



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INFORMÁTICO

EL CONCEPTO DEL DOMINIO PÚBLICO

EN EL DERECHO DE AUTOR:

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY N° 17.336.

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

DIEGO IGNACIO GALLEGOS VALLEJOS

Profesor Guía: SR. SALVADOR MILLALEO HENRÍQUEZ

SANTIAGO, CHILE

AGOSTO DE 2014

Tabla de contenidos

Introducción	1
1. Fundamentos para justificar la apropiación del objeto intangible	5
2. Naturaleza del derecho de autor	21
3. Configuraciones del derecho de autor	34
4. El dominio público	48
- Origen del dominio público	49
- Dominio público y bienes comunes	55
5. El dominio público en cuatro niveles.	64
6. Primer nivel: dominio público ontológico	68
- Amenazas al dominio público ontológico	78
- El dominio público ontológico y su titularidad	85
7. Segundo nivel: dominio público por decisión de política pública.	96
- Autor desconocido	99

- Acervo folklórico	106
- El Estado como titular	116
- Autor extranjero sin domicilio en Chile	131
8. Tercer nivel: dominio público por plazo	133
9. Cuarto nivel: dominio público voluntario	145
10. Dominio público, Institucionalidad y Democracia Semiótica.	147
- El rol de la Institucionalidad del Dominio Público	149
- La democracia semiótica como fundamento del Dominio Público	152
11. Conclusiones	165

Introducción

El presente trabajo entrega en primer lugar antecedentes históricos y filosóficos sobre el dominio público del derecho de autor, para luego entregar un esquema para su análisis, formulando por último conclusiones respecto de distintas aristas del referido régimen de propiedad.

En el capítulo primero, se entregan fundamentos para la justificación de la propiedad sobre un bien intangible. Se describen las distintas corrientes que se han ocupado del tema y sus fundamentos, explicando sus inconsistencias con objeto de mejor entender dificultades y contradicciones propias del dominio público de derecho de autor.

En el segundo capítulo se busca explicar someramente las teorías que vienen a explicar la naturaleza del derecho de autor en forma posterior a su momento genético, para efectos de realizar posteriormente los análisis legales correctos según la doctrina dominante en el país o región. Si el derecho de autor es considerado “como” una propiedad, o bien, un derecho personal del autor, influirá de forma determinante en las reglas aplicables, tanto dentro del ordenamiento nacional, como en el internacional.

En el capítulo tercero, se explican las configuraciones positivas del derecho de autor y el dominio público del derecho de autor, ilustrando sobre los elementos compartidos y particulares del sistema anglosajón y continental, explicando su incidencia en la institución en estudio.

El capítulo cuarto, se avoca a introducir al lector en el centro del concepto de dominio público de derecho de autor, ilustrando sobre su origen y su relación con el concepto de bienes comunes, para luego, en el capítulo quinto, el lector pueda comprender a cabalidad el esquema de cuatro niveles que luego lo guiará para el estudio del dominio público del derecho de autor.

El capítulo sexto, tiene como objetivo representar el denominado primer nivel del esquema para el estudio del dominio público del derecho de autor, denominado “Dominio público ontológico”. Se explica su contenido, amenaza y titularidad, siempre haciendo referencia al panorama internacional y al contexto positivo nacional.

El capítulo séptimo, detalla el nivel denominado “De política pública”, en el cual subsisten diversos objetos de derecho cuyo fundamento para estar en régimen de dominio público es únicamente la decisión del legislador. Se

analizan con detalle las obras de autor desconocido, la gran mayoría, y las provenientes del acervo folklórico. Se revisa la titularidad del Estado sobre los objetos en dominio público en este nivel y, someramente, se hace referencia a las obras de autor extranjero.

El capítulo octavo se dedica por completo a estudiar el dominio público en virtud del vencimiento del plazo de protección. Se realiza un pormenorizado estudio de la ley a través del tiempo, el cual finaliza explicando que, en atención al tratamiento de propiedad que recibe la propiedad intelectual en general, la solución normativa la entrega la ley vigente en armonía con la sobre efecto retroactivo de las leyes.

El capítulo noveno es una breve referencia a las obras en dominio público por voluntad del titular, atendido lo escrito sobre la materia y la extensión de un trabajo de estas características.

El capítulo décimo se refiere a la institucionalidad necesaria para un dominio público del derecho de autor, en pos de revelar necesidades actuales y augurar futuras, entregando soluciones estructurales para sobrellevarlas.

Por último, se hace un sumario con las conclusiones del presente trabajo.

Capítulo 1

Fundamentos para justificar la apropiación del objeto intangible.

En el presente capítulo, se intentará explicar los fundamentos que justifican la apropiación de la creación intelectual, analizando los momentos genéticos del derecho de autor y copyright, con especial énfasis al discurso en el cual se sustentan, correspondiente en ambos casos, a la teoría retributiva del trabajo de John Locke.

Siguiendo a la profesora Lipszyc¹ la naturaleza del derecho de autor se consagraría mediante los decretos de la Asamblea constituyente de la Revolución Francesa y la ley del Estado de Massachusetts de 1789. Dicha concepción comprende al derecho de autor como una propiedad y tendría su raigambre en la filosofía de John Locke, el cual es continuador de una larga discusión filosófica respecto de la propiedad.

La influencia de John Locke en dichas Revoluciones, podría hallarse en la circunstancia de haber desarrollado su teoría de la propiedad para refutar el

¹ Lipszyc, Delia, “*Derecho de autor y derechos conexos*” Unesco-Cerlac-Zavala, 1993, Buenos Aires, Argentina.

derecho divino que parte de la filosofía escolástica atribuía como titular al Rey para poseer la tierra y sus frutos, cuestión que implicaba que la propiedad de los ciudadanos dependiera de su gracia.²

Esta noción ha predominado en la justificación del derecho de autor. Sin embargo, como se verá en el desarrollo de la presente tesis, es objeto de fundamentada crítica, por sí y por la atribución a Locke de dicha postura en el ámbito de la propiedad intelectual.

En primer lugar, la teoría de apropiación mediante el trabajo encuentra su origen en la discusión sobre la propiedad privada en la filosofía escolástica. Para ese grupo de autores, el objetivo consistía en conciliar la voluntad divina – Dios habría entregado el mundo a los hombres para su disfrute común- con el derecho divino y con alguna justificación ética para los nacientes poderes soberanos.

En este orden de ideas, importa mencionar como una influencia directa de la teoría de John Locke a Juan de Lugo. Este autor señala en síntesis que la división de propiedades – común, pública, privada, divina- forma parte de

² Merges, Robert P., Locke for the Masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity (January 5, 2009). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1323408> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1323408> al 25 de Mayo de 2013.

la ley natural. Por lo tanto, sería prescindible cualquier ley civil que sancione la adquisición privada.

Precisamente en esta discusión donde se desarrolla la teoría de la apropiación, justificada en el trabajo. El siguiente pasaje, refleja la posición de Juan de Lugo al respecto. Puede observarse que no se diferencia entre bienes tangibles e intangibles:

“En segundo lugar, me parece muy rígida la opinión que expone de que la división no puede hacerse sin un decreto de la comunidad o del príncipe que gobierna a ésta. Pues excluido todo derecho e incluso la ley del mismo Adán, pregunto si alguien por su propia industria, trabajo o arte pintase una bellísima imagen o esculpiese un hermosa estatua, ¿acaso por el derecho mismo de la naturaleza no sería aquella imagen o estatua propiedad del artista de tal modo que nadie podría quitársela contra su voluntad?”³

³ San Emeterio Martín, N. (2004). *La doctrina económica de la propiedad: de la Escolástica a Adam Smith* (Doctoral dissertation, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones).

Hugo Grocio, en una posición distinta daba una preponderancia a la ley civil en cuestiones de propiedad, dejando el ámbito del derecho natural sólo para cuando ésta no se ha establecido o bien cuando no tiene cabida – refiriéndose a cosas de imposible apropiación, como el mar – dando pie, entre las primeras, para que algunas fueran apropiadas por su naturaleza y otras mediante la técnica y trabajo. ⁴

En estas dos posiciones se resume la discusión escolástica, donde resulta ser el quid de la cuestión si se puede considerar necesaria o no a la ley civil para justificar la apropiación.

Estos dos filósofos llevarían a Locke a repetir bajo sus propias claves que, “nadie tiene dominio particular, salvo sobre su propio cuerpo” y, por consiguiente, la justificación ética de la apropiación se da en el trabajo, dejando de lado a la ley civil y, por consiguiente, al Estado, en la génesis de la propiedad. La propiedad al ser parte del cuerpo y luego dominio particular del individuo, se convierte en una esfera inviolable.

⁴ San Martín, op. cit.

Siguiendo a Chander⁵, la teoría del trabajo de Locke se fundamenta en la idea de que, la mayor parte del valor de algo, es proporcionada por el trabajo humano, y proviene del mismo bien en un estado de naturaleza, en el cual el régimen de los bienes es común a todos.

Por lo tanto, la propiedad se justificaría en un fundamento moral: Quien ha realizado dicho esfuerzo, merece una recompensa, precisamente por ser la causa del aumento de valor de dicha cosa.

Ahora bien, la teoría de la propiedad de Locke presenta grandes dificultades para fundamentar la propiedad intelectual puesto que, en primer lugar, está pensada exclusivamente para cosas tangibles.

En segundo lugar, la adquisición privada se concilia con la regulación divina a través de dos condiciones para la apropiación, que son; I) Dejar en circulación común algo “suficiente y de igual calidad” y; II) Que “no desperdicie” la cosa. Ambas condiciones sólo podrían forzosamente comprenderse para un bien intangible, bien cuyo consumo no provoca su desgaste.

⁵ Chander, Anupam, The New, New Property. Texas Law Review, Vol. 81, No. 3, February 2003. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=418853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.418853> al 23 de Noviembre de 2013.

Por último, para él los llamados “derechos morales del autor”⁶ no juegan rol alguno para justificar la propiedad.⁷

En la fundamentación que hace Delia Lipszyc sobre el derecho de autor, se hace pie en la teoría lockeana – aunque soslayando las observaciones críticas formuladas – y, citando a Le Chapellier, se señala que el derecho de autor sería “La más sagrada, la más personal de todas las propiedades”, para luego hacer un paralelo con la ley de Massachusetts, la cual señala que “no existe propiedad más peculiar para el hombre que la que es producto de la labor de su mente”.⁸

Sin embargo, Lipszyc omite el párrafo siguiente del discurso de Le Chapellier, donde se esboza una idea de dominio público (una vez publicada la obra, ésta es del público), y continua señalando que “es

⁶ Los derechos morales se caracterizan por encontrarse íntimamente ligados a la personalidad del creador, siendo inalienables e imprescriptibles. Son, sin embargo, transmisibles. Se encuentran consagrados a nivel constitucional (19 n° 25) y a nivel legal (art. 17 Ley 17.336). Actualmente, son derechos morales el derecho a la paternidad de la obra, integridad de ésta, el derecho de inédito, el derecho de autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa y el derecho a exigir que se respete la voluntad del autor a mantener la obra anónima o seudónima mientras no pertenezca al patrimonio cultural común.

⁷ STENGEL, Daniel. *La propiedad intelectual en la filosofía*. *Revista de Propiedad Inmaterial. Universidad Externado de Colombia*. ISSN 1657-1959 No. 8 2004 pág. 71-106 disponible en <http://comunicaciones.uexternado.edu.co/revistas/index.php?journal=propin&page=article&op=view&path%5B%5D=1228>] al 30 de Abril de 2013.

⁸ Lipszyc, Delia. Op cit.

extremadamente justo que el sujeto que ha cultivado sus ideas sea capaz de percibir los frutos de su labor” y en atención a dicha idea justifica que “nadie puede, sin su consentimiento, disponer del producto de su ingenio”.⁹

Severine Dusollier nos entrega una traducción de dicho párrafo: “[...] pero es una propiedad de naturaleza distinta a la de las demás propiedades. [Una vez que el autor ha divulgado la obra al público] el escritor ha vinculado al público con su propiedad, o más bien ha cedido enteramente su propiedad al público. No obstante, puesto que es totalmente justo que las personas que cultivan el ámbito de las ideas puedan obtener algún beneficio de su trabajo, es necesario que, a lo largo de sus vidas y algunos años después de su muerte, nadie pueda, sin su consentimiento, disponer del producto de su inteligencia. Pero igualmente, vencido el plazo señalado, entra en vigor la propiedad pública, y todo el mundo debería poder imprimir y publicar las obras que han contribuido a iluminar la mente humana”¹⁰.

⁹ Jane C. Ginsburg (2006). “UNE CHOSE PUBLIQUE”? THE AUTHOR’S DOMAIN AND THE PUBLIC DOMAIN IN EARLY BRITISH, FRENCH AND US COPYRIGHT LAW. *The Cambridge Law Journal*, 65, pp 636-670. doi:10.1017/S0008197306007252. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=928648> al 24 de Junio de 2013. La autora señala además que John Locke estaba a favor de un plazo de protección entre 60 a 70 años post mortem.

