tuvo acceso a las reproducciones de A [...] será necesario decidir si B estaba copiando a A o a la Mona Lisa en sí”.¹⁹³

Según la sentencia, el mismo problema se presenta en el caso de Gracen. Los platos diseñados por Auckland son similares a las fotografías de la película y a la pintura de la demandante. El tribunal señala que Auckland declaró no haber visto la pintura de Gracen, pero en el caso de haberla visto, sería muy difícil determinar si lo que él estaba copiando era las fotografías de la película o la pintura de la demandante. En una u otra hipótesis el resultado sería distinto, ya que en el primer caso él estaba autorizado por parte del titular de los derechos para copiar las fotografías. En la sentencia se aclara además que la protección de la obra de Gracen variaría según si hubiese pintado teniendo como modelo a la actriz Judy Garland en sí que a las fotografías de la película, ya que “una obra derivada debe ser sustancialmente diferente de la obra subyacente para ser protegida

¹⁹³ *Gracen V. Bradford Exchange.*

por el derecho de autor”.¹⁹⁴ Si hubiese pintado un retrato de Garland, el resultado no habría sido una obra derivada, ya que no tomó como base una obra preexistente, sino que a una persona determinada.

En **Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.**, la compañía Feist Publications fue demandada por la copia de una guía de teléfonos creada por Rural. Uno de los pilares en el caso consistía en determinar si dicha guía de teléfonos era protegible o no a través de derecho de autor. En su sentencia de 1991, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la originalidad era un requisito sine qua non del derecho de autor, y por lo tanto, para que un trabajo sea protegido debe haber sido “creado de forma independiente por el autor (a diferencia de copiado de otros trabajos), y poseer al menos un cierto grado mínimo de creatividad”.¹⁹⁵ Según la Corte, el hecho que Rural haya organizado los datos de la guía en orden alfabético no cumplía con este mínimo de

¹⁹⁴ *Gracen V. Bradford Exchange*.

¹⁹⁵ MATZ, op. cit., p. 5.

originalidad exigido por la ley para la protección de una determinada obra.¹⁹⁶

El fallo en cuestión critica la doctrina del *sweat of the brow*, señalando que tal criterio permitiría la protección de una colección de datos sin tomar en cuenta las contribuciones originales que haya realizado el autor respecto de la selección y disposición de la información. Esto, según el tribunal, podría llegar incluso a proteger los meros datos, y no la forma en que son expresados.¹⁹⁷

En **Bridgeman Art Library, Ltd v. Corel Corp.**, la parte demandante es Bridgeman, una empresa británica que se dedicaba a la creación de réplicas fotográficas de obras de arte en el dominio público, para posteriormente vender licencias de uso sobre ellas. El demandado era Corel, una compañía canadiense que vendía productos de software, uno de los cuales consistía en unos CD-ROM que reunían cientos de reproducciones digitales de pinturas en el dominio público. Según Bridgeman, 120 de esas reproducciones fueron sacadas de su propia

¹⁹⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1991. *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.* [en línea] <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=340>> [consulta: 10 agosto 2012].

¹⁹⁷ *Feist Publications, Inc., V. Rural Telephone Service Co.*

colección, lo que constituía una infracción a los derechos que tenía sobre dichas imágenes.¹⁹⁸

El caso fue fallado dos veces, en noviembre de 1998 y marzo de 1999. En el primero, el tribunal utilizó la ley británica para determinar si las fotografías en cuestión estaban protegidas por el derecho de autor. Según la sentencia, el requisito de originalidad exigido por la ley británica no se cumple cuando el trabajo “está totalmente copiado de una obra existente, sin ninguna adición significativa, alteración, transformación o combinación con otro material”.¹⁹⁹ Esto debido a que el objetivo de *Bridgeman* era duplicar de la forma más exacta posible las obras de arte que iban a reproducir.

Tras el primer fallo, *Bridgeman* presentó una moción señalando que el tribunal aplicó erróneamente la ley británica en relación al requisito de originalidad. Ante esto, el tribunal dictó una segunda sentencia, en la que aplicó la ley estadounidense en vez de la británica. La conclusión a la que llegó fue la misma que en el primer fallo, sosteniendo que:

¹⁹⁸ MATZ, *op. cit.*, pp. 9–10.

¹⁹⁹ DOBSON, *op. cit.*, p. 330.

“el demandante ha reconocido que se ha esforzado por crear copias serviles (*slavish copies*) de obras de arte en el dominio público. Si bien puede suponerse que esto requiere habilidad y esfuerzo, no había chispa de originalidad – de hecho, el objetivo del ejercicio consistía en reproducir las obras subyacentes con absoluta fidelidad. Los derechos de autor no están disponibles en estas circunstancias”.²⁰⁰

En el caso en cuestión, el único elemento adicional que Bridgeman agregó a sus fotografías fue una tira de corrección de color que tenía por objeto asegurar que las reproducciones fueran “un reflejo genuino de la obra original”. Por lo tanto, el único elemento protegible a través del derecho de autor era esa tira, y dado que las imágenes de Corel no la incluían, el tribunal rechazó la demanda de Bridgeman.²⁰¹

En **Meshwerks v. Toyota Motor Sales U.S.A.** se trató el tema de las reproducciones de objetos tridimensionales. El demandante, una compañía llamada Meshwerks, alegaba que existió una infracción en los derechos de autor que tenía sobre la maqueta electrónica (*wire-frame*) de unos automóviles. Tales maquetas habían sido creadas para que la compañía

²⁰⁰ DOBSON, op. cit., p. 333.

²⁰¹ TRIBUNAL DE DISTRITO DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1998. *Bridgeman Art Library, Ltd v. Corel Corp.* [en línea]

<http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199844625FSupp2d421_1395.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006> [consulta: 10 agosto 2012].

Toyota realizara un comercial de televisión, pero su uso se extendió a proyectos adicionales. La parte demandada sostuvo que las maquetas carecían de la originalidad necesaria para la protección, señalando además que el titular de los derechos de autor era el diseñador de los vehículos y no quien creó las maquetas electrónicas.²⁰²

La digitalización se llevó a cabo recogiendo los datos de determinados puntos físicos del objeto a ser representado, que en el caso en cuestión eran vehículos marca Toyota. Tras cubrir los vehículos con una cuadrícula de cinta adhesiva, un brazo articulado recorrió los objetos y registró los datos en una computadora, los cuales fueron leídos por un software especial que generó las maquetas electrónicas respectivas. Sin embargo, estos modelos generados por el software no eran del todo fieles a los vehículos originales, por lo que empleados de Meshwerks debieron editarlos para que se asemejaran lo más posible a ellos. Según la parte demandante, el trabajo manual que realizaron sus trabajadores, que constituía aproximadamente el

²⁰² CORTE DE APELACIONES DEL DÉCIMO CIRCUITO. 2008. *Meshwerks v. Toyota Motor Sales U.S.A.* [en línea] <<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1291978.html>> [consulta: 10 agosto 2012].

90 por ciento del resultado, era fundamento suficiente para que las maquetas electrónicas estuvieran protegidas por el derecho de autor.²⁰³

El tribunal de alzada, en su sentencia de 2008, confirmó el criterio de la sentencia recurrida, sosteniendo que las maquetas electrónicas creadas por Meshwerks carecen de la originalidad necesaria para ser protegidas. En la sentencia se establece que el mero cambio de un medio a otro no es suficiente para ser considerada una variación significativa. En relación al trabajo que llevó crear las reproducciones digitales, los jueces señalaron que lo que se tomó en cuenta fue el producto final, y no el proceso de su creación, ya que el esfuerzo por sí solo no asegura la protección a través del derecho de autor. Según el tribunal:

“Las maquetas electrónicas de Meshwerks muestran a los vehículos de Toyota sin ningún rasgo que los individualice: ellos se encuentran sin tocar por una brocha digital; no están representados frente a una palmera, zumbando por la carretera o subiendo la ladera de una montaña. Dicho de otra manera, los modelos de Meshwerks representan nada más que vehículos de Toyota sin adornos – el coche como el coche”.²⁰⁴

²⁰³ *Meshwerks V. Toyota Motor Sales U.S.A.*

²⁰⁴ *Meshwerks V. Toyota Motor Sales U.S.A.*

El examen de los casos citados nos permite concluir que en Estados Unidos el requisito de la originalidad es el principal criterio utilizado para garantizar la protección de una determinada obra. Sólo excepcionalmente se recurre al criterio del *sweat of the brow*, y cuando esto ocurre se combina con el ya mencionado requisito de la originalidad. Por lo tanto, no se toma en cuenta exclusivamente el trabajo y dedicación invertido por el autor en la creación de la obra para otorgarle protección sobre ella.

Tampoco ocurre en España, donde el criterio de la originalidad es incluso más estricto que el utilizado en Estados Unidos. En los casos extraídos de la jurisprudencia española se puede notar que la originalidad no se limita a variaciones leves entre una obra derivada y la obra originaria, sino que se exige algo más. En uno de los casos, en el que se examina la protección de unas fotografías, se señala incluso que la originalidad debe existir en sus dos concepciones, tanto objetiva como subjetiva.