¹⁰ Dusollier Severine. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor los derechos conexos y el dominio público. Estudio para la OMPI. 7 de Mayo de 2010. Disponible en:

La misma autora señala en su trabajo recién citado que, la propiedad del público que se menciona en esta declaración, no debería confundirse con el tradicional derecho de propiedad sobre las cosas, ya sean materiales o no, sino que debería entenderse como el interés del público en obtener acceso a las creaciones intelectuales y disfrutar de las mismas.

En conclusión, Le Chapellier habría señalado que el derecho de autor es “como” una propiedad, pues en definitiva el autor es merecedor del destino de la obra y los frutos, pero la propiedad de ésta, una vez publicada, pertenece al público, en el sentido de su acceso y goce, situación que la aleja bastante de la definición de propiedad sobre tangible, como un señorío absoluto y exclusivo del dominus.

Entonces, aquí no se esboza claramente una concepción que asimile lisa y llanamente el derecho de autor a una propiedad, ni se cuestiona si es lícito extender la teoría de John Locke a estos ámbitos, como hace buena parte de la doctrina. Existe el reconocimiento de un “algo más” y de una interacción distinta de las obras con el resto de la sociedad, en matices que las hacen diferentes a la propiedad sobre bienes tangibles.

[http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf] al 20 de Abril de 2013.

Esta concepción de derecho de autor será, sin embargo muy discutida. Siguiendo a Ginsburg¹¹, la mayoría de los defensores de la tesis de la propiedad como justificación del derecho de autor en Francia sostienen que no tendría sentido que el derecho de propiedad del autor desapareciera al instante en que se ejercita.

Durante el periodo que se declaró como propiedad, hasta 1866, época en que se fija el plazo de protección en la vida más cincuenta años, se planteó con fuerza el debate sobre la naturaleza del derecho de autor como propiedad, puesto que si revestía dicha calidad de propiedad del autor, entonces debía ser perpetua, esto es, durar para siempre.

Puede decirse que las ideas de Locke efectivamente tienen una influencia en la discusión sobre la justificación de la propiedad intangible, a pesar de que, como ya vimos, su teoría no se refiere a las obras intelectuales. Tampoco Le Chapelier formula una concepción de derecho de autor completamente coherente con la teoría de la propiedad de John Locke.

¹¹ Ginsburg. Op. cit.

La importancia de recalcar dicho antecedente, reside en su utilidad para la fundamentación de Lipszyc, dando espacio a una discusión que, sigue vigente y que, tiene gran efecto sobre la institución del dominio público, como se verá más adelante.

Lo que sí recoge Le Chapelier, es la noción de que el autor merece un sistema de protección que recompense su trabajo. Dicho sistema de protección lo articula a través de una noción de propiedad, aunque dicha noción de propiedad difiere de la de John Locke principalmente en cuanto a su objeto.

La subsunción de las ideas de Le Chapelier dentro de la postura patrimonialista se debe entender principalmente dentro del contexto en que fueron formuladas. Durante la Revolución Francesa, el patrimonio como concepto significa una esfera de soberanía del individuo, respecto de la cual el Estado tendría que abstenerse de intervenir bajo el fundamento de que dicha esfera constituía una proyección de la personalidad.

Por consiguiente, cuando Le Chapelier habla de derechos morales y patrimoniales, en realidad se refiere a dos entidades jurídicas distintas pero que son parte – o una proyección de – la personalidad del individuo titular

de ellos, y que surgen con ocasión de la creación y, por lo tanto, comparten una misma naturaleza jurídica. Un francés de esa época encuentra tan “moral” la paternidad de la obra, como la explotación comercial de ella.

¿Para qué articular entonces esta idea de “entregar la propiedad” al público?

Ginsburg¹² opina, respecto de los análisis del discurso de Le Chapelier que, el dominio absoluto o la propiedad sólo se da en las obras inéditas. Por lo tanto, el real énfasis de su postura estaría en la pertenencia de la obra al público desde el momento de la comunicación de ésta, ya que dicha postura estaba inspirada por el objetivo político de terminar con el monopolio de “gracias reales” otorgados a la organización gremial de la Comedia Francesa, generando un sistema que impida la reaparición de este escenario mediante un plazo de protección finito.

Dichos requisitos relegan al autor-cuerpo a un segundo plano, primando las fórmulas para controlar la extinción de la protección antes que para asegurar el goce del derecho patrimonial.

¹² Ginsburg. Op. cit. Ver también Pabón Cadavid, op. cit.

Concluye Ginsburg que, dicho enfoque y los requisitos para acceder a la protección, no se condicen con la idea de derecho natural de John Locke.

En efecto, siguiendo a Pabón¹³, la concreción positiva de las ideas revolucionarias francesas, se cristalizan en la exigencia normativa de requisitos para acceder a la protección, parecidos a las gracias reales, como serían el depósito ante notario, la impresión con la reserva de publicación y un plazo de protección desde la misma publicación.

A juicio de Dusollier¹⁴, cuando Chapelier habla de “propiedad del público” debe distinguírsele del concepto tradicional de derecho propietario, pues se referiría al interés del público en obtener acceso a las creaciones intelectuales.

En opinión de esta autora, se estaría fundando en esta concepción la idea de un dominio público cognitivo, el cual distingue entre la libertad de uso que confiere el dominio público en sentido estricto, y el acceso intelectual a

¹³ Pabón Cadavid, Jhonny. “Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos”. Revista La Propiedad Inmaterial n° 13 año 2009. ISSN digital: 2346-2116 Pp. 59-104 disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin>] al 26 de Agosto de 2013.

¹⁴ Dusollier Severine. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor los derechos conexos y el dominio público. Estudio para la OMPI. 7 de Mayo de 2010. Disponible en: [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf] al 20 de Abril de 2013.

contenidos que dependen de su divulgación, independientemente de que exista protección por derecho de autor.

El derecho de autor solo podría fundarse en la teoría de la propiedad de Locke sólo mientras esté la obra inédita, pero una vez publicada los fundamentos de su regulación son políticos y tienen que ver más con la generación libre de controles gremiales de espacios públicos, o sencillamente con la libertad de expresión.

Sin tener lo anterior claro, se hace difícil entender luego la discusión sobre los fundamentos, naturaleza y definición del dominio público.

El dominio público se trata de una propiedad cuya justificación es política, y no tiene relación con el individuo, pues surge para disminuir la influencia y poder de los gremios.

Para Chander¹⁵, si bien la filosofía de Locke es la más conocida, finalmente es la doctrina utilitarista la que tiene más influencia para justificar el derecho de autor. Para esta corriente, se justifica la propiedad en la medida que, actuando de esa forma, se beneficie al mayor número de personas en

¹⁵ Chander, Anupam, *The New, New Property*, op. cit.

una sociedad determinada. Destaca el autor que, precisamente ese es el mandato en la Constitución estadounidense, que faculta al congreso “(p)ara fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos;”.¹⁶

En dicho país, existe importante una gran influencia de los autores como William Landes y Richard Posner, quienes justifican la propiedad intelectual sobre el bien intangible en la circunstancia de que el consumo de dicho bien por parte de un sujeto no compite con el consumo de otro sobre el mismo bien. De esta forma, se configura el riesgo consistente en que los autores no puedan recuperar sus costos de realización de la obra intelectual, pues deben competir con otros oferentes del mismo bien, que se limitarán a copiar y distribuir la obra, en un precio que no internaliza el “costo de expresión” del autor.¹⁷

¹⁶ Artículo 1 sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos.

¹⁷ William Fisher, Theories of Intellectual Property, in NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY 168, 193 (Stephen R. Munzer ed., 2001). Disponible en [http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/Fisher_IP_Theories.pdf] al 20 de Mayo de 2014.

Sin controvertir el fundamento filosófico de la apropiación por el trabajo, existe otra vertiente que, discutiendo el fin de la apropiación del bien intangible, viene a diferir del aspecto retributivo y en conferirle a la propiedad intelectual un rol relacionado con la cultura.

En palabras de Fisher¹⁸, esta corriente propone que, la regulación de la propiedad intelectual, viene para fomentar el desarrollo de una cultura atractiva, buscando dar un paso más allá del concepto de bienestar social utilizado por los utilitaristas. Declarándose parte de esta última corriente, el autor reseñado explica que la propiedad intelectual no sólo busca resolver el problema de los incentivos a la creación, sino también, generar una estructura normativa para la cultura, incidiendo especialmente en el acceso y participación en ella.

Podemos indicar como conclusión de este capítulo, que la justificación de la propiedad intelectual mediante fundamentos filosóficos que fueron pensados para explicar la moralidad de la propiedad sobre bienes tangibles, con objeto de evitar intromisiones del Estado sobre la esfera íntima del individuo, fue construida sobre la base de comprender la propiedad como

¹⁸ Íbidem.

extensión de la personalidad misma, resolviendo el problema político de contingencia que representaba el control de los gremios sobre el comercio de la literatura, estableciendo un plazo de protección finito en el tiempo.

Capítulo 2

Naturaleza del derecho de autor.

En el presente capítulo se describirán las teorías que vienen a explicar la naturaleza del derecho de autor en forma posterior a su momento genético, para efectos de luego desprender las consecuencias para los regímenes legales.

Si el derecho de autor es “como” una propiedad, o bien, realmente es un derecho personal del autor, influye de forma determinante en las normas aplicables dentro del ordenamiento jurídico nacional como en el internacional.

Recogiendo lo señalado en el capítulo anterior, el *droit d’ autor* es entonces fundamentalmente patrimonial. Dentro de las mismas fórmulas en que fue planteado, deja abierta la puerta para una desagregación del derecho de autor en sí, en vertientes morales y patrimoniales, como a su régimen propietario, en privado y público.

Por lo tanto, si se considera que el derecho de autor es patrimonial, habrá un sub-grupo de doctrinas que justificarán la apropiación en el trabajo y otros en el bienestar social, o utilitaristas.

Así las cosas, Lipszyc¹⁹ pasa a dar cuenta de las diferencias entre monistas – el derecho de autor es único e uniforme - y dualistas – separan los derechos morales de los patrimoniales- indicando que dicho desarrollo sería europeo y se daría preferentemente en Alemania, por la influencia de la filosofía de autores como Kant y Hegel.

Agrega que existiría otra posición la cual siguiendo la tendencia dualista, explica el derecho de autor como *“un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, económicamente valioso, en consecuencia, de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales”*.

Según Kohler, el derecho de autor tiene únicamente una naturaleza patrimonial, tanto por sus antecedentes históricos, así como porque las normas principalmente se encuentran dirigidas a la tutela de las facultades

¹⁹ Lipszyc, Delia. Op cit.

de esta índole. Argumenta Kohler que si bien al autor le corresponden otros derechos sobre su obra, que tienen un carácter distinto al patrimonial (de un carácter personal), éstos no formarían parte del derecho de autor, si no que de un campo jurídico distinto, sosteniendo que se trata de derechos diferentes.

Esta concepción fue muy criticada, argumentándose en su momento, que quebraría la unidad y armonía del derecho de autor, produciendo una fractura entre el momento de la creación de la obra, en la que el derecho es de carácter personal, y aquel en el cual la obra se da a conocer, y en el cual se manifiestan los derechos patrimoniales.²⁰

En contrapartida, surge la teoría monista del derecho de autor como derecho de la personalidad. Al parecer de Saavedra Velasco, fue “*la exacerbación del elemento no-patrimonial*” la que, finalmente, motivó esta tesis que sugiere que, en atención al momento genético, existe una inescindible relación entre la personalidad del autor y la creación.²¹

²⁰ Íbid.

²¹ Renzo E. Saavedra Velasco. "Apuntes sobre la configuración del derecho de autor" *Ius360: Blawg* May. 2012. Disponible en : http://works.bepress.com/renzo_saavedra/59

Esta postura se relaciona con Kant para quien el derecho de autor es un *Ius personalissimum*. Esto porque Kant funda la propiedad como un ejercicio de la libertad, basado en la posesión de algo sin que otro interfiera en él, es decir, existe mientras otro reconoce dicha posesión.²²

Siguiendo a Stengel, para precisar esta postura, es necesario entender que, Kant garantiza al autor el derecho a su trabajo, esto es, el discurso, pero no en el libro como tal, el ‘opus mechanicum’.

El derecho a poseer el discurso es diferente de los derechos de propiedad sobre el libro. Un autor no puede alienar sus propios derechos sobre el discurso. El derecho sobre el discurso por ende es presumiblemente un derecho personal establecido para la persona del autor como un *ius personalissimum*.²³

En conexión con esta teoría, surgirá una concepción del derecho de autor asociada a Hegel. En efecto, este filósofo identifica la propiedad misma con la personalidad, pues en su concepto ésta surge cuando un individuo dirige

²² Hernández, O. A. El estado como necesidad racional y el derecho de propiedad en la teoría política de Kant. *InterSedes*, 2(2-3). 2011. Disponible en [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66620303>] al 5 de Mayo de 2013.