Además, ambos países coinciden en que la protección de las obras derivadas se basa en el criterio de la originalidad, sosteniendo que en este tipo de obras solo se protegen aquellos elementos nuevos que se agregaron

a la obra originaria. Esto ya que la protección de la obra derivada no puede afectar la protección que tenga la obra preexistente. En la jurisprudencia de España y Estados Unidos también se aclara que el mero cambio de formato constituye una reproducción y no una transformación de la obra, por lo que el resultado no puede ser protegido a través del derecho de autor.

CAPÍTULO X

CHILE

En relación a aspectos estrictamente jurídicos, esto es, a si nuestro ordenamiento jurídico admite la protección de reproducciones de obras en el dominio público, la respuesta no es sencilla. En primer lugar, la ley de propiedad intelectual de Chile no menciona la originalidad como requisito esencial para la protección, señalando solamente que la ley protege aquellas “obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión”. La ausencia de la palabra “original” en la disposición citada puede llevar a concluir que en nuestro país sí es posible la protección de aquellas reproducciones que se limitan a copiar lo más fidedignamente posible alguna obra. La Convención de Berna tampoco hace referencia a este requisito.²⁰⁵

Aunque el requisito no sea mencionado en las normas legales, si es recogido por algunos autores y organismos. Así, Claudio Ruiz al enumerar los elementos característicos de la ley de propiedad intelectual chilena, menciona a la originalidad: “No todas las obras que emanan del intelecto

²⁰⁵ JADUE BECKER, op. cit., p. 72.

humano se encuentran protegidas, sino sólo las que suponen una creación con características nuevas y originales”.²⁰⁶ Paulina del Campo Almuna, en su memoria *Evolución del derecho de autor en Chile*, sostiene que uno de los requisitos para que una obra sea protegida por el derecho de autor es que sea original. Es decir, que sea “una expresión espiritual del esfuerzo humano, la cual tendrá que importar un trabajo innovador, que manifieste la personalidad del autor y no se limite a ser un reflejo servil de la actividad ajena”.²⁰⁷ Cristian Schmitz también incluye a la originalidad como uno de los requisitos que deben cumplir las obras protegidas por el derecho de autor, sosteniendo que lo que diferencia a esta rama del derecho con la propiedad industrial es el tipo de originalidad requerida (objetiva o subjetiva), y no la originalidad en sí.²⁰⁸ Otro autor que se refiere a la originalidad como requisito de protección es Rodrigo Puchi, quien en un artículo sobre protección de programas de ordenador se refiere a las características que debe tener una obra para estar amparada por el derecho

²⁰⁶ RUIZ GALLARDO, 2008, op. cit., p. 40. El autor volvió a señalar a la originalidad como requisito para la protección de las obras en un libro posterior: “El derecho de autor tiene por objeto la protección de las obras emanadas de la inteligencia humana, materializadas en un soporte y que sean originales”. RUIZ GALLARDO, 2010, p. 7.

²⁰⁷ DEL CAMPO ALMUNA, P. 2003. *Evolución del derecho de autor en Chile*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho. P. 12.

²⁰⁸ SCHMITZ VACCARO, C. 2006. *Propiedad industrial y derecho de autor ¿Una división vigente?* En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) *Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago, Editorial Lexis Nexis. pp. 40-43.

de autor.²⁰⁹ No obstante este reconocimiento por parte de algunos autores, un sector importante de la doctrina nacional no se refiere al tema de la originalidad como requisito para la protección de una obra, ni siquiera para rechazarla. Dina Herrera, por ejemplo, no trata el tema de la originalidad en su libro *Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley No. 17.336 y sus modificaciones*, llegando a mencionarla solo indirectamente al citar la definición que el Glosario de la OMPI contiene sobre el término “obra literaria”.²¹⁰ Tampoco lo hace Santiago Larraguibel, quien se limita a reproducir el texto de la ley de propiedad intelectual al momento de referirse a su objeto de protección.²¹¹

El Departamento de Derechos Intelectuales de la DIBAM, que tiene a su cargo el Registro de la Propiedad Intelectual en Chile, señala en su sitio web que las obras protegidas por la ley de propiedad intelectual son aquellas “obras literarias y artísticas que tengan algún grado de

²⁰⁹ PUCHI ZURITA, R. 2006. Protección jurídica de los programas de ordenador. En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) Temas actuales de propiedad intelectual. Santiago, Editorial Lexis Nexis. p. 163.

²¹⁰ HERRERA, p. 15.

²¹¹ LARRAGUIBEL ZAVALA, S. 1979. Derecho de autor y propiedad industrial: Nuevas disposiciones constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 22-25.

originalidad”.²¹² Esta exigencia deriva del reglamento de la ley de propiedad intelectual, que establece:

“[El conservador deberá inscribir] la propiedad intelectual de todo género de escritos, composiciones de música, pintura, dibujo, escultura, mapas y planos; proyectos de ingeniería y arquitectónicos, obras teatrales, cinematográficas, fotográficas, fonogramas, interpretaciones grabadas y emisiones y, en general, de toda obra científica, literaria o artística que tenga valor de creación original”.²¹³

Si bien las normas legales chilenas no mencionan expresamente a la originalidad como un requisito para la protección de las obras a través del derecho de autor, si señalan algunas exigencias que no pueden obviarse. Ya en su Código Civil, Andrés Bello reconocía que las “producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”.²¹⁴ Por su parte, la Constitución Política de la República establece que los autores gozarán de ciertos derechos sobre “sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley”.²¹⁵ Y como ya se señaló, la ley de propiedad intelectual chilena protege las denominadas “obras de la

²¹² DEPARTAMENTO DE DERECHOS INTELECTUALES DE LA DIBAM. Preguntas frecuentes. [en línea] <http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/faq.asp> [consulta: 10 agosto 2012].

²¹³ CHILE. Reglamento de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Artículo 20 letra a).

²¹⁴ CHILE. Código Civil. Artículo 584, inciso primero.

²¹⁵ CHILE. Constitución Política de la República. Artículo 19 número 25.

inteligencia”. Nuestro ordenamiento, por lo tanto, protege aquellas creaciones que sean fruto del intelecto humano, dejando fuera por ejemplo las obras que tengan su origen en la naturaleza misma o sean producto del azar. Que la obra protegida sea aquella proveniente de un proceso intelectual nos permite asegurar que procesos mecánicos como el escaneo de un libro no se encuentran protegidos por el derecho de autor, ya que no exigen más que la realización de un proceso técnico previamente establecido. La persona que lleva a cabo tal procedimiento de digitalización ciertamente debe estar capacitada y debe tener conocimiento acerca de cómo funcionan los dispositivos con los que trabajará, pero dicho proceso es meramente mecánico, ya que está limitado a ubicar el libro en el escáner y traspasar la imagen a un computador. Este argumento se refuerza si tenemos en cuenta que actividades como el escaneo de libros pueden llevarse a cabo en la actualidad a través de máquinas especializadas que requieren una muy limitada actividad humana.²¹⁶

²¹⁶ Un ejemplo de esto es el sistema que la empresa Google utiliza para escanear libros, el cual se lleva a cabo gracias a una máquina que puede escanear páginas de libros a una gran velocidad. CLEMENTS, M. The Secret of Google’s Book Scanning Machine Revealed. [en línea] NPR.org <http://www.npr.org/blogs/library/2009/04/the_granting_of_patent_7508978.html> [consulta: 20 de julio de 2013]

Por lo tanto, no cualquier actividad humana da origen a creaciones intelectuales. Así también lo ha señalado Antequera, al sostener que la labor de los colaboradores o asistentes técnicos no cumple con el requisito de ser un “acto creativo”. Dentro de estos colaboradores se encontrarían por ejemplo:

“los transcritores musicales, cuya labor, por muy intelectual que sea, solamente traslada al pentagrama una melodía preexistente; o la de los correctores de pruebas cuya tarea, por compleja que sea, no produce un bien inmaterial distinto de la obra escrita por otro; o la de un dibujante arquitectónico, que simplemente sigue las instrucciones creativas del arquitecto”.²¹⁷

Sin embargo, la duda surge en torno a la protección de las reproducciones fotográficas. Si bien se requiere un determinado proceso técnico, la fotografía de una obra de arte claramente es algo más complejo que el escaneo de un determinado documento. La ley de propiedad intelectual protege expresamente a las fotografías, sin hacer distinción. La ley 19.914 derogó el artículo 35 de la ley de propiedad intelectual, que establecía requisitos especiales para la protección de las fotografías, como indicar el nombre del fotógrafo y el año de reproducción de la fotografía.

²¹⁷ ANTEQUERA PARILLI, op. cit., p. 32.