²³ Stengel, op. cit.

su voluntad hacia tal objeto. Entonces es la posesión la base de los derechos propietarios, pero ahora no sólo física si no también metafísica, pues basta la voluntad.²⁴

Stengel explicará que para Hegel es el proceso de externalización de la mente lo que crea un objeto de la propiedad intelectual. No es necesario aplicar la voluntad a este objeto para poseerlo, puesto que el proceso de creación en sí es suficiente para aplicar la voluntad al objeto.

Dusollier indica que la justificación de la propiedad en Hegel consiste en el hecho de poner algo de sí mismo en el objeto, derivando el filósofo los derechos de propiedad privada del acto subjetivo de apropiación como una extensión de la personalidad.²⁵

Lo relevante es que desde Kant y Hegel surge una teoría personalista que sin oponerse al postulado “lockeano” del trabajo, marca diferencias con la propiedad tangible y elimina este factor como requisito. La propiedad

²⁴ Severine Dusollier. "The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain" *Intellectual Property and Public Domain*. Ed. PL Jayanthi Reddy. Hyderabad: Icfai University Press,, 2009. 31-69. Disponible en : http://works.bepress.com/severine_dusollier/4 al 10 de Mayo de 2013.

²⁵ Dusollier, Severine. *Estudio exploratorio...* op.cit.

intelectual no se funda en el trabajo, si no en el mero hecho de la creación, actividad intrínseca a la personalidad humana.

Participa en esta visión metafísica de la propiedad, el autor Jeremy Bentham²⁶, quien señala que ésta no es más que una expectativa surgida desde el individuo en relación a un objeto, hecha valer frente a la sociedad entera, pero que no encuentra expresión tangible alguna, es inmaterial, metafísica, un mero concepto de la mente.

En conclusión, los dualistas escinden el derecho de autor en moral y patrimonial, asignándoles naturalezas distintas y los personalistas, quienes sostienen que el derecho de autor surge de la simple creación por ser una proyección de la personalidad.

Por último, Habermas²⁷ explica que el surgimiento de una esfera pública, acá como sociedad civil distinta al grupo Familia o al Estado y que, es

²⁶ Heller, Michael. The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, Harvard Law Review, Volume 111, Febrero 1997.

²⁷ Habermas, Jurgen. *La transformación estructural de la esfera pública*. Disponible en [https://7b343b1e-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/arditi02/Habermas_STRUCTUREAL_TRANSF_PUBLIC_SPHERE.pdf?attachauth=ANoY7crSK6RPHCff04SaWBHYAQvOJ2afOg9tT_FelHd3VQ5MxoE5k5GxBakyihndjH32UtYhPVrfLok-4QMfcdJRE0Gq-R-YnWrGqrWwrp9jfdPyOCG5vkGHwxVGN0J2kADvEsLKvAJLVwOALOsOIOKgKjMDaqot71J87PWwtbuW8ZnASaIAyuL1NlzT8PVqEITEDmbqq7avia5cxC3VniHgIrvfrNICO9KY4PivaQFK9jW2c8gfdRpdXEksOQMjd5nQEB9Q7A0n&attredirects=0] al 25 de Abril de 2013.

capaz de oponerse a éste último, nace al mismo tiempo que las leyes de derecho de autor.

Esto porque las bases del debate y pensamiento político se encuentran en las producciones literarias y artísticas, cuyo enriquecimiento y ejercicio constituye entonces el origen y el fin del derecho de autor, el cual como se verá durante el presente trabajo, surge como un fenómeno de acceso a dicha información

Esta última vertiente explica la naturaleza del derecho de autor como parte de la libertad de expresión y por lo tanto, se condice con lo expresado en la conclusión de nuestro capítulo de fundamentos del derecho de autor, en lo relativo a sus fundamentos políticos.

La jurisprudencia iberoamericana, ha fallado en dispares sentidos. En Argentina, por ejemplo, se tiene al derecho de autor como una propiedad. Como ejemplo, puede citarse el siguiente párrafo: El reconocimiento a los autores de un derecho de propiedad sobre sus obras, esencial e inequívoco, semejante al derecho de dominio sobre las cosas materiales, y su inclusión en nuestra constitución nacional entre los derechos fundamentales del individuo que no son una simple creación de la ley sino que pueden y

deben ser reconocidos sin que sea necesaria su reglamentación- permitió que los tribunales aplicaran el derecho de autor aún antes de dictarse una ley específica sobre la mayoría. La influencia de los mencionados decretos revolucionarios franceses y de la doctrina partidaria de considerar el derecho de autor como un derecho de propiedad se reflejó en las legislaciones del siglo XIX y continuó en el siglo XX en las denominaciones, por ejemplo, de la ley francesa de 1957 que sigue utilizando la expresión “propiedad literaria y artística”, de la ley española de 1987 – que conserva la designación “propiedad intelectual” adoptada en la ley de 1879- y de algunas legislaciones del área latinoamericana en las cuales se mantienen, como en la ley argentina 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual de 1933 y en la ley chilena 17.336 “sobre propiedad intelectual de 1970. La reforma de nuestra Constitución Nacional en 1994 dotó (...) de jerarquía constitucional, entre otros, a las declaraciones y Tratados sobre derechos humanos que reconocen como tal al derecho de autor: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); la declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), el Pacto Internacional de Derechos económicos,

Sociales y Culturales –PIDESC- (Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969)”²⁸

En Bolivia, por su parte, si bien no existen definiciones jurisprudenciales claras, a diferencia de la situación que se relata en el párrafo anterior, no existen disposiciones expresas que afinquen la propiedad intelectual como una especie de derecho real. Sin embargo, el profesor Reyes López ha razonado como sigue: “La consideración de la propiedad intelectual como un derecho privado significa, ante todo, que satisface primariamente intereses de tipo particular, es decir, intereses de los creadores de obras originales (art. 10 LPI) o de aquellas otras personas a las que la Ley atribuye otros derechos de propiedad intelectual. Pero, en segundo lugar, situados en el plano constitucional, significa que el derecho de propiedad

²⁸ Juzgado en lo Civil N° 71, de fecha 5 de Mayo de 2008. Díaz Lastra y otros con Arte Radiotelevisivo Argentino S.A; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, de fecha 15 de Julio de 1996, Horacio con Editorial P., S.A.; . En el mismo sentido; En sentido contrario; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, de fecha 16 de Mayo de 1977 Artidorio con SADAIC (Personalista). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, de fecha 26 de Febrero de 2008, Ferrin con Caled Vía Pública S.R.L y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, de fecha 19 de Septiembre de 1978 (Sui Generis)

Toda la jurisprudencia disponible en [<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar-TELMEX/>], Antequera Parrilli, Ricardo, 2007.

intelectual es perfectamente incardinable en el art. 33.1 CE, que reconoce "el derecho a la propiedad privada".²⁹

En Brasil, la doctrina se encuentra conteste en catalogar el derecho de propiedad intelectual dentro de los derechos constitucionales de orden económico, caracterizándolo como una propiedad: “Certamente esta matéria não mereceria ser alçada ao nível de direito fundamental do homem. Trata-se aqui da chamada propriedade imaterial que seria protegida pelo inciso XXIII, referente ao direito de propriedade. Como se viu, propriedade, nos termos do citado inciso XXIII, não abrange apenas o domínio. Compreende todos os bens de valor patrimonial, entre os quais, indubitavelmente, se incluem as marcas de indústria e comércio ou o nome comercial”³⁰

Respecto de Chile, existe consagración del derecho de autor como propiedad a nivel constitucional. El profesor Larraguibel Zavala³¹ indica que, el artículo 584 del Código Civil consiste en una concepción original de

²⁹ REYES LOPEZ, María J. IMAGEN Y PROPIEDAD INTELECTUAL. *Rev. Bol. Der.* [online]. 2013, n.15 [citado 2014-02-18], pp. 52-75 . Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2070-8157.

³⁰ Borges Barbosa, Denis. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. Disponible en [<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>] al 20 de Enero de 2014.

³¹ Larraguibel Zavala, Santiago. Derecho de autor y propiedad industrial. Editorial Jurídica de Chile. 1979. Santiago.

Andrés Bello, en el cual se dejaría en claro que, los derechos del autor y del inventor en sus descubrimientos y producciones, eran una propiedad de ellos y, no meras concesiones o privilegios. Citando doctrina en su apoyo, aclara que, la conocida frase de dicho artículo “que sobre las cosas incorpóreas existe una especie de propiedad”, consiste en una mera distinción en base a la naturaleza de la cosa sobre la cual recae el derecho.

Abona esta posición, el artículo 25 inciso final de la Constitución de la República, disposición que hace aplicable a la propiedad intelectual lo dispuesto para el derecho de propiedad, en lo relativo a su protección y expropiación.

En Colombia, se ha fallado en diversos sentidos, reflejándose la doctrina mayoritaria en el siguiente párrafo: “El derecho de autor y los derechos conexos hacen parte de esa gran disciplina jurídica denominada propiedad intelectual, la cual fue reconocida y expresamente protegida por el Constituyente, cuando en el artículo 61 de la Carta Política determinó que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Como propiedad que es, los titulares de derecho de autor y derecho conexos gozan de prerrogativas (guardadas las

proporciones y su naturaleza jurídica) similares a las reconocidas a los titulares del derecho de dominio en general (...).³²

En general, en el resto de Latinoamérica, se trata a la propiedad intelectual como la propiedad tangible, aunque se reconocen sus diferencias.

Ejemplifica lo anterior, el siguiente pasaje jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³: “La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona.

Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Por ello dentro del concepto amplio de “bienes” cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las

³² Dirección Nacional de Derecho de Autor, ante la Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6883, de fecha 19 de Octubre de 2007. En el mismo sentido: Dirección Nacional de Derecho de Autor, ante la Corte Constitucional de Colombia, expediente D-5429, de fecha 19 de Octubre de 2004. Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, causa caratulada Ibeth Yolanda y otro con Sonolux, de fecha 28 de Febrero de 2003.

Toda la jurisprudencia disponible en [<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar-TELMEX/>], Antequera Parrilli, Ricardo, 2007.

³³ Caso 11.571, Palamara Iribarne con Chile, 22 de Noviembre de 2005, CIDH. Disponible en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf] [

obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.”

Capítulo 3

Configuraciones del derecho de autor.

Vistas las corrientes filosóficas que intentan explicar los fundamentos y la naturaleza del derecho de autor,³⁴ procede ahora explicar las formas positivas que ha tomado dentro de las tradiciones jurídicas.

Dentro de la literatura especializada, tanto Lipszyc como Miró Llinares³⁵ concuerdan en que la época clásica y media no existía el derecho de autor en su vertiente patrimonial pero sí una especie de reconocimiento al autor y su obra.

Miró Illares concluye, que en la sociedad romana el autor debía tener ciertas facultades y prerrogativas sobre su obra, de contenido moral, pero que el sistema jurídico romano no protegía en ninguno de sus aspectos al derecho

³⁴ En realidad, las corrientes expuestas no conceden una naturaleza al derecho de autor. Lipszyc señala que autores como Picard, Satanowsky, Mouchet y Radaelly siguiendo a Kohler habrían intentado una teoría de los derechos intelectuales autónoma.

³⁵ Miró Illares, Fernando, “*El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado*” Revista de Sociales y Jurídicas, ISSN-e 1886-6611, Nº. 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: Las Nuevas Tecnologías), págs. 103-155 disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2266366> al 26 de Mayo de 2013.

de propiedad intelectual, pues no existían circunstancias económicas o sociales para el caso.³⁶

Comparte con Lipszyc la misma cita de un autor llamado Dock, quien señala “Este derecho existía in abstracto, se manifestaba en las relaciones de los autores con los bibliópolas y los organizadores de los juegos: pero las necesidades sociales de la época no habían impuesto que este entrara a formar parte de la esfera del derecho”.³⁷

Esta situación vendría a acabarse con la invención de la imprenta, la cual va poco a poco ampliando el mercado de la literatura y finalmente, atendido el nivel de inversión y el tiempo requerido para comenzar a recuperarla, los impresores se dan cuenta que necesitan de un apoyo, el cual se traducirá en privilegios.

Miró Illares, citando a Analiza Francescheli comenta que el privilegio sería:

“(...) un acto administrativo utilizado para dar soluciones específicas a problemas concretos y determinados. A partir de la Edad Moderna, el privilegio se convierte en una “gracia real”, concedida por el

³⁶ Miró Illares, op.cit.

³⁷ Miró Illares, op. cit y Lipszyc, Delia, op. cit.

monarca o príncipe ante una determinada situación, y que otorga un poder específico, pero no supone, en ningún caso, el reconocimiento de ningún tipo de derecho subjetivo”.³⁸

Este sistema de privilegios entonces, no puede convertirse en un derecho de autor puesto que el beneficiario es el editor o la imprenta.