Tras esta modificación las fotografías pasaron a estar protegidas bajo los requisitos genéricos que la ley establece para cualquier otra creación intelectual, sin necesidad de cumplir requisitos específicos.²¹⁸ Sin embargo, nuestra ley por si misma no permite concluir si la fotografía de una obra bidimensional en el dominio público, con el solo fin de copiarla lo más fidedignamente posible, es protegible o no. Aunque las fotografías forman parte de las obras protegidas, no es claro si ciertos tipos de fotografías —en el caso de este trabajo, aquellas que son meras reproducciones de obras bidimensionales preexistentes— cumplen con el requisito de “obra de la inteligencia” o “creación intelectual” que establece nuestro ordenamiento jurídico.

Las dudas aumentan al intentar determinar a qué tipo de obra corresponde la fotografía que registra lo más fidedignamente posible una obra bidimensional. Las reproducciones, al ser copias de una determinada obra, no podrían ser protegibles a través del derecho de autor, ya que esto nos llevaría a concluir que cada ejemplar de un libro posee su propia protección. Por lo tanto, en caso de sostener que las fotografías

²¹⁸ El artículo había sido modificado anteriormente por la ley 19.166, del año 1992, que había suprimido la frase “cuando el ejemplar de la fotografía no lleve dichos datos, podrá ser libremente reproducida”. La ley 19.914, que terminó por derogar el artículo 35, buscaba acomodar las leyes chilenas a las disposiciones del tratado de libre comercio firmado con Estados Unidos.

mencionadas son dignas de protección, la única opción que nos queda es tratarlas como obras derivadas. Si se sigue esa opción, hay que tener en cuenta el artículo 9 de la ley de propiedad intelectual chilena, que en su inciso segundo señala:

“Cuando la obra originaria pertenezca a patrimonio cultural común, el adaptador, traductor o transformador gozará de todos los derechos que esta ley otorga sobre su versión; pero no podrá oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para producir versiones diferentes”.²¹⁹

El problema, como se señaló en secciones anteriores, es determinar qué elemento de la fotografía en cuestión estaría siendo protegido. Claramente la obra originaria permanecerá en el dominio público, ya que la disposición citada así lo establece.²²⁰ Entonces, ¿se estaría protegiendo el mero cambio de medio que se produce? Tal respuesta tampoco parece ser satisfactoria, ya que implicaría aceptar el monopolio del titular sobre el medio en cuestión. Por ejemplo, la primera persona que digitalice un determinado dibujo que se encuentra en el dominio público impediría que otras personas lo digitalicen, ya que su versión digital estaría protegida por

²¹⁹ CHILE. Ley 17.336. Artículo 9 inciso segundo.

²²⁰ Lo mismo señala la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, en su artículo V inciso segundo.

el derecho de autor. La norma citada establece que el autor de la obra derivada “no podrá oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para producir versiones diferentes”. Si se llegase a aceptar la protección de reproducciones fotográficas de obras en el dominio público, tal disposición no podría ser aplicable, ya que sería imposible crear una versión diferente a la protegida, puesto que su objetivo principal es registrar lo más fielmente posible la obra fotografiada. Aunque otra persona fotografíe la obra originaria, el resultado sería similar a la primera fotografía.

La protección que nuestro ordenamiento jurídico hace de las obras derivadas permite sostener que el criterio de protección se encuentra más ligado a la idea de originalidad que al de *sweat of the brow*. Al señalar que solo ciertos elementos de esa obra se encuentran protegidos, la ley está reconociendo que el solo esfuerzo y trabajo invertido no bastan, sino que es necesario otro criterio, basado en las aportaciones originales que haga el autor a la obra originaria. Al definir lo que se entiende por transformación, la ley chilena sostiene que es “todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su

forma de la que se derive una obra diferente”.²²¹ La digitalización de una obra, cualquiera sea el método utilizado y el trabajo invertido, consiste en traspasar una obra desde un soporte material a uno digital. El mero cambio de soporte no parece satisfacer el requisito de la definición citada, ya que la expresión “obra diferente” no hace referencia a este aspecto, sino que a la identidad de la obra. Esta identidad trasciende el hecho que la obra haya sido creada a partir de tal o cual material, o que se encuentre en un soporte físico o digital, ya que como explicamos al comienzo de este trabajo el derecho de autor es distinto del derecho de propiedad. Que un poema esté escrito en una hoja de papel o tallado en el tronco de un árbol no constituye una variación relevante para el derecho de autor; en ambos casos estamos ante la misma obra literaria.

La ley chilena utiliza como criterio protector el hecho de que la obra derivada sea diferente a la obra originaria, diferenciando entre este tipo de obras y las meras reproducciones. Si lo que se pretende es la protección de la digitalización de una obra determinada, sin agregar más variaciones que el solo cambio de soporte, entonces no se explica que la norma establezca

²²¹ CHILE. Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 5, letra w).

definiciones, requisitos y efectos diferentes para el caso de las reproducciones y las obras derivadas.

Aunque las normas chilenas no señalan expresamente si ese tipo de fotografías son protegibles, la situación puede ser examinada desde otro punto de vista. El tema de proteger las reproducciones de obras en el dominio público implica la colisión de dos derechos, que son el incentivo económico de realizar tales reproducciones y el derecho que tiene la sociedad a acceder a las obras que se encuentran en el patrimonio cultural común.

CAPÍTULO XI

OTROS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PROTECCIÓN

11.1. El incentivo económico

El principal argumento esgrimido por aquellos que apoyan la protección de las reproducciones de obras en el dominio público consiste en el incentivo económico que conlleva aquella protección. Si la reproducción es protegida por el derecho de autor, el titular adquiere exclusividad en el uso de la imagen, pudiendo vender el derecho de utilizarla a terceros, como editoriales, docentes o personas en general. Este beneficio pecuniario incentivaría la creación de mayores y mejores reproducciones digitales de obras en el dominio público.²²² El principio señalado es uno de los pilares de la economía libre de mercado. Según esa teoría, las personas actúan guiados principalmente por incentivos económicos, lo que afecta la forma en que tomen decisiones. Esta idea coincide además con nuestra Constitución, que asegura en su artículo 19 número 21 el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral,

²²² ALLAN, op. cit., p. 964.

al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

La reproducción de obras de arte, sobre todo aquellas que exigen un mayor nivel de conservación, requiere de medios y personal especializado. Se necesita, entre otras cosas, “un fotógrafo de arte habilidoso; cámaras y otros equipamientos; el tiempo, trabajo, y seguridad necesarios para mover la pintura desde la galería a un estudio fotográfico”.²²³ Los gastos del procedimiento deben ser financiados de alguna forma, y según las instituciones que las llevan a cabo, la mejor manera de hacerlo es a través de las ganancias que se obtienen con la venta de los derechos de utilización de dichas reproducciones. En una guía sobre digitalización confeccionada en 2002 por la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA) y el Consejo Internacional de Archivos (ICA), se establecía:

“Se recomienda generalmente que la digitalización se limite a materiales originales de dominio público, para evitar complicados litigios por los derechos de autor. Sobre esta base se puede

²²³ REESE, R. A. 2009. Photographs of Public Domain Paintings: How, If at All, Should We Protect Them?. [en línea] The Journal of Corporation Law, 34. p. 1041
<http://www.law.uci.edu/pdf/treese/reese_publicdomainpaintings.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

diseñar un modelo de negocio para la autorización del uso del material digitalizado. Un modelo justo y razonable debe ofrecer libre acceso a través de internet a imágenes de baja resolución, e ir aumentando el precio del acceso según el uso al que se vaya a destinar, para asegurar a la biblioteca o al archivo un porcentaje del beneficio comercial último”.²²⁴

Las galerías, museos y bibliotecas que albergan obras en el dominio público son, en general, instituciones que funcionan con recursos limitados, debiendo ingeniárselas para distribuirlos entre todas sus necesidades. Se ha sostenido incluso que la no protección de estas reproducciones podría llegar eventualmente a afectar a quienes las crearon:

“Si la inversión se realiza y se crea una reproducción fotográfica, y si la foto resultante se encuentra disponible gratuitamente para su uso sin impedimento jurídico para su reproducción, entonces los copiadore s podrían comercializar copias de la fotografía compitiendo con el fotógrafo y el museo que creó la foto. Y los copiadore s podrían presumiblemente suministrar la foto a un precio inferior, ya que no necesita aguantar ninguno de los costos de creación de la fotografía”.²²⁵

²²⁴ IFLA; ICA. 2002. Directrices para proyectos de digitalización de colecciones y fondos de dominio público, en particular para aquellos custodiados en bibliotecas y archivos. [en línea] pp. 81-82 <<http://imagendigital.esteticas.unam.mx/PDF/digit-guide-es.pdf>> [consulta: 31 diciembre 2012]

²²⁵ REESE, op. cit., pp. 1041–1042.