En efecto, en Inglaterra finalmente las impresiones quedan concentradas en la *Stationers company*, cuestión que cambia mediante la dictación del Estatuto de la Reina Anna que en palabras de Lipszyc reconoce “el derecho exclusivo de los autores a imprimir o disponer de copias de cualquier libro (copyright)”, que dará pie a cesiones de derecho civil que el autor negociará con sus futuros editores, las cuales no podían durar más de catorce años.³⁹

La diferencia radical con el sistema de los privilegios, radica en la existencia de un derecho subjetivo de parte del autor, gracias al cual él puede negociar las cesiones.

En palabras de Mirosevic Verdugo, mediante el Estatuto se “busca ahora limitar la concesión de monopolios, estableciendo un estatuto de general

³⁸ Miró Illares, op. cit.

³⁹ Lipszyc, Delia. Op. cit.

aplicación que acabara con la discrecionalidad del monarca en el otorgamiento de privilegios”.⁴⁰

Importante es retomar a Locke, que vivió buena parte de esta batalla contra los *Stationers*, participando activamente en contra de ella. Si bien su teoría de la propiedad pareciera no tener relación con los bienes intangibles⁴¹, según Ginsburg, en el año 1695 colaboró en un proyecto legislativo que no fue aprobado pero que situaba los derechos de imprenta y reimprenta en el autor.

Dicho proyecto de ley tenía como objeto asegurar la propiedad del autor en su copia y establecer un plazo a la protección de la obra, cuestión que finalmente se consagraría en el Estatuto de Ana.⁴²

Mark Rose agrega que Locke era parte de un sentimiento ilustrado contrario a los monopolios que ostentaban los *Stationers*. Señala que no está claro si los memorándums legislativos que escribió fueron efectivamente recogidos

⁴⁰ Mirosevic Verdugo, Carlos. “Origen y evolución del derecho de autor con especial referencia al derecho chileno” Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXVIII, 2007, pp. 35-82, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Chile, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1736/173620169001.pdf> al 30 de Mayo de 2013.

⁴¹ Stengel, op. cit.

⁴² Jane C. Ginsburg (2006). Op. cit.

en la elaboración del Estatuto de la Reina Ana, pero que importa dejar constancia que Locke era frecuentemente citado por quienes abogaban una perpetuidad del derecho de autor, siendo manifiestamente contrario a dicha posición.^{43 44}

Pido al lector recordar la conclusión del primer capítulo de este trabajo, pues es tan efectivo que la corriente propietizadora del derecho de autor nace mal concebida de sus raíces filosóficas, que el posterior debate sobre el dominio público se verá oscurecido por dichas inconsistencias.

Volviendo al asunto, es preciso señalar como hito que influye directamente en el tema de este trabajo, el fallo del caso “Donaldson vs Beckett”. Siguiendo a Lessig,⁴⁵ el caso en cuestión consistía en determinar si el viejo derecho consuetudinario de los *Stationers* primaba sobre el nuevo Estatuto de Ana, es decir si éste era capaz de derogar la regulación antigua.

⁴³ Rose, Mark. *Nine Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, 66 *Lay & Contemp. Probs.* 75 (Winter/Spring 2003) disponible en [] al 24 de Agosto de 2013.

⁴⁴ En el mismo sentido Severine Dusollier “(...) Locke (no) ha escrito nunca sobre se tema, pero en la hisotira del derecho de autor s eha hecho siempre referencia al mismo con objeto de conferir un derecho de propiedad intelectual a los frutos del trabajo intelectual”. En *Estudio exploratorio...* op.cit.

⁴⁵ Lessig, L. (2004). *Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. Penguin. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-12-27.0970155237/libro-cultura-libre-de-lawrence-lessig/Culturalibre.pdf al 13 de Julio de 2013.

En palabras de Rose, el Estatuto no era más que una codificación de las prácticas de los *Stationers* pero con la diferencia que ahora el plazo de protección del copyright se limitaba a catorce años, renovables si el autor seguía viviendo. Para libros en imprenta, el Estatuto otorgaba veintiún años de protección.⁴⁶

Al vencer en juicio el Sr. Donaldson (editor que se enfrentaba contra los derechos a perpetuidad de Beckett sobre unas obras), en palabras de Lessig, nace el dominio público.

“Por primera vez en la historia anglo-americana, el control legal sobre obras creativas expiraba, y las obras más importantes de la historia inglesa, incluyendo las de Shakespeare, Bacon (...) estaban libres de restricciones legales.”⁴⁷

⁴⁶ Rose, M. (1988). The author as proprietor: Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship. *Representations*, (23), 51-85. Disponible en: http://www.ihc.ucsb.edu/research/history_books/Author%20as%20Proprietor%20Reps%201993.pdf al 23 de Agosto de 2013.

⁴⁷ Como se verá más adelante, si bien es plausible dicha postura, el autor de esta tesis no la comparte atendido que, haciendo un apretado adelanto, 1) Desde tiempos prebíblicos que existe para las sociedades propiedades comunales y cosas inasibles incluso para la comunidad. 2) Las expresiones literarias fueron parte de este concepto, pues bastaba la atribución moral.

El modelo anterior, una vez ocurridas las Revoluciones Francesas y Americanas, vendría a dividirse en el copyright (orientado en los editores) y el derecho de autor (centrado en el autor).

La explicación de lo anterior estaría dada por una concepción continental del derecho de autor que partiría desde el creador, mientras que la óptica anglosajón tendría por objeto regular un mercado.

Sin embargo, si se recoge lo señalado por Ginsburg y Pabón⁴⁸, entonces habría que concluir también que los fines y medios del sistema continental son relativamente parecidos al del copyright, aunque hayan adoptado distintas fórmulas finalmente.

Este fin sería abolir el poder de asociaciones gremiales e impedir su resurgimiento, para el caso estableciendo plazos de protección finitos. Esta idea se desarrollará más adelante, pero es coherente con lo señalado en la conclusión del primer capítulo y la relación con el interés público de la “libertad de expresión” que se explica en la cita de Habermas.⁴⁹

⁴⁸ Ginsburg, Jane. *Una chose publique?..* op. cit y Pabón Cadavid, Jhonny. “Aproximación a la historia...” op. cit.

⁴⁹ Ver página 17 y nota al pie N° 17 del presente trabajo.

Es necesario pedir al lector de esta tesis una pausa, sólo para recapitular que mientras los autores anglosajones ven el origen de este concepto actual de “dominio público” en el fallo que otorga vigencia a la expiración del plazo de protección en *Donaldson vs. Beckett*, los autores continentales están contestes que el dominio público del derecho de autor surge en el discurso de *Le Chapelier* y bajo sus términos, es decir desde el momento mismo de la comunicación al público.

Si bien se aludió a una disputa doctrinaria francesa al respecto⁵⁰, interesante es recalcar la diferencia entre los puntos genéticos del dominio público según las diversas tradiciones jurídicas.⁵¹

Verdugo Mirosevic, explicando la recepción de la legislación inglesa en la cultura jurídica norteamericana, explica que se hizo a través de licencias y no de propiedades, caracterizándolas de la siguiente forma: “*Es decir, la licencia se consideraba una concesión del Estado (no un derecho) que tenía*

⁵⁰ Cuyo fruto justamente consiste en atribuir la propiedad al autor hasta la extinción del plazo de protección.

⁵¹ Hay voces disonantes. Para Ochoa el dominio público comienza con el Estatuto de Monopolios inglés, pues éste sólo se refiere a las obras escritas. Ver Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 215 (2002),

Disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/80> al 05 de Abril de 2013.

un sentido comercial (permitía al autor obtener utilidades en virtud del monopolio de impresión, pudiendo transferirlo) y un marcado fin social (la difusión de la cultura y el paso de la obra al dominio público una vez caducada la licencia). ”⁵²

Por otra parte, recapitulando el tema en la tradición continental, el sistema de privilegios reales se elimina con la Revolución Francesa, siendo en palabras de Salazar Reyes-Zumeta “*sustituido por un sistema de autorizaciones gubernamentales, a favor de los ciudadanos titulares de determinadas creaciones intelectuales. (...)*” para luego advertir en relación a su alcance en Latinoamérica que “*la influencia francesa tanto en algunas legislaciones europeas como en las nacientes repúblicas americanas fue decisiva. Precisamente, en las constituciones venezolanas desde 1811 hasta la actual de 1999, las creaciones intelectuales han sido reguladas como un derecho de propiedad, y se observa el predominio romanista de no distinguir entre el objeto del derecho y el derecho sobre el objeto.*”⁵³

⁵² Verdugo Mirosevic, op. cit.

⁵³ Salazar Reyes-Zumeta Leonel, “Aproximación teórica a la naturaleza jurídica de los bienes intelectuales y del derecho de propiedad intelectual”, Propiedad intelectual, núm. 13, enero-diciembre, 2010, pp.50-71, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, disponible en [<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/artpdfred.jsp?;Cve=189017092004>] al 15 de Septiembre de 2013.

En conclusión, Francia e Inglaterra son los centros de influencia desde los cuales el derecho de autor comenzaría a prodigarse, en forma copyright los primeros y derecho de autor los segundos, como una regulación de mercado y como derechos patrimoniales respectivamente.

Las clásicas diferencias entre ambos sistemas, son en primer lugar imponer como requisito para la protección la fijación de la obra sobre un soporte material.

Según Delia Lipszyc, en la tradición latina la fijación de la obra sobre un soporte material no es requisito previo, como regla general, para que ésta sea protegida por parte del derecho de autor, de modo que una vez creada la obra, inmediatamente se encuentra amparada por la propiedad intelectual.

Esto no ocurre de este modo en los países del sistema anglosajón, en donde el requisito de la fijación de la obra sobre un soporte material sigue siendo esencial para el amparo por parte del copyright⁵⁴.

Lo anterior hace suponer que la idea del copyright fundado en el trabajo, labor que se cristaliza en la fijación de la obra, tiene mayor cercanía a la

⁵⁴ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. P. 42.

teoría de John Locke, el autor como trabajador, mientras que para el *droit d'auteur* al fundarse en la creación tendría mayor cercanía a las corrientes personalistas Kantianas.

Lo anterior no deja de ser paradójico y prueba de lo mal planteado que se encuentra en general el problema del derecho de autor. Si la tradición anglosajona, por su regulación, es más cercana a la figura del autor-trabajador u obra-cuerpo, pero por su objeto es la más lejana, al ser una regulación centrada en los editores, entonces la explicación tradicional liberal para el fundamento del derecho de autor no sirve ni explica el tema en cuestión.

En segundo lugar, en la mayoría de los países pertenecientes a la tradición del common law, son los tribunales de justicia los que han reconocido la existencia de la gran parte de las facultades que integran el derecho moral, pero sin incluir la regulación de estas facultades dentro de las leyes de copyright.

En tercer lugar, en la concepción jurídica latina, los derechos patrimoniales del autor son tan amplios como tantas formas de utilización de la obra sean posibles, no existiendo una limitación numérica de ello, y no se reconocen

más excepciones que las establecidas en la propia ley, ya que ellas son específicas y finitas.

En las legislaciones de la tradición angloamericana, los derechos patrimoniales o de explotación son solamente aquellos que se encuentran taxativamente tipificados en la ley, y las utilizaciones libres o gratuitas de las obras es mucho más amplia que en aquellos países pertenecientes a una tradición jurídica continental.

Por último, los países de la tradición anglosajona, como Estados Unidos, se habían mantenido fieles al requisito de hacer formal la mención de reserva de derecho de autor, pero al ser la protección automática uno de los criterios básicos del Convenio de Berna, se ha suprimido dicho requisito en dicha legislación, mediante la Berne Convention Implementattion Act de 1988.

Importa indicar que, en nuestro país, lugar supuestamente influenciado por el *droit d' autor* continental, se reguló mediante el Decreto Ley N°345 del 17 de Marzo de 1925 que, la propiedad intelectual se constituye por su inscripción en la Biblioteca Nacional. Las obras que tuvieren constituida la propiedad intelectual, debían anunciar en un lugar visible su número de registro, para efectos del goce de los derechos intelectuales. Incluso, en el

mensaje presidencial de la historia de la Ley 17.336, se señala como una de las grandes novedades la inclusión del derecho moral del autor sobre su obra, pues como es efectivo, antes no se reconocía.

En consecuencia, si bien se regula desde la doctrina francesa por el Código Civil, al tratarla como propiedad, tiene matices extraídos de la regulación anglosajona en el primer cuerpo legal que regula la materia.

Para Jane Ginsburg tales diferencias existen pero la génesis de ambos es idéntica.⁵⁵ Pabón sintetiza dicho planteamiento indicando que la diferencia entre el origen del sistema del copyright, de tradición anglosajona, y el sistema de propiedad literaria que reemplazó a los privilegios en la Europa continental, tiene unas fundamentaciones similares: Por un lado, un sentido individualista de protección al autor, y, por otro, un sentido utilitarista de beneficio social, ante lo cual la diferencia de ambos sistemas en sus orígenes es mínima.