Sin embargo, el argumento del incentivo económico genera ciertas dudas. En general, las instituciones que albergan obras en el dominio público son organizaciones estatales o privadas sin fines de lucro. Dichas instituciones tienen como principal fin el asegurar el acceso de la sociedad a sus obras, especialmente las que forman parte del dominio público, además de cumplir una función educativa. ¿Es posible cumplir con tales objetivos señalando que las reproducciones de obras que se encuentran en el dominio público están sujetas a derecho de autor? Además, no es del todo claro qué porcentaje de sus ingresos provienen del otorgamiento de licencias respecto de las reproducciones de sus obras.²²⁶

Que la obra en cuestión se encuentre en el dominio público le resta fuerza a la opinión de proteger las reproducciones que se hagan de ella. Dado que el período con el que contaban el autor y sus herederos para gozar de los derechos exclusivos sobre la obra ha expirado, la sociedad tiene el derecho de utilizar la obra de forma gratuita y sin trabas.²²⁷ Como la protección que otorga el derecho de autor es temporal, no se puede pretender alargar este término de forma artificial y opuesta al espíritu de la

²²⁶ HAMMA, K. 2005. Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility. [en línea] D-Lib Magazine, 11. p. 3 <http://old.cni.org/tfms/2005a.spring/abstracts/handouts/CNI_hamma_public.doc> [consulta: 10 agosto 2012].

²²⁷ REESE, op. cit., p. 1044.

ley.²²⁸ Esta protección a perpetuidad es especialmente nociva para los países en desarrollo, ya que solo beneficia a los herederos del autor y anula el estímulo a la creatividad.²²⁹ Este problema se torna más grave si tomamos en cuenta el actual período de protección que otorga el derecho de autor a lo largo del mundo, período que ha ido aumentando durante las últimas décadas.

Además, la protección impediría la creación de nuevas reproducciones respecto de la misma obra. Las reproducciones, como se ha señalado, tienden a imitar de la forma más fidedigna posible a la obra original, por lo que las diferencias entre dos o más reproducciones serán mínimas. Si otra persona reprodujera una obra de arte que se encuentra en el dominio público, el titular de los derechos sobre la primera reproducción podría alegar que se están infringiendo los derechos exclusivos que tiene sobre su reproducción.²³⁰ Si se otorgara la protección de este tipo de obras, las instituciones que se dedican a crearlas obtendrían un monopolio injustificado en aquel mercado.²³¹

²²⁸ BUTLER, op. cit., p. 62.

²²⁹ LIPSZYC, op. cit., p. 251.

²³⁰ MATZ, op. cit., p. 17.

²³¹ MATZ, op. cit., p. 20.

Se ha señalado que negar la protección de estas reproducciones no perjudicaría a estos agentes económicos, ya que poseen otros mecanismos que les permiten obtener ingresos. Así, algunas instituciones se han aliado con compañías digitales para crear aplicaciones para teléfonos celulares o guías interactivas de museos.²³² Iniciativas como las mencionadas, que mezclan patrimonio cultural con nuevas tecnologías, permiten explorar nuevas áreas e incentivan la innovación. Según Alice Atkinson-Bonasio, la clave para monetizar las obras artísticas consiste en ofrecer información y servicios que los usuarios no puedan encontrar en otros lugares, y no a través de una apropiación del dominio público.²³³ Es decir, la labor de galerías, museos, bibliotecas y archivos debe ir encaminada en la búsqueda de la innovación y en la prestación de un mejor servicio.

11.2. La labor de garantes de las instituciones

Además del incentivo económico, otra de las razones señaladas para la protección de las reproducciones es la facultad que adquiere la institución que alberga la obra para controlar la forma en que ésta es utilizada.²³⁴ Así,

²³² ATKINSON-BONASIO, op. cit., p. 15.

²³³ ATKINSON-BONASIO, op. cit., pp. 16–17.

²³⁴ CREWS, K. D.; BROWN, M. A. 2010. Control of Museum Art Images: The Reach and Limits of Copyright and Licensing. [en línea] *Annual Congress of the International Association for the Advancement of*

el museo o archivo podría evitar que la obra en cuestión sea modificada o empleada en ciertos tipos de trabajos, como la publicidad o la sátira. La razón para esta facultad, según dichas instituciones, es que tienen una responsabilidad de “garantes” de las obras que albergan, unida a un deber de educar a la sociedad. Sin embargo, el argumento ha sido criticado y tildado de paternalista.²³⁵

No obstante esas críticas, el objetivo señalado puede ser materializado a través de los llamados derechos morales. Estos derechos comprenden varios aspectos, algunos de los cuales varían dependiendo del país, pero los que más se repiten son dos: la paternidad y la integridad de la obra. El primero consiste en que no se puede desconocer la autoría de la obra utilizada, debiendo señalar quién la creó. La integridad, por su parte, dice relación con la obligación de no alterar o mutilar la obra.²³⁶

Teaching and Research in Intellectual Property. p. 16

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542070> [consulta: 10 agosto 2012].

²³⁵ “Al intentar mantener las obras de arte dentro de una voz institucional, la única interpretación a menudo aísla a esas obras de una experiencia pública más comprometida”. HAMMA, op. cit., p. 4.

²³⁶ Así en el artículo 6 bis del Convenio de Berna se señala: “1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

Se ha sostenido que estos derechos morales, a diferencia de los patrimoniales, no necesariamente se extinguen cuando la obra cae en el dominio público. Dado que el artículo 6 bis del Convenio de Berna señala que los Estados deben proteger los derechos morales de los autores “por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales”, los propios países pueden modificar sus legislaciones internas para establecer una protección mayor de tales derechos, que puede llegar incluso a ser perpetua.²³⁷ Así lo ha hecho Chile, que en el artículo 80 letra a) de su ley de propiedad intelectual ha señalado que comete delito aquella persona que “a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor”. Por lo tanto, aunque los derechos patrimoniales de la obra hayan expirado, aún así la ley protege el derecho moral de paternidad, sancionando a quien lo infrinja.

Por lo tanto, en el caso que los derechos morales ya mencionados se encuentren protegidos por la legislación de un determinado país, sus instituciones culturales serían capaces de cumplir su rol de garantes respecto de las obras que albergan, cuidando su integridad y paternidad. No

²³⁷ FICSOR, op. cit., p. 46.

es necesario que para lograr eso se irroguen derechos patrimoniales que no les corresponden, y que a fin de cuentas perjudican a la sociedad en su totalidad.

CAPÍTULO XII

OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN

12.1. El acceso a las obras

Hace algunos siglos, las posibilidades de deleitar la vista con una obra de arte eran limitadas, ya que dichos trabajos estaban confinados en museos, iglesias, palacios y galerías privadas a lo largo del mundo. La reproducción de obras de arte constituyó un pilar fundamental en el acceso que la sociedad tuvo a esos trabajos. Incluso desde antes de la invención de la fotografía, las reproducciones litográficas fueron una pieza fundamental para el estudio y análisis de las obras de arte por parte de aquellas personas que no vivían en las mismas ciudades en las que estaban los museos y galerías. ¿De qué otra forma podría, por ejemplo, un profesor chileno enseñar a sus alumnos la obra de Leonardo Da Vinci si no es a través de reproducciones? La fotografía, según Kathleen Connolly Butler, “permitió que las obras de arte estuvieran en dos lugares al mismo tiempo, permitió que las obras de arte viajaran hacia el espectador en vez que él viajará hacia el arte”.²³⁸ En definitiva, las reproducciones lograron el no despreciable

²³⁸ BUTLER, op. cit., p. 59.

mérito de democratizar el arte.²³⁹ Claramente hay una diferencia entre presenciar la obra de forma directa que a través de una reproducción en un libro o revista, pero no se puede negar que es preferible a no tener nada.

El desarrollo tecnológico de las últimas décadas, y especialmente la creación de Internet, han contribuido a mejorar este acceso por parte de la sociedad, eliminando no solo las barreras nacionales sino también disminuyendo los costos. Hoy en día, cualquier persona puede ver las obras que se encuentran en el Museo del Prado o en el Museo del Louvre, requiriendo solamente una conexión a internet. Las nuevas tecnologías no solo permiten un mayor acceso a estas obras, sino que también facilitan su reproducción y permiten su modificación por parte de los usuarios. Los archivos digitales no están sujetos a las mismas limitantes de los objetos físicos. Por lo tanto, las reproducciones “no solo le entregan al público un mayor acceso a las obras de arte para verlas y estudiarlas, sino que también permiten e, inevitablemente, inspiran al público a usar esos trabajos”.²⁴⁰ Se ha sostenido que “cuando una institución de arte es la única fuente de una obra en el dominio público y esa institución bloquea la obra de arte al

²³⁹ “La transformación de obras de arte en imágenes fácilmente reproducibles, utilizables, arrebató el arte de los pocos expertos especializados y lo entregó a la población para que lo aplique a sus propias vidas”. MATZ, op. cit., p. 3.