Una de las principales diferencias es la duración de la protección, que en la primera legislación de copyright será de 14 años luego de la publicación,

⁵⁵ J, Ginsburg. Op. cit.

mientras que en la francesa de 1791, que rompe el modelo de privilegios, se instaure una duración de protección de la vida del autor y algunos años más.⁵⁶

Sin embargo, un ejemplo que nos sirve para ilustrar la importancia de estas diferencias, es el caso de la película “La Jungla del Asfalto” de John Huston. La productora que poseía los derechos sobre dicha película, decidió colorear la obra, decisión que no planteaba ningún problema bajo el régimen de copyright, por el hecho de ser titular de todos los derechos sobre este filme. En Francia esto no era posible sin la respectiva autorización de los herederos del mencionado director de cine, puesto que el derecho francés les reconocía como titulares de su derecho moral. Así lo sancionó una sentencia del Tribunal de Casación francés de fecha 28 de Mayo de 1991, con ocasión de la emisión de la versión coloreada de “La Jungla de Asfalto” por una cadena de televisión francesa, fallando a favor de los herederos de John Huston y en contra de la productora de la película.⁵⁷

⁵⁶ Pabón Cadavid, Jhonny. “Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos”. Revista La Propiedad Inmaterial n° 13 año 2009. ISSN digital: 2346-2116 Pp. 59-104 disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin>] al 26 de Agosto de 2013.

⁵⁷ BERCOVITZ CANO, Rodrigo; et al. “Manual de Propiedad Intelectual”, 2ª Edición. Valencia, España,

Capítulo 4

El dominio público.

Habiendo descrito brevemente las distintas corrientes que explican la naturaleza del derecho de autor y las tradiciones bajo las cuales éste se desarrolla, pasaremos a explicar el concepto de dominio público.

La complejidad de este concepto, da pie para abordarlo desde un sinnúmero de perspectivas. Por lo tanto, es inevitable señalar que en la presente tesis, se intentará definir el dominio público desde un punto de vista lo más amplio o transversal respecto a las distintas áreas del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, intentaremos explicarlo en abstracto, como concepto en sí mismo, generando una base que permitirá explicar la idea de dominio público instalado desde el derecho privado, el derecho público y especialmente el relativo a la propiedad intelectual y el derecho de autor.

4.1. Origen del dominio público.

Brevemente, se mencionará que, respecto al origen de este concepto, en la academia se discuten tres alternativas: Si existía previamente, si inicia su existencia junto a las leyes de derecho de autor y copyright, o si bien lo que actualmente se discute como dominio público es algo nuevo y distinto a la concepción que antes se tenía de él.

Quienes están a favor de la primera postura, esto es, la existencia previa del dominio público respecto del derecho de autor, se dividen entre escolásticos y metafóricos territoriales. Los escolásticos, como se mencionó antes, distinguen dentro de las categorías de propiedad aquella que fue dada por Dios a todos los individuos y, por lo tanto, para ellos la propiedad privada es un problema a justificar desde lo ético y desde lo religioso.

Aquellos que ven el dominio público desde la óptica de la metáfora territorial simplemente imaginan un lugar con sus límites, donde los individuos pueden excluir a otros y, un reino contiguo muchísimo más amplio donde no cabe excluir a otro del goce de un bien.

Ochoa⁵⁸ observa que, dicha tendencia se origina en Norteamérica, producto de encontrarse la voz dominio público circunscrita a la cuestión territorial, relativa a las tierras pertenecientes al Estado.

Cohen⁵⁹ señala que el modelo de tierras públicas norteamericanas se sostenía en cuatro principios:

- En primer lugar, eran lugares cuya unidad y deslindes podían ser modificados por el Estado,
- En segundo lugar, estos lugares no eran directamente apropiables por particulares,
- En tercer lugar, su titularidad era pública más no se ejercía. Estaban en el patrimonio público para desprenderse de ellas. Julie Cohen señala que el documento donde constaba la apropiación particular se denominaba patente

⁵⁸ Ochoa, Tyler. *Origin and meanings...* op. cit. Véase también Cohen, Julie E., Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain. THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN, L. Guibault & P.B. Hugenholtz, eds., pp. 121-166, Kluwer Law International, 2006; Georgetown Public Law Research Paper No. 663652. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=663652> “(El concepto de dominio público) It is, instead, the product of a historical contingency: our understanding of the common in culture has become deeply rooted in the preexisting history of the term ‘public domain’ in US public land law.”

⁵⁹ Cohen, Julie E., Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain. THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN, L. Guibault & P.B. Hugenholtz, eds., pp. 121-166, Kluwer Law International, 2006; Georgetown Public Law Research Paper No. 663652. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=663652>

y en su estudio indica jurisprudencia que demuestra una intertextualidad entre las dos materias.

Respecto a los escolásticos, puede decirse en primer lugar que la discusión ha perdido el fundamento místico o religioso. Dicha concepción arranca desde una teoría de la propiedad tangible antes que desde una discusión sobre dominio público. Además, al no existir en la postura escolástica el concepto de un derecho de autor como lo conocemos hoy, no podría decirse que realmente participa en la discusión del dominio público dentro del derecho de autor. Sin embargo, ella brinda apoyo a los seguidores de la metáfora territorial del dominio público, quienes necesitan imaginar dos territorios contiguos con reglas distintas. En efecto, es esta metáfora la que funda la concepción tradicional del dominio público como conjunto de obras carentes de protección, que se estudiará más adelante.

En Chile, la autora Herrera Sierpe⁶⁰ lo define como una institución característica del derecho de autor, que consiste fundamentalmente en la circunstancia de poder ser utilizada una obra libremente por cualquier

⁶⁰ Herrera Sierpe, Dina. Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Páginas 61 y ss.

persona sin autorización, bien sea porque el derecho de autor ya se ha extinguido o porque no existe por algún otro motivo. Lo resume en la falta de titularidad de un derecho de autor sobre la obra.

Por su parte, Black's Law Dictionary reseña sobre el dominio público a J. Thomas McCarthy quien lo define como un estatuto de una invención, obra creativa, símbolo comercial o cualquier otra creación intelectual que no está protegida por alguna forma de propiedad intelectual. Indica además que el dominio público es la regla y la propiedad intelectual la excepción.⁶¹

El mejor exponente de quienes sostienen que el dominio público es un concepto mellizo del derecho de autor, es el historiador del copyright Sr. Mark Rose.⁶²

Expone dicho autor que el cambio de la regulación de privilegios y gracias reales al derecho de autor, se da por un sentido de sociedad civil como

⁶¹ Garner, Brian, editor jefe. Black's Legal Dictionary. Séptima edición, West Group, San Pablo, Minnesota, Estados Unidos.

⁶² Rose, Mark. *Nine Tenths...* op cit.

colectividad que se distingue de los planos tradicionales de familia o Estado.⁶³

Agrega que lo anterior habría llevado a trasladar el poder soberano real de gracias y privilegios a una definición de derecho de autor legislado. Indica que justamente al imponer un plazo a la protección de este derecho de autor, se ha dado a la luz al dominio público pero que la cultura jurídica de dichos tiempos impide un desarrollo armónico del dominio público que sea comparable a con su concepto hermano de la propiedad del derecho de autor.

Concluye, por lo tanto, que el discurso del dominio público desde su génesis ha sido comparativamente débil en relación al derecho de autor.

Por último, Jane Ginsburg ha intentado demostrar que la discusión actual sobre el dominio público está llena de mitos o ideas preconcebidas, siendo una de ellas la existencia de una terminología relativa al dominio público.

Antes de las leyes de derecho de autor, en la época de los privilegios y gracias reales el concepto no existía, como es evidente.⁶⁴ Posteriormente, el

⁶³ Siguiendo en esta parte a Habermas.

concepto aparece en Francia en recién a mitad del IX y, para referirse a las obras cuya protección ha expirado por plazo⁶⁵, cuya vigencia, como veremos también en el presente trabajo, ha sufrido una ampliación considerable⁶⁶.

Dicho concepto, como también lo menciona Ochoa⁶⁷, habría sido internacionalizado a través del Convenio de Berna.⁶⁸

⁶⁴ Solamente Ochoa mantiene una posición distinta al respecto. Vea nota al pie n° 28.

⁶⁵ En efecto, recordemos que las inéditas son de exclusiva propiedad del autor.

⁶⁶ Ver Ochoa, *Origin and meanings...* op. cit. Desarrolla el término desde la cultura de los Estados Unidos, pero con una solidez que permite considerarlo válido para el caso. Además, James Boyle, Julie Cohen, Jessica Litman entre otros.

⁶⁷ Ochoa, op. cit.

⁶⁸ Párrafo I artículo 18 del Convenio de Berna, mantiene su redacción actual.

4.2. Dominio público y bienes comunes.

Antes de entrar a intentar una definición abstracta, el dominio público ha sido identificado con el concepto de “bienes comunes”, en una relación de continente-contenido. Este punto de vista, centrado en el recurso en sí, acá obras intelectuales, permite ver al menos dos conceptos de dominio público que dialogan en distintos frentes de la academia y la política pública.

Siguiendo a Cohen⁶⁹, bajo la óptica del recurso existen dos modelos, uno de gestión (stewardship) y otro de preservación (conservancy). Detrás del primero subyace la idea de que la mantención de una titularidad implica necesariamente un interés individual por explotar la obra y por lo tanto significa un incentivo en la oferta. Por otro lado, el modelo de preservación mira la extensión de la titularidad de derecho de autor como la construcción de cercamientos (enclosure) para el conocimiento, una limitación al acceso a la información, en atención a la distribución de titularidad del derecho de autor. La academia confunde o tiene por iguales las voces “bien común” y “dominio público”.

⁶⁹ Cohen, Julie E., *Copyright, Commodification, and Culture...* op.cit.

Como bien señala Boyle,⁷⁰ la diferencia entre ambas se encuentra en que el activista por los bienes comunes (commons) disputará contra el monopolio que supondría en dicho concepto el derecho de autor, mientras que el activista por el dominio público abogará por un recurso libre de control y de libre acceso.

Dicho en palabras más simples, en el bien común, la libertad de control y acceso dependerá de la comunidad que lo administre. En conclusión, perfectamente pueden encontrarse pretensiones resistidas entre ambos movimientos.

Los activistas de los “bienes comunes”, nacen desde las ciencias económicas, como reacción ante la aceptación de las ideas de Garret Hardin contenidas en su famoso texto titulado “La Tragedia de los Comunes”⁷¹ texto que, en síntesis, explica que si los bienes fueran de libre acceso, sin ninguna regla de propiedad, entonces los individuos tenderían a maximizar sus beneficios al corto plazo, ante la inminente pérdida del bien por el consumo libre de otro adversario.

⁷⁰ Boyle, James. *Foreword: The opposite of property*. Law & Contemp. Probs., 66, 1. (2003).

⁷¹ Hardin, Garret: La tragedia de los comunes. Disponible en [www.uam.es/personal_pdi/ciencias/.../La_tragedia_de_los_comunes.pdf] al 5 de Mayo de 2014.

La premio nobel Elinor Ostrom, indicaría luego que Hardin se encontraba en lo correcto en identificar un eventual problema relativo a la explotación de bienes bajo condiciones de acceso libre.⁷² Heller por su parte, restringe la validez del texto de Hardin a una situación eminentemente trágica, donde individuos racionales, actuando separadamente, podrían llegar a agotar un recurso escaso⁷³.

Explicando la solución a la tragedia de los comunes, el profesor Enrique Gherzi⁷⁴ la ha ejemplificado con gallinas y elefantes. Sostiene que las primeras no corren riesgo de extinguirse, pues son propiedad privada, mientras que los Elefantes no pertenecen a nadie, luego todos lo explotan.

Para Boyle⁷⁵, la solución recién descrita constituye el primer cercamiento de los bienes comunes, avalando la tragedia de Hardin como un proceso

⁷²Ostrom, Elinor. Governing the commons from a Citizen's Perspective [http://www.boell.org/downloads/ostrom_governing_a_commons.pdf]

⁷³ Heller, Michael. The tragedy of the anticommons, op cit.

⁷⁴ Gherzi, Enrique. Conferencia dictada el 15 de abril de 2008 en la Universidad Francisco Marroquín, Auditorio F.A. Hayek. Disponible en [http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-6-%C2%BFpor-que-no-se-extinguen-las-gallinas/] al 30 de Mayo de 2014.

⁷⁵ Boyle, James. "The second enclosure movement and the construction of the public domain." *Law and contemporary problems* (2003): 33-74. Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp] al 30 de Abril de 2014.

histórico, para sostener luego que, el actual proceso de propietarización de las obras intelectuales, viene a consistir un segundo cercamiento.

Heller y Ostrom, separadamente, concuerdan que, en un escenario en el cual los individuos están impedidos de comunicarse entre ellos, cada individuo entenderá que se beneficia por su consumo a pesar de que su actividad imponga al largo plazo mayores costos a la comunidad.

Ostrom⁷⁶ postula que la existencia de valores individuales, pueden conducir a un grupo determinado a generar un sistema de reglas para el manejo de un recurso por ellos aprovechable, siempre y cuando existan instituciones que faciliten la construcción de valores como reciprocidad, confianza e integridad y, en la claridad de un procedimiento normativo que permita un real acuerdo en la autorregulación, comprendiendo beneficios, responsabilidades, titulares, con capacidad de adaptarse a nuevas generaciones o bien, a sujetos migrantes al grupo administrador.

Por último, Heller propone considerar la existencia de una tragedia pero en bienes “anticommons”. Explica, que se trata de una situación particular, en

⁷⁶ Ostrom, Elinor. *Governing a Commons...* op.cit.

la cual cada individuo tiene derechos de exclusión sobre un mismo bien, bloqueando su uso, provocando desde luego su desperdicio, por no poder finalmente nadie acceder a su uso y goce, o bien, por encontrarse éste por debajo del óptimo social. Propone como solución, premios a la cooperación entre los individuos, tanto como castigos a las conductas excluyentes, advirtiendo que, en casos complejos, puede intervenir el Estado, redefiniendo, agrupando o modificando los derechos sobre el bien.

Ahora bien, atendido lo expuesto, parece necesario subrayar la necesidad de entender el problema regulatorio desde dos puntos de vista, la fuente del recurso, que para el caso consiste en la producción intelectual que antecede al futuro nuevo objeto de propiedad y, la explotación del recurso, que se define por el ejercicio de dicho derecho de propiedad, de existir, o bien la responsabilidad sobre el uso y goce de los titulares (en un amplio sentido) sobre dicho objeto.

Siguiendo a las autoras Hess y Ostrom,⁷⁷ es importante diferenciar que los bienes comunes son una categoría de bienes no determinada por el régimen

⁷⁷ Hess, C., & Ostrom, E. (2003). Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. *Law and contemporary problems*, 66(1/2), 111-145.

legal de propiedad sobre ellos. Por lo mismo, un bien común no necesariamente debe calificarse como de acceso abierto. Ello dependerá de la comunidad que administre el recurso.

Siguiendo a Montt Oyarzún, la composición del dominio público en Roma – aunque señala que no conocían el concepto- se integra por las res extra commercium compuesta por las cosas comunes a todos los hombres – agua corriente, mar, aire – las res publicae in uso público – puertos, ríos, aguas públicas, carreteras – y las res universitatem, equivalentes a las anteriores pero en el ámbito de las colonias y municipios.⁷⁸

Entonces, según las categorías de bienes del derecho romano, el bien común no es necesariamente una res extra commercium, puede ser perfectamente res publicae in uso público o bien res universitatem.

En conclusión, es importante distinguir entre la fuente del recurso y la extracción desde la fuente. Las referidas autoras apuntan que, seguramente, se necesitarán reglas distintas para proteger el origen y otras para regular la extracción. Llevado al derecho de autor, la obra intelectual primitiva es

⁷⁸ Montt Oyarzún, Santiago. El dominio público. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago. 2002.

fuente de la nueva o eventual obra y la publicación y comercialización es la explotación del recurso.

Las obras intelectuales, como recurso, tienen una regulación distinta según las reglas de creación, es decir, en síntesis, no copiar si hay protección, y, en cuanto a la explotación, se exige la preexistencia de un derecho que habilite la explotación.

Un uso bajo el amparo de una excepción al derecho de autor viene a mantener la protección en la fuente, liberando la explotación. Una obra inspirada en otras del dominio público no se verá amenazada por su fuente, y recibirá protección por su explotación.

Al respecto, Cohen⁷⁹ propone que los bienes comunes deben ser vistos como un paquete de prácticas culturales desde la cual se puede construir una teoría del dominio público y su protección. Postula una nueva metáfora, denominada “panorama cultural”, que incluye no sólo las obras sin protección, sino también las prácticas y recursos no incluidos en el derecho

⁷⁹ Cohen, Julie E., *Copyright, Commodification, and Culture...* op.cit.

de autor, asignándole una función de plataforma de conductas culturales productivas o de mera cognición.

Por otra parte, Litman⁸⁰ hace ver que el presupuesto de originalidad de la obra es feble, pues es una mera apariencia que en realidad no podemos verificar a ciencia cierta. Llevado el concepto de originalidad a una versión más dura, entonces gran parte de los autores pasaría su tiempo formulando peticiones de autorización para publicar o ejecutar sus obras. Litman indica que el dominio público nos salva del dilema relativo a mantener un requisito inapto o tomarlo en serio y estropearlo todo, puesto que afirma que el contenido de éste se compone de bienes comunes. El traslado de la fuente creativa al dominio público, permite vadear la confrontación de la obra intelectual con el absurdo requisito de la originalidad.

Nuestra ley de derecho de autor, prescribe en su artículo 3 N° 14 lo siguiente: “Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:
14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan

⁸⁰ J.Litman, ‘The Public Domain’, 39 Emory L.J. 965-1023 (1990). Disponible en [http://law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf]. Importante es mencionar que, el concepto de “creación” está íntimamente relacionado con el de originalidad. La originalidad es una medida de la creación que, en sus niveles bajos puede llevar a descalificar una creación como tal y, en sus niveles altos, a impedir el reconocimiento de algo como creación.

sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común.”

Luego, en su artículo noveno inciso segundo dispone: “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”

Interesa en particular el concepto de “transformador” de una “obra original.” Según la misma ley, artículo 5 letra H, obra original (originaria) es aquella “primigénitamente creada”.

Los artículos precitados vienen a matizar la protección por el sólo hecho de la creación del artículo primero de la misma ley y, por ende, constituyen el concepto de originalidad dentro de nuestra legislación.

La relación del derecho positivo recién realizada, viene a confirmar, por tanto, los dichos de Litman relativos a la función del dominio público como institución que permite eludir el requisito de la originalidad.

Capítulo 5

El dominio público en cuatro niveles.

Siguiendo a Dusollier, la definición tradicional del dominio público se encuentra caracterizada por creaciones intelectuales carentes de protección vigente de derecho de autor. Esta definición es negativa, puesto que se construye por oposición al derecho de autor.⁸¹

Por lo tanto, podrá expandirse o retraerse, según se desee incorporar o no a este dominio público aquello que está dentro del derecho de autor pero no es parte de él, v.gr. las excepciones, bienes con licencia creative commons etc.

Esta definición es apropiada para realizar análisis positivos del dominio público, ya que como sostiene Dusollier:

“prevalece en la mayoría de los regímenes de derecho de autor, mientras que el derecho de autor se regula y fomenta, por lo general

⁸¹ Dusollier Severine. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor los derechos conexos y el dominio público. Estudio para la OMPI. 7 de Mayo de 2010. Disponible en [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf] al 20 de Abril de 2013.

los elementos del dominio público no están sujetos a reglas o protección alguna: el término de dominio público” raras veces figura en las disposiciones legislativas.”⁸²

El capítulo podría considerarse completo con dicha definición. Pero para el caso, resulta insuficiente puesto que si se considera como se viene haciendo al dominio público como un espacio residual del derecho de autor, entonces tendremos problemas para justificar su existencia y desde luego alguna política pública, cualquiera sea, al respecto.

Entonces, siguiendo todavía a Dusollier, podemos dar cuenta para fines pedagógicos de los siguientes “dominios públicos” según las reglas que definen su contenido.

En primer lugar, existirá un **dominio público ontológico**, cuyo contenido son aquellos bienes que por su propia naturaleza no son susceptibles de protección de derecho de autor, v.gr. las ideas.

En segundo lugar, existirá un **dominio público según política pública**, cuyo contenido esté determinado por lo que la regulación respectiva decida

⁸² Dusollier, op. cit.

dejar sin protección de derecho de autor, v.gr. las obras comprendidas en la letra b) del artículo 11 de la Ley de Propiedad intelectual, esto es “la obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico”

En tercer lugar, existirá un **dominio público compuesto por aquellas obras cuyo plazo de protección se ha extinguido**, es decir las obras comprendidas en el artículo 11 letra a) de la ley recién citada, que señala “las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido”.

En cuarto lugar, existirá un **dominio público voluntario**, el cual comprenderá las obras cuyo autor ha decidido no ejercer o renunciar íntegramente a los derechos de autor de su titularidad.⁸³

Habiendo diagramado el concepto de dominio público en estos cuatro niveles, atendiendo a la circunstancia de encontrarse el segundo y tercero en la ley, mientras que el cuarto emana de la voluntad, habrá que concentrarse en el primer nivel y dilucidar la regla de contenido ontológica,

⁸³ Severine Dusollier. "The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain" *Intellectual Property and Public Domain*. Ed. PL Jayanthi Reddy. Hyderabad: Icfai University Press, 2009. 31-69.
Available at: http://works.bepress.com/severine_dusollier/4

para después pasar a un análisis positivo sobre el resto de los niveles del dominio público.

Capítulo 6

Primer nivel: dominio público ontológico.

El dominio público ontológico descansa en un principio cual es el de no protección de las ideas. Usando la dicotomía idea/expresión se ha enseñado que el derecho de autor no protege contenidos, sino sus formas de expresión.

Lipszyc explica:

“Desde los albores del estudio de la materia, existe una coincidencia generalizada en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra. Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas.”⁸⁴

Lo anterior es ratificado expresamente por el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el Derecho de Autor, que dispone

⁸⁴ Lipszyc, Delia, “*Derecho de autor y derechos conexos*” Unesco-Cerlac-Zavala, 1993, Buenos Aires, Argentina.

en su artículo 2 que se excluye del ámbito de protección las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

En los Estados Unidos, el conocido caso Baker v Selden se ha erigido como referente respecto de la dicotomía idea/expresión. Siguiendo a Samuelson,⁸⁵ los lectores modernos de propiedad intelectual buscan el precedente para obtener información sobre la no protección de las ideas y la doctrina de la fusión (merger) entre idea y expresión.

Sin embargo, el fallo entrega en realidad antecedentes para afirmar que el copyright no protege los sistemas en él descritos, ni la utilidad que pueda extraerse de una pintura o texto, pues en principio es materia de patentes. Además se decidió en dicho precedente que los formularios en blanco no pueden ser protegidos por copyright (el pleito versaba sobre libros de contabilidad).

Explica Samuelson que el reconocimiento que se le hace a Baker v. Selden como referente de la distinción idea/expresión tiene su causa en un influyente tratado norteamericano denominado “*Nimmer on Copyright*”

⁸⁵ Samuelson, Pamela. *The story of Baker v. Selden: Sharpening the Distinction Between Authorship and Invention*. INTELLECTUAL PROPERTY STORIES, Jane C. Ginsburg and Rochelle C. Dreyfuss, eds., Foundation Press, 2005. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=743545> al 10 de Mayo de 2013.

quien interpreta otro fallo (Mazer v. Stein) que efectivamente versa sobre la dicotomía expresión/idea presentando Baker v. Selden como un buen resumen de dicha teoría.⁸⁶

El principio consistente en que una expresión artística útil no puede ser objeto de copyright, encuentra sus excepciones en la protección del software y las obras arquitectónicas.

En Chile basta con leer el artículo 3 de la Ley 17.336, números 9 y 16 y, en especial el número 12, que señalan respectivamente como objetos del derecho de autor, los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas, luego los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso y, por último, las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas.

⁸⁶ En las aulas nacionales, Baker v. Selden se entrega como referencia o documento de estudio sobre la dicotomía expresión idea sin hacer estas precisiones.

El artículo segundo párrafo séptimo del Convenio de Berna señala Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos, teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo 7.4⁸⁷ del presente Convenio. Para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; sin embargo, si tal protección especial no se concede en este país, las obras serán protegidas como obras artísticas.

Este principio no aporta al dominio público ontológico, pero sí permite diferenciar el derecho de patentes del derecho de autor y, al mismo tiempo evidenciar su íntima convivencia.

La opción de someter el software y las obras arquitectónicas al derecho de autor se fundamenta desde el derecho de autor, en que el primero es un lenguaje – el lenguaje de programación - y las segundas consisten en una

⁸⁷ Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras. (Convenio de Berna Artículo 7.4)

expresión de la personalidad. Como veremos en los párrafos que siguen, se les debiera aplicar la doctrina de la fusión entre idea y expresión, cuestión que impide su protección por derecho de autor y que ha sido salvada mediante expresa voluntad del legislador.

Por otro lado, la doctrina de la fusión entre idea y expresión aporta al dominio público ontológico. En *Baker v. Selden* se falla en síntesis que donde una idea no pueda encontrar más que una expresión, entonces dicha expresión necesariamente deberá ser tratada como idea y por lo tanto, no susceptible de protección por derecho de autor.

De esta forma, algoritmos, teorías, fórmulas y otras expresiones de ideas difíciles de concretar bajo otra forma, quedan en el dominio público.

Esta teoría nos habla en conclusión de un nivel de abstracción respecto de la cual el derecho de autor no otorga protección. Siguiendo a Murray y su relación sobre el fallo del Juez Hand en el caso *Nichols v. Universal Pictures Corp*, donde historias con un patrón parecido habían encontrado expresión una en teatro y la otra en cine, puede concluirse que ideas marco, líneas de argumentación y otros lugares comunes suponen un nivel de

abstracción tal que pertenecen al dominio público y, desde luego existe libertad para usar dichas abstracciones.