²⁴⁰ BUTLER, op. cit., p. 60.

sostener que está sujeta a derechos de autor, el público paga el precio”.²⁴¹

De forma similar, la Federación Internacional de Bibliotecarios e Instituciones ha dicho que el conocimiento no puede beneficiar a la sociedad si se limita su transmisión, agregando que “el valor de un conocimiento sólo se aprecia verdaderamente cuando es aprendido, debatido y absorbido por estudiantes, investigadores, científicos y los ciudadanos ordinarios”.²⁴²

Alegar tener derechos de autor sobre reproducciones digitales de obras en el dominio público limita la utilización que los usuarios pueden tener sobre dichas versiones. El dominio público no solo implica poder ver o leer dichas obras, sino también utilizarlas de forma libre. Como ya se señaló en capítulos anteriores, el dominio público es esencial para objetivos tan relevantes como el desarrollo de la democracia y el progreso económico. “Muchas actividades económicas necesitan tener acceso a materiales protegidos por el derecho de autor con fines de investigación y desarrollo, educación, y posibilidad de interacción entre los programas y el equipo físico. Una falta de acceso razonable puede, de hecho, menoscabar el

²⁴¹ KELLEY, op. cit., p. 41.

²⁴² IFLA, op. cit., p. 3.

crecimiento económico”.²⁴³ Así como se necesita un acceso razonable a materiales protegidos por el derecho de autor, también el dominio público debe estar disponible para el uso de la sociedad. De esta forma, se ha señalado que el dominio público no solo implica un goce pasivo por parte del público, sino que “servirá directamente al interés privado de quienes activamente deseen seguir investigando, desarrollando o creando innovaciones u otro tipo de expresiones intelectuales”.²⁴⁴ Si se digitalizan obras que se encuentra en el dominio público, pero se limita el uso de tales obras alegando tener derechos de autor sobre sus versiones digitales, entonces estaríamos ante una situación que solo permite el goce pasivo de las obras, y no uno activo, como debiera existir realmente.

Un ejemplo del daño que produce este tipo de conductas se puede ver en el caso de los documentales. Los documentalistas se ven expuestos a complejos trámites al momento de conseguir permisos para utilizar material con derecho de autor, ya sean fotografías, música o grabaciones realizadas por terceros. La falta de información respecto a si una obra se encuentra o no en el dominio público los ha llevado a asumir que toda obra que

²⁴³ IFLA, op. cit., p. 4.

²⁴⁴ SCHMITZ VACCARO, 2009, op. cit., p. 348.

pretendan utilizar se encuentra protegida por derechos de autor, debiendo conseguir un permiso antes de incluirla en el documental. Esto ya que las empresas distribuidoras y los productores se niegan a correr el riesgo de que alguna fotografía o grabación que se pensó que pertenecía al dominio público en realidad estaba protegida. Tal desconfianza se basa no solo en la falta de información al momento de determinar qué obras se encuentran en el dominio público, sino también a las severas sanciones que recaen sobre quienes infringen el derecho de autor.²⁴⁵ Según Jason Mazzone, la apropiación de obras en el dominio público (*copyfraud*) impacta negativamente a la libertad de expresión. Los distribuidores aconsejan a los cineastas que simplemente no incluyan un determinado contenido si tienen dudas respecto a si está protegido o no.²⁴⁶

La importancia del acceso al dominio público ha sido también reconocida por organizaciones internacionales como la UNESCO. En 1997, en el marco de la 29^o reunión de la Conferencia General de este organismo, se adoptó como uno de los programas a realizar la libre circulación de la información, ya sea a través de medios tradicionales o electrónicos. En

²⁴⁵ MAZZONE, op. cit., pp. 1067–1069.

²⁴⁶ MAZZONE, op. cit., p. 1071.

relación al dominio público se sostuvo que era necesario facilitar su acceso a la sociedad “con el fin de constituir, a largo plazo, un repertorio electrónico general de toda la información de carácter público relacionada con las esferas de competencia de la UNESCO”.²⁴⁷ En la declaración de principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada en diciembre de 2003, los participantes señalaron:

“Un dominio público rico es un factor capital del crecimiento de la sociedad de la información, ya que genera ventajas tales como un público informado, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. El acceso sin dificultad a la información del dominio público es esencial en la sociedad de la información, como lo es la protección de dicha información contra toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las entidades públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario para promover la preservación de los registros de documentos y el acceso libre y equitativo a la información”.²⁴⁸

El tema en cuestión se encuentra ligado a la idea de acceso a la cultura, entendida como “la aspiración legítima de la comunidad de poder tomar

²⁴⁷ UNESCO. 1997. Actas de la Conferencia General. [en línea] 29° Reunión. p. 64

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220s.pdf>> [consulta: 31 diciembre 2012]

²⁴⁸ CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 2003. Declaración de Principios. [en línea] <<http://www.oei.es/revistactsi/numero6/documentos01.htm>> [consulta: 31 diciembre 2012]

parte en la vida cultural y de gozar de los beneficios de la ciencia y la cultura, siendo obligación del Estado asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de ellos”. Es, en definitiva, la aspiración de gozar de los beneficios emanados de las creaciones intelectuales.²⁴⁹ El acceso a la cultura ha sido catalogado como un derecho fundamental, al ser reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, formando parte de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.²⁵⁰ Uno de los elementos que caracterizan a este derecho es que se trata de una petición de justicia, la cual busca una mejor distribución dentro de la sociedad y entre los países. Con esto se buscaría mejorar la producción de información y bienes culturales, así como una distribución más equitativa de los mismos: “La meta es promover la eficiencia económica y el desarrollo, y producto de ello extender la distribución de ese conocimiento y de los bienes culturales necesarios para el florecimiento de la economía global de la información”.²⁵¹

²⁴⁹ JARAMILLO GAJARDO, P. 2008. Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile. [en línea] En: *Acceso a la cultura y derechos de autor: Excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago, LOM Ediciones. p. 21 <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>> [consulta: 31 December 2012].

²⁵⁰ JARAMILLO GAJARDO, op. cit., p. 20.

²⁵¹ JARAMILLO GAJARDO, op. cit. p. 19.

El argumento del acceso a las obras permite incluso cumplir en parte el argumento del incentivo económico. Al permitir que las reproducciones de sus obras estén a disposición del público, las instituciones van logrando que la sociedad se familiarice con aquellos trabajos. Las personas, al conocer estas reproducciones, tendrán mayores deseos de acudir a los museos y galerías que las albergan, con el fin de conocer la obra original. Este interés “contribuye a los ingresos obtenidos del precio de las entradas así como de las ventas de tiendas de libros y cafeterías [...] la amplia distribución de imágenes en última instancia aumenta la asistencia al museo”.²⁵²

²⁵² HAMMA, op. cit., p. 4.

CAPÍTULO XIII

PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y OTRAS AMENAZAS

Tras explicar los argumentos a favor y en contra de la protección de las versiones digitales de obras en el dominio público, es necesario examinar qué tipo de sanciones existen contra estas conductas de apropiación. En Chile, la ley 20.435 de 2010 modificó la ley de propiedad intelectual introduciendo cambios relevantes en la norma. Uno de esos cambios fue la incorporación del artículo 80 letra b), que establece:

“Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

b) El que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común”.

Si bien la norma es clara al señalar que tal conducta es un delito, no es tan sencillo determinar la efectividad de dicha disposición. Chile, al igual que la gran mayoría de los países, ha demostrado una gran preferencia por la protección de aquellas obras que cuentan con derechos de autor, dejando

casi sin protección a aquellas que se encuentran en el dominio público. Al existir intereses privados ligados a las obras amparadas por el derecho de autor, éstas son en la práctica las más protegidas. Numerosas campañas²⁵³ en los medios de comunicación informan a la población sobre el delito que constituye utilizar esas obras de forma ilícita, pero nada se dice sobre la existencia del dominio público ni sobre su importancia. A diferencia de las obras con derechos de autor, la apropiación de obras en el dominio público afecta a toda la sociedad, no solo al autor o a los titulares de los derechos. Paradójicamente, tales apropiaciones tienen menores penas que las infracciones que afectan a obras con derecho de autor, existiendo una desproporción entre la sanción y el efecto negativo de la conducta.²⁵⁴ Además, los esfuerzos por perseguir unas y otras infracciones también varían. En Estados Unidos, por ejemplo, alegar tener derechos de autor sobre obras que en realidad no lo tienen también está sancionado, pero son escasas las veces en que dichas conductas son llevadas a la justicia.²⁵⁵

²⁵³ Como ejemplo se puede citar la campaña “No mates la música”, impulsada por la industria fonográfica y cuyo objetivo era crear conciencia en la población respecto a la copia ilegal de discos musicales.

²⁵⁴ Es algo habitual encontrar noticias sobre personas condenadas a multas desorbitantes por el hecho de descargar canciones o películas de internet. Sirva como ejemplo el caso de Jammie Thomas, una mujer que fue demandada por la Recording Industry Association of America (RIAA) por haber descargado 24 canciones infringiendo el derecho de autor. El año 2007 Thomas fue condenada a pagar 222.000 dólares por daños.