Ahora bien el límite entre la abstracción libre y la expresión queda al criterio del juez. Hand señala al respecto que “(N)adie ha podido fijar dicha frontera, ni nadie podrá hacerlo”⁸⁸. Se penalizará entonces la copia de la expresión de las ideas y no la idea misma, pero habrá un montón de casos grises cuya resolución será caso a caso.

Recordemos que Litman propone dejar el baremo de la originalidad de lado y, asumir que cuando se habla de originalidad debemos entender que nos estamos refiriendo a la pertenencia o no al dominio público del objeto del pleito.⁸⁹

Recordemos también nuestra cita sobre Bentham, refiriéndose a la propiedad como la relación entre un sujeto y un objeto de naturaleza

⁸⁸ Murray, Michael D., Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works (April 1, 2006). Illinois Public Law Research Paper No. 06-09 Published at: 58 Baylor L. Rev. 779 (2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=900148> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.900148> al 27 de Mayo de 2013.

⁸⁹ J.Litman, op. cit.

metafísica, no tangible, teniendo a la vista además, lo explicado sobre la tragedia de los anticomunes⁹⁰.

En síntesis, en las zonas grises, es plausible que se reclamen sobre un objeto derechos de propiedad privada, como también el libre uso y goce del mismo. Más adelante, se fundamentará que, ese libre uso y goce corresponde a una garantía de acceso cuyo cumplimiento corresponde al Estado.

La conexión entre las obras funcionales y la doctrina de la fusión entre idea y expresión se circunscribe a la circunstancia consistente en que una idea funcional normalmente tendrá una o muy pocas formas de expresarse. En consecuencia, si bien la obra funcional puede tener gozar una doble protección (patente y derecho de autor) al mismo tiempo y de forma general existe un riesgo de ser considerada dentro del dominio público por la doctrina de la fusión entre idea y expresión.

Dicho ejemplo viene a demostrar que el concepto de “originalidad” en bastantes casos ni siquiera tiene cabida. En efecto, si una idea solamente

⁹⁰ Ver página 16, nota al pie N° 26.

puede ser expresada de una forma, entonces dicha forma no puede calificarse de original, aunque lo sea en el sentido de “novedad”. Desde este punto de vista, la proposición de Litman se torna bastante más coherente y permitiría reemplazar el baremo de la originalidad por la definición del dominio público ontológico.

Por otro lado, el fallo del caso Nichols hace suyo otro principio denominado “scenes a faire”, bajo el cual elementos de la misma obra son libres de protección puesto que corresponden a hechos o estándares que son comunes a determinadas “escenas”.

En palabras de Murray se trata de temas, incidentes, escenas, personajes tipo que son propios a un determinado tópico. Son hechos relacionados con la presentación de la obra. Y al carecer de toda “originalidad”, son parte del dominio público.

Siguiendo a Madison⁹¹, los chistes son un buen ejemplo para explicar ambas doctrinas. Un chiste contiene una idea, de por sí fuera del ámbito del derecho de autor, una preparación (set-up), consistente en arreglar los

⁹¹ Madison, Allen D., The Uncopyrightability of Jokes (February 1, 1997). San Diego Law Review, Vol. 35, pp. 111-134, 1998. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1552307> al 08 de Agosto de 2013.

elementos para preparar el chiste, cuya exclusión del derecho de autor es a causa de la doctrina de la “scene a faire” y por último una frase de cierre (punchline) que en la gran mayoría de los casos revestirá una única forma que cause humor, excluida también del derecho de autor por la teoría de la fusión o convergencia entre idea/expresión.⁹²

⁹² A modo de anécdota, no se puede dejar de señalar que, en el decreto ley N° 345 de 1925, en Chile se protegía expresamente, durante la vida del creador, la primera idea en una producción científica literaria o artística.

6.1. Amenazas al dominio público ontológico.

Actualmente las ideas y los hechos se encuentran bajo discusión a través de dos procesos que reclaman protección de derecho de autor: Las estandarizaciones y las bases de datos no originales.

En relación a las estandarizaciones, la empresa símbolo de este rubro ha mencionado que respecto a sus trabajos existe un derecho de autor que impide la redistribución y el uso no autorizado, por lo que dichas conductas suponen una pérdida patrimonial para ISO.⁹³

Samuelson⁹⁴ ilustra aquello con un caso. La Asociación de Médicos de Estados Unidos (AMA) ha desarrollado un estándar de procedimiento y terminologías médicas denominado “Terminología procedimental actual” (CPT por sus siglas en inglés). Debido a su uso, la Administración Financiera del Sistema de Saludo (HCFA por sus siglas en inglés) adoptó dicho trabajo como norma para las epicrisis y otros informes médicos.

⁹³ “(s)oftware developers or commercial resellers requesting permission to embed the data elements contained in an ISO Code in their products for resale will be asked to purchase the Code in electronic format and pay either an annual fee or a one-time fee and any applicable maintenance fees required.” Grant Clark, Kendall. Iso to require Royalties?. Disponible en <http://www.xml.com/pub/a/2003/09/24/deviant.html> al 20 de Agosto de 2013.

⁹⁴ Samuelson, Pamela, Questioning Copyright in Standards. Boston College Law Review, Vol. 48, 2007; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 925044. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=925044> al 20 de Agosto de 2013.

Posteriormente, otra empresa, denominada PMIC, publicó el CPT en un libro de procedimientos. AMA demandó y obtuvo el cese de la actividad “ilícita” por considerar el adjudicador que existía un interés particular que proteger, que AMA no restringía el acceso a los interesados en el CPT y por estimar que, de terminar el copyright de AMA, entonces ésta efectivamente construiría otras barreras de acceso a una estandarización cuyo uso es generalizado. Además, se negó la influencia que tendría la decisión administrativa de la HCFA sobre el copyright por considerar que de proceder de tal forma, se expondría a otros privados que han desarrollado códigos o modelos mandatados por alguna institución estatal.

La autora sin embargo sostiene que no existen reales argumentos para que las estandarizaciones logren protección de derecho de autor. Expone que dichas estandarizaciones no son una creación intelectual, sino una colección y ordenación de conocimiento. Señala que, por lo tanto, bajo las doctrinas de la “scene a faire” o bien la fusión entre idea/expresión, dichas estandarizaciones no son protegibles por derecho de autor. Añade que la estandarización depende del consenso de su uso y no del monopolio que supone una protección de derecho de autor.

Por otro lado, las bases de datos pueden ser originales o no originales. Las primeras originalmente se referían a enciclopedias, antologías y otras compilaciones que por la selección o la disposición de las materias constituían creaciones intelectuales⁹⁵.

Lo anterior no protege el dato en sí mismo, si no la “estructura”, subsistiendo la protección o bien no renaciendo en el caso de formar parte de una base de datos. La Directiva de la Comunidad Europea 96/9, si seguimos a Schuster,⁹⁶ adopta una definición minimalista de originalidad para acceder a la protección. Schuster, cita en su respaldo los artículos 3.1, 15 y 16 de la precitada Directiva, de los cuales puede deducirse que la protección recae en mérito de la selección o disposición de los datos, desechando criterios estéticos o cualitativos. Agrega que respecto a las excepciones, atendido a la naturaleza de la protección, no podría preverse alguna a título de cita ni por copia privada, aunque sí las relativas a reproducción para fines privados, enseñanza e investigación siempre y

⁹⁵ Convenio de Berna, artículo 2 número 5.

⁹⁶ Schuster, Santiago. Bases de datos originales y no originales. Disponible en [http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Bases%20de%20datos%20originales%20y%20no%20originales.pdf] al 30 de Agosto de 2013.

cuando se respeten los intereses legítimos del titular y la explotación normal de la base de datos.

El problema con las bases de datos no originales consiste, en primer lugar, en que simplemente desecha el criterio de originalidad para premiar el “esfuerzo” o normal explotación de una base de datos. En virtud de esta protección, se ha denominado al derecho que recae sobre ellas como *sui generis*.

En palabras de Dusollier:

“(u)na amenaza fundamental es la que constituye el establecimiento de protección específica de la Unión Europea y en algunos otros países (por ejemplo Corea) en bases de datos no originales. El efecto del llamado derecho *sui generis* es conferir derechos exclusivos equivalentes a derechos de reproducción y comunicación sobre el conjunto de datos. (...) cuando datos o información sólo tienen sentido si forman parte de un todo o cuando la base de datos

constituye la única fuente de tal información, el derecho sui generis podía oponerse al principio de libre acceso y uso de las ideas”.⁹⁷

Para Cámara:

“(E)n definitiva, el criterio de la originalidad se sustituye por el de la inversión sustancial en la recopilación y elaboración de los datos contenidos en la base. Este nuevo "derecho de extracción" ha sufrido una importante evolución desde los prolegómenos legislativos de la Directiva a su forma definitiva, pues de una regla jurídica sobre competencia desleal ha pasado a ser un auténtico derecho de propiedad intelectual.”.⁹⁸

Todos los autores están contestes en que las bases de datos no originales encontraban en el mundo angloamericano protección a través de la teoría del sudor de la frente (sweat of the brow). Dicha teoría, en términos sencillos, consiste en otorgar protección como recompensa al esfuerzo invertido en coleccionar y disponer la información.

⁹⁷ Dusollier, S. *Estudio exploratorio...* op. cit

⁹⁸ Cámara Lapuente, S. Últimas orientaciones sobre la protección jurídica de las bases de datos. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, I, enero 1999. Disponible en [<http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/basesdatos.html>] al 30 de Agosto de 2013.

Sin embargo, la jurisprudencia encuentra su punto de quiebre a través de la sentencia *Feist v. Rural Telephone*. Beckerman-Rodeau indica que la síntesis de dicha jurisprudencia se encuentra en el siguiente párrafo del Juez O'Connor: “El objetivo principal del copyright no es recompensar la labor del autor, sino “promover el Progreso de la Ciencia y artes útiles”.⁹⁹ Con este fin asegura el copyright un derecho sobre una expresión original, pero alienta al resto a construir libremente sobre las ideas y la información generada por un trabajo. Este principio, conocido como la dicotomía idea/expression o hecho/expresión, aplica para todo trabajo autoral. Al aplicarse a compilaciones de hecho, asumiendo la ausencia de una expresión escrita original, sólo la selección del compilador y su disposición pueden ser protegidos; los hechos en bruto pueden ser copiados a voluntad. Este resultado no es ni injusto ni desafortunado. Es la forma mediante la cual el copyright promueve el avance de la ciencia y el arte.”

⁹⁹ Beckerman-Rodau, Andrew, Ideas and the Public Domain: Revisiting *INS v. AP* in the Internet Age (February 2012). New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol. 1, p. 1, 2011; Suffolk University Law School Research Paper No. 11-61. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1977546> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1977546> al 07 de Septiembre de 2013.

6.2. El dominio público ontológico y su titularidad.

Para concluir el capítulo destinado al dominio público ontológico, necesario es realizar primero y a modo de conclusión una definición general de los bienes que lo componen. Por otra parte, en la elaboración de dicha definición se apreciará que con ella surge la necesidad de aclarar la titularidad de dichos bienes.

Siguiendo a Montt Oyarzún, el dominio público como concepto surge en la Edad Media pero haciendo uso de los términos romanos. Indica que la composición del dominio público en Roma – aunque señala que no conocían el concepto- se integra por las res extra commercium compuesta por las cosas comunes a todos los hombres – agua corriente, mar, aire – las res publicae in uso público – puertos, ríos, aguas públicas, carreteras – y las res universitatem, equivalentes a las anteriores pero en el ámbito de las colonias y municipios.¹⁰⁰

Carol Rose, por su parte, refiriéndose a las categorías de bienes que integran el dominio público, hace alusión a las res nullius, aquellas que por su naturaleza no son apropiables o desde otro punto de vista no puede

¹⁰⁰ Montt Oyarzún, Santiago. El dominio público. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago. 2002.

excluirse a otro de su goce, las res communes, aquellas que por su naturaleza la apropiación es imposible, y las res publicae, aquellas que la ley ha hecho de acceso público.¹⁰¹ Habrá que agregar que si bien las res nullius son factibles de adquirirse mediante la ocupación, en la presente categorización solamente se incluyen aquellos bienes cuya ocupación justamente es imposible.

Entonces, existen dos notas en las categorías de bienes que componen el dominio público: La naturaleza del objeto - común a todos los hombres y/o inapropiable – y la ley.

Entendemos que en este primer nivel, es decir, del dominio público ontológico, los bienes que lo componen serían entonces comunes por naturaleza o inapropiables por naturaleza.

Cabe preguntarse ahora, si respecto de estos bienes que por naturaleza son parte del dominio público, existe algún sujeto de derecho que ostente su titularidad.