²⁵⁵ MAZZONE, op. cit., pp. 1029–1030.

Debido a esta escasa protección, la apropiación del dominio público (o *copyfraud*) no posee barreras que la detengan, facilitando así este tipo de conductas.²⁵⁶

Según Jason Mazzone, la solución a los problemas mencionados no radica en una menor protección de las obras sujetas a derecho de autor, sino que en crear mecanismos que permitan garantizar los límites ya existentes entre dominio público y derecho de autor. Es decir, que se haga efectiva la protección al dominio público que establece la ley.²⁵⁷ El autor asegura que la apropiación del dominio público es un tipo de fraude especialmente grave, ya que afecta a derechos fundamentales como la libertad de expresión. Por lo mismo, las sanciones deben estar a la altura.²⁵⁸ A la proposición de establecer mayores sanciones se suma la creación de medidas encaminadas a informar acerca de la importancia y extensión del dominio público, con el fin de terminar con la presunción –bastante extendida– de que el dominio público es la excepción y el derecho de autor

²⁵⁶ MAZZONE, op. cit., p. 1038.

²⁵⁷ MAZZONE, op. cit., p. 1031.

²⁵⁸ MAZZONE, op. cit., p. 1074.

es la regla general. Mazzone además aconseja facilitar el acceso a obras que se encuentren en el dominio público, sobre todo a través de internet.²⁵⁹

La apropiación de obras en el dominio público a través de sus reproducciones no es la única amenaza a este tipo de trabajos. Las bibliotecas, galerías o museos, al ser dueñas de las versiones físicas de tales obras pueden establecer las limitaciones que deseen sobre los usuarios. El derecho de propiedad que tienen sobre las versiones tangibles de dichas obras les permite vender copias de ellas o denegar el acceso de ciertas personas a las versiones originales.²⁶⁰ Esto es especialmente grave en los casos donde la obra tiene un solo ejemplar, como ocurre con las pinturas, ya que el museo que es dueño de la obra puede imponer las condiciones que quiera sobre las personas que buscan tener acceso a ella.²⁶¹ Las medidas que adopte la institución pueden ir encaminadas a asegurar la conservación de la obra, pero hay casos en que se abusa de este monopolio y se establecen beneficios a favor de unas personas en detrimento de otras. Un ejemplo de esto son los contratos de exclusividad al momento de crear las reproducciones de la obra. Puede que la pintura se encuentre en el dominio

²⁵⁹ MAZZONE, op. cit., pp. 1090–1092.

²⁶⁰ MAZZONE, op. cit., p. 1055.

²⁶¹ REESE, op. cit., p. 1036.

público, pero el derecho de propiedad que el museo tenga sobre ella le facilita impedir que más de una persona pueda realizar reproducciones de ella. Este tipo de conducta ha sido especialmente criticada por el estadounidense Colin T. Cameron:

“El derecho de autor ya no subsiste en una pintura que ha caído en el dominio público. Si nadie es dueño de esos derechos exclusivos, el derecho de autor no puede ser objeto de abuso. Sin embargo, impedir que otros creen nuevas fotografías derivadas también es un abuso.

Impedir que otras personas tomen fotografías del dominio público hace un flaco favor al sistema de derechos de autor, que fue creado para promover el progreso del arte y fomentar la creación de nuevas obras”.²⁶²

La situación es preocupante, ya que sin ser titulares de los derechos de autor, estas instituciones pueden ejercer facultades similares a las que otorga dicha figura jurídica, e incluso más limitantes, ya que el derecho de autor está sometida a una serie de excepciones que permiten ciertos tipos de usos por parte de la sociedad.

²⁶² CAMERON, op. cit., pp. 57–58.

Además, aunque en Estados Unidos los tribunales han negado la protección de reproducciones de obras en el dominio público que se limitan a copiar exactamente la obra en cuestión, las bibliotecas, galerías y museos siguen incluyendo prohibición de utilizar sus reproducciones digitales basados en una supuesta infracción de derechos de autor. La misma Bridgeman señala en su sitio web que “ninguna imagen puede ser reproducida, comunicada al público, distribuida, reutilizada o extraída de este sitio para cualquier propósito”.²⁶³ Por lo tanto, estas apropiaciones siguen existiendo, y es difícil que desaparezcan sin un cambio de mentalidad acerca de la importancia que tiene el dominio público para la sociedad. Medidas como mencionar en un sitio web que una obra puede ser utilizada libremente dado que su protección expiró, pueden servir para educar a la población acerca de este tipo de obras.

Durante los últimos años diversas instituciones se han dedicado a dar a conocer la importancia del dominio público, cuestionando la idea ampliamente difundida de que mientras más amplia sea la protección otorgada por los derechos de autor mayor es el beneficio para la sociedad.

²⁶³ BRIDGEMAN. Copyright. [en línea] <<http://www.bridgemanart.com/copyright>> [consulta: 10 agosto 2012].

Ejemplo de estos esfuerzos es Communia, un proyecto europeo que busca analizar y discutir políticas relativas al dominio público y el entorno digital. El proyecto dio a conocer en enero de 2010 un documento denominado “Manifiesto del dominio público”, que explica los alcances del dominio público, sus principios y propone recomendaciones para su fortalecimiento. Algunas de las ideas señaladas en el manifiesto son las siguientes:

“1. El dominio público es la regla, la protección del derecho de autor la excepción. Dado que la protección del derecho de autor se concede únicamente con respecto a las formas originales de expresión, la gran mayoría de los datos, la información y las ideas generadas mundialmente en cualquier instante pertenecen al dominio público. Además de la información que no es susceptible de ser protegida, el dominio público crece cada año con las obras cuyo plazo de protección expira. [...]

3. Lo que está en el dominio público debe permanecer en el dominio público. El control exclusivo sobre las obras de dominio público no debe ser restablecido reclamando derechos exclusivos por la reproducción técnica de las obras o por utilizar medidas técnicas de protección para limitar el acceso a las reproducciones técnicas de dichas obras.

4. El usuario legítimo de una copia digital de una obra del dominio público debe ser libre de (re)utilizarla, copiarla y

modificarla. El Estado de dominio público de una obra no significa necesariamente que deba ser accesible al público. [...] Sin embargo, una vez el acceso a una obra se ha concedido no debería haber restricciones legales para su reutilización, modificación o reproducción”.²⁶⁴

²⁶⁴ COMMUNIA. Manifiesto del Dominio Público. [en línea]
<<http://www.publicdomainmanifesto.org/spanish>> [consulta: 31 diciembre 2012]

CONCLUSIONES

El dominio público es esencial como materia prima para la creación de nuevas obras y como elemento que asegura un mercado competitivo. La protección que otorga el derecho de autor es temporal, ya que se entiende que una vez transcurrido el periodo que tiene el autor para gozar de forma exclusiva de los frutos de su obra, ésta debe quedar a disposición de la sociedad, de forma libre. Sin embargo, el dominio público se ha visto amenazado por diversas conductas, siendo una de ellas el alegar la protección de reproducciones de obras que se encuentran en el dominio público. Dado que la obra originaria ya no está protegida, se sostiene que la fotografía o archivo digital en la que fue copiada constituye una nueva obra, y por lo tanto su creador goza de derechos de autor sobre aquella reproducción.

Los fundamentos jurídicos para la protección o no de estas reproducciones se basan en dos criterios, el *sweat of the brow* y el requisito de originalidad. El primero, esgrimido por quienes dicen que las reproducciones están protegidas, se basa en el esfuerzo invertido para la realización de las obras, mientras que el segundo se basa en aportaciones

que el autor debe realizar y que permitan diferenciarla de la obra originaria. Es necesario aclarar que la doctrina del *sweat of the brow* no propugna una protección de toda reproducción, sino que de aquellas que requieran un esfuerzo y habilidad mayores, como la fotografía de obras de arte. La doctrina y jurisprudencia estadounidense y española, en su mayoría, optan por el criterio de la originalidad, ya que permite determinar de forma clara cuáles son los nuevos elementos incorporados por quien creó la reproducción, y por lo tanto, permite saber qué se está protegiendo.

Al tratar la protección de estas obras, es necesario tener en cuenta además la naturaleza del objeto registrado, sea este bidimensional o tridimensional. En el primer caso no sería posible la protección, ya que el resultado siempre será una obra lo más fidedigna posible al objeto registrado. En el caso de objetos tridimensionales hay que diferenciar el medio a través del cual se está realizando la reproducción. Si es una fotografía, por ejemplo, el resultado podrá ser protegible, ya que éste variará según las decisiones artísticas del fotógrafo, y por lo tanto se cumpliría el requisito de la originalidad. Como la fotografía solo capta una porción de la obra tridimensional, la decisión respecto al ángulo del cual se tomará la fotografía afectará el resultado. Sin embargo, la tecnología ha

permitido la creación de nuevas formas de reproducción, tales como los escáneres tridimensionales, que permiten crear una copia digital del objeto tomando en cuenta aspectos como su volumen, buscando un resultado lo más parecido posible a la obra originaria. En dichos casos, el requisito de la originalidad es más difícil que se cumpla.

En Chile la respuesta sobre la protección de estas obras no es sencilla, ya que sus normas no mencionan expresamente el requisito de la originalidad. Por lo tanto, es necesario examinar otros principios para determinar si es aconsejable optar por uno u otro camino. Estos principios corresponden al incentivo económico para crear las reproducciones y el derecho que la sociedad tiene para acceder a las obras que están en el dominio público. Aunque el incentivo económico es un factor relevante al momento de determinar si se deben proteger o no estas reproducciones, la importancia del dominio público hace concluir lo contrario, sobre todo por la posibilidad de que dicha protección permita un monopolio sobre el medio en que fue realizada la reproducción. Concluir que el mero cambio de medio permite la protección de la obra resultante podría abrir la puerta a una protección a perpetuidad, y no temporal, como exigen los tratados y las leyes. Además, el derecho del acceso a la cultura y la necesidad de poder

acceder a las obras en el dominio público hace menos aconsejable la protección de estas versiones digitales. El dominio público no solo permite que las obras puedan ser conocidas por la mayor cantidad de personas posible, sino que además permite una utilización sin trabas.

Además, la legislación chilena sobre derecho de autor establece que las obras protegidas son las denominadas “obras de la inteligencia”, lo que permitiría inferir que quedan fuera de esta protección aquellas obras que nacen del mero azar o de la aplicación de un proceso técnico o mecánico que no requiere mayor esfuerzo intelectual. De esta forma, conductas como el escaneo de un libro o la fotografía de una pintura no constituirían “obras de la inteligencia”, ya que son producto de meros procesos técnicos, lo que las diferenciaría de verdaderas obras derivadas como la traducción de un poema o la adaptación cinematográfica de una novela. En estos últimos casos el autor de la adaptación o la traducción debe incurrir en decisiones intelectuales, como determinar qué elementos de la novela mantendrá en la versión cinematográfica o escoger alguna de las variadas acepciones que puede tener una palabra en el idioma al que se está traduciendo el poema. Este tipo de decisiones no se aplican en el caso de la digitalización, donde el resultado buscado pretende ser lo más parecido a la obra digitalizada.

Aunque la apropiación de obras en el dominio público es un fenómeno todavía presente a lo largo del mundo, existen ciertos proyectos de digitalización que han entendido la importancia del dominio público y hacen mención a la naturaleza de las obras que albergan. Memoria Chilena es un proyecto de la Biblioteca Nacional que se encarga, entre otras cosas, de digitalizar material de relevancia histórica para el país. Durante sus primeros años incurrió en la conducta descrita en este trabajo, al señalar que todas sus obras estaban sujetas a derecho de autor. La situación fue criticada por diversas organizaciones, como ONG Derechos Digitales, el Colegio de Bibliotecarios de Chile y Creative Commons Chile.²⁶⁵ Tras contactarse con los responsables del portal web, estas organizaciones lograron cambiar el mensaje relativo a los derechos de autor de estas obras, reconociendo que el carácter de las obras en el dominio público no cambia al digitalizarlas.²⁶⁶ Este reconocimiento es relevante, ya que permite que la sociedad tenga

²⁶⁵ ONG DERECHOS DIGITALES. 26 de junio de 2007. 'DIBAM se apropia del patrimonio común en su sitio web Memoria Chilena' <<http://www.derechosdigitales.org/224/dibam-recibe-protesta-de-organizaciones-civiles-por-apropiarse-del-patrimonio-comun-en-su-sitio-web-memoria-chilena/>> [consulta: 13 de julio de 2013]

²⁶⁶ "En Memoria Chilena se pueden encontrar obras de gran valor patrimonial que ya forman parte del Patrimonio Cultural Común. Tales creaciones, pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra". MEMORIA CHILENA. Propiedad intelectual y derechos de autor. [en línea] <<http://www.memoriachilena.cl/faq/propiedad.asp>> [consulta: 10 agosto 2012].

mayor información respecto de qué tipo de obras puede utilizar y de qué forma.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALLAN, R. J. 2007. After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art. [en línea] University of Pennsylvania Law Review, 155. <<https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue4/Allan155U.Pa.L.Rev.961%282007%29.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].
2. ANTEQUERA PARILLI, R. 2007. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid, Editorial Reus.
3. ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN. 2011. Recomendaciones para la digitalización de documentos en archivos. [en línea] <http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/Guias-Manuales/JCYLRecomendaciones_Digitalizacion_Archivos2011.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012]
4. ARTAZA CASTRO, X. 2003. Análisis del derecho de reproducción y comunicación pública en redes digitales, a la luz de la legislación nacional y comparada. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
5. ATKINSON-BONASIO, A. 2011. Intellectual Property in Photographs: Bridgeman Art Library, Ltd. V. Corel Corp. [en línea] <<http://www.alicebonasio.com/Research/PDFs/Intellectual%20Property%20in%20Photographs.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].
6. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. 2002. Recurso 425/2001. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=631>> [consulta: 30 diciembre 2012].
7. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. 2008. Recurso 281/2006. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1454>> [consulta: 30 diciembre 2012].
8. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. 2004. Recurso De Apelación 151/2004. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1169>> [consulta: 30 diciembre 2012].

9. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. 2010. Sentencia 10/2010. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1912>> [consulta: 30 diciembre 2012].

10. BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA. Proceso de digitalización en la Biblioteca Nacional de España. [en línea] p. 17. <http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigital/docs/ProcesoDigitalizacionBNE_10012011_version3.pdf> [consulta: 27 de diciembre de 2012]

11. BLANKE, J. M. 2002. Vincent Van Gogh, “Sweat of the Brow”, and Database Protection. [en línea] *American Business Law Journal*, 39. <<http://ssbea.mercer.edu/blanke/ABLJvanGogh.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

12. BONDÍA ROMÁN, F. 2006. Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones. [en línea] *Anuario de Derecho Civil*, LIX. <<http://www.caborian.com/wp-content/uploads/2009/11/Los-derechos-sobre-las-fotograf%C3%ADas-y-sus-limitaciones.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

13. BUSANICHE, B. 2011. Digitalización del dominio público: Regulaciones y propuestas en relación al dominio público digital. [en línea] <http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2011/10/busaniche.final_.cultura.tics_.pi_.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

14. BUTLER, K. C. 1998. Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Magnets: The Plot to Control Art Images in the Public Domain Through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 55.

15. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA C. 1978. Cresseri, A. Suc. Vs SADAIC. [en línea] <<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=167>> [consulta: 30 diciembre 2012]

16. CAMERON, C. T. 2006. In Defiance of Bridgeman: Claiming Copyright in Photographic Reproductions of Public Domain Works. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 15.

17. CERDA, A. 2011. Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: Hacia un nuevo régimen común. [en línea] *Revista Ius et Praxis*. <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art09.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].

18. CHAPMAN, A. R. 2001. 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] Boletín de derecho de autor, XV (3). Ediciones UNESCO.
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>> [consulta: 14 de julio de 2013]

19. CLAYTON NEWELL, B. 2010. Independent Creation and Originality in the Age of Imitated Reality: A Comparative Analysis of Copyright and Database Protection for Digital Models of Real People. [en línea] Brigham Young University International Law & Management Review, 6.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1709529> [consulta: 30 diciembre 2012].

20. COLOMBET, C. 1997. Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: Estudio de derecho comparado. Ediciones UNESCO/CINDOC.

21. COMUNIDAD ANDINA. 1993. Decisión 351: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. [en línea]
<<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D351.htm>> [consulta: 10 agosto 2012].

22. COMMUNIA. Manifiesto del Dominio Público. [en línea]
<<http://www.publicdomainmanifesto.org/spanish>> [consulta: 31 diciembre 2012]

23. COOPER, T. A. 2011. Corbis & Copyright?: Is Bill Gates Trying to Corner the Market on Public Domain Art? [en línea] Intellectual Property Law Bulletin, 16.
<http://www.iplb.org/assets/pdfs/Volume16/Issue1/Articles/Cooper_Article_4-5.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

24. CORTE DE APELACIONES DEL DÉCIMO CIRCUITO. 2008. Meshwerks v. Toyota Motor Sales U.S.A. [en línea] <<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1291978.html>> [consulta: 10 agosto 2012].

25. CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1951. Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.. [en línea] CCLXXI
<<http://www.coolcopyright.com/cases/fulltext/bellcataldataext.htm>> [consulta: 10 agosto 2012].

26. CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1976. L. Batlin & Son, Inc v. Snyder. [en línea]
<<http://www.coolcopyright.com/cases/fulltext/batlinsnydertext.htm>> [consulta:

10 agosto 2012].

27. CORTE DE APELACIONES DEL SÉPTIMO CIRCUITO. 1983. Gracen v. Bradford Exchange. [en línea] <<http://openjurist.org/698/f2d/300/gracen-v-bradford-exchange-m>> [consulta: 10 agosto 2012].
28. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1884. Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony. [en línea] <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/111/53>> [consulta: 10 agosto 2012].
29. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1991. Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co. [en línea] <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=340>> [consulta: 10 agosto 2012].
30. CREWS, K. D.; BROWN, M. A. 2010. Control of Museum Art Images: The Reach and Limits of Copyright and Licensing. [en línea] Annual Congress of the International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542070> [consulta: 10 agosto 2012].
31. CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 2003. Declaración de principios. [en línea] <<http://www.oei.es/revistactsi/numero6/documentos01.htm>> [consulta: 31 diciembre 2012]
32. DE LA MAZA GAZMURI, I. 2006. Propiedad intelectual, teorías y alternativas. En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) Temas actuales de propiedad intelectual. Santiago, Editorial Lexis Nexis.
33. DEL CAMPO ALMUNA, P. 2003. Evolución del derecho de autor en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho.
34. DEPARTAMENTO DE DERECHOS INTELECTUALES DE LA DIBAM. Preguntas frecuentes. [en línea] <http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales/faq.asp> [consulta: 10 agosto 2012].
35. DOBSON, K. N. 2009. The Originality of Photographs for Purposes of Copyright Law Before and After Bridgeman Art Library, Ltd V. Corel Corp. [en

- línea] Florida Coastal Law Review, 10.
<<https://www.fcsl.edu/sites/fcsl.edu/files/dobson.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].
36. DOBUSCH, L. 2011. The Digital Public Domain: Relevance and Regulation. [en línea] High Discussion Paper Series.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2011815> [consulta: 10 agosto 2012].
37. DRASSINOWER, A. 2003. Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law. [en línea] University of Ottawa Law & Technology Journal, 1.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=621184> [consulta: 30 diciembre 2012].
38. FERGUSON, K. 2011. Everything is a Remix Part 2. [en línea] Vimeo.
<<http://vimeo.com/19447662>> [consulta: 27 diciembre 2012]
39. FICSOR, M. 2003. Guía Sobre Los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
40. HAMMA, K. 2005. Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility. [en línea] D-Lib Magazine, 11.
<http://old.cni.org/tfms/2005a.spring/abstracts/handouts/CNI_hamma_public.doc> [consulta: 10 agosto 2012].
41. HARIANI, K.; HARIANI, A. 2011. Analyzing “Originality” in Copyright Law: Transcending Jurisdictional Disparity. [en línea] IDEA: The Intellectual Property Law Review, 51. <<http://law.unh.edu/assets/images/uploads/publications/idea-vol51-no3-krishna-hariani-anirudh-hariani.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].
42. HERRERA, D. 1999. Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley No. 17.336 y sus modificaciones. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
43. HUGHES, J. 2011. The Photographer’s Copyright. [en línea] Cardozo Legal Studies Research Paper.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931220> [consulta: 30 diciembre 2012].
44. IFLA. 2001. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas. [en línea] <http://portal.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_401027D197376DD1612D24>

F34791322E01B90700/filename/IFLA+esp.pdf> [consulta: 27 diciembre 2012].

45. IFLA; ICA. 2002. Directrices para proyectos de digitalización de colecciones y fondos de dominio público, en particular para aquellos custodiados en bibliotecas y archivos. [en línea] <<http://imagendigital.esteticas.unam.mx/PDF/digit-guide-es.pdf>> [consulta: 31 diciembre 2012]
46. INDECOPI. Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI. [en línea] <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/-1/Resolucion0286-98-TPI.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012]
47. JADUE BECKER, K. 2004. El derecho de autor en las bibliotecas y galerías virtuales de Internet. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático, 4. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10673>> [consulta: 10 agosto 2012].
48. JARAMILLO GAJARDO, P. 2008. Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile. [en línea] En: Acceso a la cultura y derechos de autor: Excepciones y limitaciones al derecho de autor. Santiago, LOM Ediciones. <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>> [consulta: 31 December 2012].
49. KELLEY, K. L. 2011. The Complications of Bridgeman and Copyright Misuse. [en línea] Art Documentation: Journal of the Art Libraries Society of North America, 30. <<http://www.jstor.org/stable/41244063>> [consulta: 30 diciembre 2012].
50. LARRAGUIBEL ZAVALA, S. 1979. Derecho de autor y propiedad industrial: Nuevas disposiciones constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
51. LESSIG, L. 2005. Cultura libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad. Santiago, LOM Ediciones.
52. LIPSZYC, D. 2005. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA.
53. MÁRQUEZ ROBLEDO, S. 2004. Principios generales del derecho de autor. [en línea] Tesis para optar al título de abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS23.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012].

54. MATZ, R. C. 2000. Public Domain Works of Art: Bridgeman Art Library, Ltd. V. Corel Corp. Berkeley Technology Law Journal, 15.
55. MAZZONE, J. 2006. Copyfraud. [en línea] New York University Law Review, 81. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787244> [consulta: 8 agosto 2012].
56. MOELLER, E. 2009. Protecting the public domain and sharing our cultural heritage. [en línea] Wikimedia blog. <<http://blog.wikimedia.org/2009/07/16/protecting-the-public-domain-and-sharing-our-cultural-heritage/>> [consulta: 10 agosto 2012]
57. MURRAY, M. D. 2006. Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works. [en línea] Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900148> [consulta: 30 diciembre 2012].
58. NIMMER, D. 2001. Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality. [en línea] Houston Law Review, 38. <http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1_pdf/HLR38P1.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].
59. PETRIS, R. H. 2003. Digitalización, compresión y descompresión de videos para aplicación informática en entorno multimedia. [en línea] <<http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2003/comunicaciones/08-Exactas/E-006.pdf>> [consulta: 30 diciembre 2012]
60. PUCHI ZURITA, R. 2006. Protección jurídica de los programas de ordenador. En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) Temas actuales de propiedad intelectual. Santiago, Editorial Lexis Nexis.
61. RAHMATIAN, A. 2010. Copyright Protection for the Restoration, Reconstruction and Digitisation of Public Domain Works. [en línea] En: CHELTENHAM. Copyright and cultural heritage : preservation and access to works in a digital world. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927428> [consulta: 30 diciembre 2012].
62. REAL MÁRQUEZ, M. 2001. El requisito de la originalidad en los derechos de autor. [en línea] University of Alicante Intellectual Property & Information Technology. <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-

Art-uaipit2.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].

63. REESE, R. A. 2009. Photographs of Public Domain Paintings: How, If at All, Should We Protect Them?. [en línea] *The Journal of Corporation Law*, 34. <http://www.law.uci.edu/pdf/treese/reese_publicdomainpaintings.pdf> [consulta: 10 agosto 2012].
64. RIBERA BLANES, B. 2002. *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid, Librería-Editorial Dykinson.
65. RUIZ GALLARDO, C. 2008. *Hacia una dogmática para el acceso en Chile*. [en línea] *En: Acceso a la cultura y derechos de autor: Excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Santiago, LOM Ediciones. <<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2012].
66. RUIZ GALLARDO, C. 2010. *Guías legales para bibliotecarios*. Santiago, ONG Derechos Digitales.
67. SCASSA, T. 2006. Original Facts: Skill, Judgment, and the Public Domain. [en línea] *McGill Law Journal*, 51. <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1224868339_Scassa.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].
68. SCHMITZ VACCARO, C. 2006. *Propiedad industrial y derecho de autor ¿Una división vigente?* *En: MORALES ANDRADE, M. (coord.) Temas actuales de propiedad intelectual*. Santiago, Editorial Lexis Nexis.
69. SCHMITZ VACCARO, C. 2009. *Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses*. [en línea] *Revista Chilena de Derecho*, 36. <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n2/art06.pdf>> [consulta: 27 diciembre 2012].
70. TACTUK RETIF, A. 2009. *El derecho de transformación: Especial referencia a la parodia*. [en línea] Getafe, Universidad Carlos III de Madrid. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7355/1/aurora_tactuk_tesis.pdf> [consulta: 30 diciembre 2012].
71. TRIBUNAL DE DISTRITO DEL SEGUNDO CIRCUITO. 1998. *Bridgeman Art Library, Ltd v. Corel Corp.* [en línea] <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=199844625FSupp2d421_1395.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006> [consulta: 10 agosto 2012].

72. UNESCO. 2010. The ABC of Copyright. [en línea]
<http://www.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_E9C4C18DDD7C7C77368D0DE4BC2B9B7840259B00/filename/ABC_Copyright_en.pdf> [consulta: 27 diciembre 2012].
73. VEGA JARAMILLO, A. 2010. Manual de derecho de autor. [en línea]
Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia.
<<http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20%28Alfredo%20Vega%29.pdf>> [consulta: 10 agosto 2012].