¹⁰¹ Rose, Carol. Roman Roads and Romantic creators.

Si nuestra concepción del dominio público es negativa, se escribió antes que la gran característica de este grupo de bienes sería la falta de protección de derecho de autor y por lo tanto la inexistencia de titularidad sobre ellos.

Recordemos que la concepción negativa del dominio público implica simplemente construirlo en oposición al concepto de propiedad intelectual. Dusollier compara esta forma de ver el dominio público con un cementerio.¹⁰²

Dusollier indica que la otra alternativa de concepción, implica considerar al dominio público como un fin en sí mismo.¹⁰³ Esto porque el dominio público constituye por sí una riqueza cultural cuyo acceso supondría un valor social a proteger.

Ahora bien, la mirada del acceso a las obras intelectuales que componen el dominio público contiene, como se escribió párrafos atrás, una postulación antimonopólica y una libertad de acceso y control.¹⁰⁴

¹⁰² Dusollier, Severine. Estudio exploratorio... op. cit.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Ver 53.

La doctrina nacional está conteste en que el valor del dominio público radica en su participación en la creación e invención de nuevas obras intelectuales.

Schmitz Vaccaro explica que el dominio público beneficia a la comunidad como un todo, jugando un rol esencial en la generación de nuevas creaciones y producciones intelectuales.¹⁰⁵

Por otra parte, Cerda Silva indica que el interés público es explícito a nivel constitucional, esto es promover el desarrollo espiritual y material de toda la comunidad agregando que esto significa una oportunidad para el desarrollo de la libertad de expresión y por otro como una posibilidad para exteriorizar la personalidad del autor¹⁰⁶

Por lo tanto, existe acuerdo en la existencia de un interés público en el patrimonio cultural común, de lo que se sigue que, el Estado es el sujeto de

¹⁰⁵ Schmitz Vaccaro, Cristián. Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses”. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N| 22. Pp-342-367, año 2009.

¹⁰⁶ Cerda Silva, Alberto. Hacia una dogmática del acceso en Chile, en “Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor”. Alberto Cerda Silva editor. Disponible en [<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>] al 30 de Mayo de 2013.

derecho quien debe procurar la protección y concreción de tal interés público.

Dicha actividad supone una regulación y disposición relativa a las normas de propiedad intelectual que vengan en proveer certeza sobre los bienes que lo componen, la cual existe con sus propias deficiencias, pero realmente nada se ha dispuesto para organizar los bienes que componen el dominio público en pos del interés público recién descrito.

Dicha omisión es propia del dominio público intelectual. Respecto de otros recursos, como la minería, el agua y otros, existe un dominio público que encuentra un desarrollo más fino en su regulación, donde se comparte en lo esencial una falta de titularidad privada sobre recursos que construyen una categoría especial de bienes en relación a un interés público determinado.

En síntesis, el dominio público intelectual a nivel ontológico comparte un sustrato jurídico con los dominios públicos relativos a otros recursos, por lo tanto, considerando la falta de desarrollo del dominio público intelectual, resulta necesario revisar lo que se haya escrito respecto de la titularidad del dominio público y el rol de Estado frente a estos bienes.

Fernández Rodríguez¹⁰⁷ estudiando el derecho español distingue tres acepciones del dominio público.

En primer lugar, aquel dominio público referido a bienes de uso común y público que por esta circunstancia se excluían de la apropiación particular ya que su uso correspondía a todos pero su propiedad a nadie porque eran *res nullius*, en el sentido amplio de bienes comunes a todos los hombres e inapropiables por ocupación.¹⁰⁸

Posteriormente, mediante la influencia del derecho minero, surgió la acepción del dominio público como reserva técnica del Estado sobre determinados recursos. En este caso, la declaración de titularidad a favor de la nación se articulaba para garantizar en cierto modo el uso de todos sobre tales recursos.

¹⁰⁷ Fernández Rodríguez, Carmen. Aproximación al concepto de dominio público inmaterial en las invenciones y creaciones. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 146, 1998, págs. 129-155. Disponible en [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1132>] al 30 de Agosto de 2013.

¹⁰⁸ Dice Fernández “*La ley de propieda literaria de 10 de Junio de 1847 parece que fue la primera que utilizó el concepto de dominio público en esta acepción, refiriéndose al momento en que concluía la protección de los autores editores y causahabientes*”.

Por último, se caracterizó al dominio público como garantía de servicio público, entregando competencias al Estado en relación al recurso para la concreción de una actividad de interés público.

Montt Oyarzún¹⁰⁹ expone una teoría del dominio público que para lo que nos es relevante, implica una diferencia entre los bienes afectos a un servicio público (titularidad afinada por una norma) y los afectos al uso público, distinguiendo en esta categoría aquellos “artificiales” (calles, plazas y otros) caracterizados por una decisión administrativa y aquellos “naturales o necesarios”.

En el artificial, dichos bienes serán parte del dominio privado del Estado, titularidad interrumpida mediante la afectación del bien al servicio público (el bien que es propiedad del Estado se encuentra sujeto a fin en virtud de un interés público, cediendo éste su señorío a favor de los ciudadanos beneficiarios, manteniendo en concepto del autor un derecho de propiedad estatal en estado de latencia).

¹⁰⁹ Montt Oyarzún, Santiago. El concepto de dominio público, op. cit.

Por otro lado, en relación al dominio público natural o necesario expone que igualmente habría una propiedad privada del Estado latente, fundado en las expresiones del Código Civil nacional.

Aplicado al dominio público intelectual, dividido en estas categorías que hemos estado siguiendo, es posible entonces advertir que respecto al ontológico desde el punto de vista positivo existiría una “propiedad nacional”, pero en concreto dicha propiedad no implica una titularidad del Estado, el cual no es dueño ni señor de las ideas por ejemplo, ni podría serlo.

En conclusión, rechazaremos cualquier propiedad como tal sobre el dominio público ontológico, pero como se verá a continuación, se rechazará también la postura que subsume de la característica de inapropiable la consiguiente ausencia de un rol del Estado.

En la Historia de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley N° 17.336,¹¹⁰ el Senador Fuentealba expresaba:

¹¹⁰ Historia de la Ley 17.336 Senado. Legislatura Extraordinaria 1969;1970. Sesión 68. Fecha 22 de abril, 1970.

“La regla general es que las obras producto de la creación intelectual sean de propiedad o dominio de su autor, vale decir, de dominio privado. Es a este dominio al que principalmente trata de proteger el proyecto, a fin de que el autor no quede en la indefensión. Sin embargo, el Estado, como representante de la comunidad nacional, también tiene derechos, y en ciertos casos puede ser titular del derecho de autor y, por ende, tener el dominio sobre obras producto de la inteligencia humana.”

Posteriormente, el Senador Aylwin precisa:

“En derecho, "dominio público" es una parte del dominio nacional. El Código Civil nos dice que son bienes nacionales aquellos que pertenecen a la nación entera, y están constituidos por los bienes nacionales de uso público, de dominio público, cuyo uso pertenece a todos los habitantes, y por lo bienes fiscales o del Estado, cuyo dominio también pertenece a la nación entera, pero sobre los cuales no todos los habitantes tienen derecho de uso.

Pues bien, es evidente que la expresión "dominio público" hace pensar que estas creaciones intelectuales pertenecerían a la nación y

quedarían, por consiguiente, en la condición propia de los bienes nacionales de uso público, que pueden ser usados por todos los habitantes, pero respecto de los cuales el Estado ejerce una tuición especial y para cuyo uso exclusivo o especial es menester una autorización o concesión suya.

La verdad es que, como dije antes, las creaciones intelectuales cuyo plazo de protección ha prescrito, que pertenecen a autores desconocidos o cuyos titulares renunciaron a la protección, no son de propiedad de la nación, no son bienes nacionales de uso público, sino bienes comunes que pertenecen a lo que yo he llamado "el patrimonio común de la humanidad", respecto de los cuales ningún Estado puede pretender prerrogativas especiales y sobre los que no procede la concesión u otorgamiento de un permiso especial para su uso. Considero, en consecuencia, que en lugar de "dominio público", debe hablarse en este caso de "bienes de dominio común".

Se señalaría después que estos bienes pertenecen a la Sociedad, afirmación que Aylwin corregiría luego, indicando que pertenecerían a la Humanidad.

Desde luego, el discurso de Aylwin se articula desde el prisma del derecho de propiedad. En efecto, se delata al señalar que “ningún Estado puede pretender prerrogativas especiales”, frase de derecho público internacional respecto a las zonas de tierra susceptibles de propiedad pero que se mantienen de libre acceso para mantener un sistema internacional de derecho público preventivo de conflictos.

De todas maneras, el concepto resulta novedoso a tal punto, que se encuentra recogido en importantes tratados internacionales posteriores a la discusión parlamentaria.

A modo de ejemplo, puede señalarse el Tratado sobre la Luna y otros cuerpos celestes de 1979, en donde se estipula en su artículo XI que: “La luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad...”, y posteriormente, en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, se declara, en su artículo 136, que: “La zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”¹¹¹.

Por nuestra parte entendemos que si bien la relación que existe entre el

¹¹¹ Lertora Pinto, F. (2013).El sistema antártico y el derecho del mar. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114984> al 20 de Octubre de 2013.

Estado y el dominio público ontológico no es propiedad, de ello no se sigue la inexistencia de algún vínculo activo con él.

Esta “propiedad nacional” actualmente se traduce en un mero rol cuya concreción implica una labor de salvaguardia del dominio público, antimonopólica y generando mecanismos que impidan adquirir titularidad alguna sobre los bienes que lo componen.

Por otra parte, interesante es notar la contradicción entre la posibilidad de ser el Estado titular de derecho de autor y, la letra E del artículo 11 de la Ley 17.336 que prescribe el cambio de régimen cuando el bien inmaterial es expropiado. Este tema se desarrollará en el capítulo sobre política pública.

Queda pendiente dentro de los textos positivos norma que amplíe ese rol de la mera policía, a otro que haga efectivo el tema del acceso mediante políticas públicas que den a conocer el dominio público y enseñe a aprovechar sus potencialidades.

Cómo se verá en el capítulo siguiente, la mera existencia y por consiguiente el rol de policía no viene sino en configurar un dominio público servil de la propiedad intelectual.

Capítulo 7

Segundo nivel: dominio público por decisión de política pública.

Como se dijo antes, el contenido del presente nivel del dominio público está conformado por aquellas obras que han sido excluidas del régimen de protección por una decisión del legislador.

Las presentes obras podrían perfectamente ser protegidas por el derecho de autor, pero debido a ciertas circunstancias -en especial en el caso chileno – de dificultad para identificar al titular, se ha decidido su exclusión.

Atendida la naturaleza del presente trabajo, no se considerará dentro del presente estudio las excepciones al derecho de autor.

Sin perjuicio de lo anterior, es parte de una política pública relativa a la libertad de expresión, la excepción de cita del artículo 71 A de la ley del ramo, que permite la inclusión sin remuneración de un fragmento de obra lícitamente divulgado y protegido a título de cita, cumpliendo requisitos para identificar al autor y la obra, la excepción de sátira y parodia del artículo 71 P, mientras ésta constituya un aporte artístico que lo diferencie de la obra a que se refiere, la de uso incidental del artículo 71 Q, mientras

no constituya una explotación encubierta y las de traducción para uso personal y para la realización de actuaciones judiciales, administrativas y legislativas de los artículos 71 R y S respectivamente.

Es parte de una política pública relativa a la educación, la excepción de aula del artículo 71 D inciso primero, que permite tomar apuntes de clases y, las que permiten el funcionamiento de las Bibliotecas, que permiten reproducir una obra, siempre que no se encuentre en el mercado¹¹², para efectos de sustituir, preservar o incorporarlos a las colecciones que administre, realizar copias del ejemplar, reproducción electrónica y traducción¹¹³ (siempre que la biblioteca sea sin fines de lucro y dentro del control de dicha institución), contenidos en los artículos 71 I, 71 J, 71 K y 71 L de la Ley del ramo.

En síntesis, cada excepción del derecho de autor guarda correlación con un interés público y, en ello, es parte de la política pública para lograrlo.

¹¹² Según el inciso final del artículo 71 I, que no se encuentre en el mercado supone que, el ejemplar de a obra no deberá encontrarse disponible para la venta al público en el mercado nacional o internacional en los últimos tres años.

¹¹³ Siempre que hayan sido adquiridas legítimamente, estén escritos los ejemplares adquiridos en idioma extranjero y, luego del vencimiento de un plazo de tres años, contado desde la primera publicación o, u año, si se trata de una publicación periódica, siempre y cuando, no hayan sido publicadas su traducción al castellano por el titular del derecho y, únicamente con fines de investigación y estudio

Siguiendo a Dussolier, entre el dominio público y sus excepciones existe un denominador común que consiste en el interés público por mejorar el acceso a las obras culturales, desde que permiten la utilización de la obra como un insumo creativo o educacional antes que como un producto de consumo.¹¹⁴

La misma autora profundiza en la relación de ambos conceptos, precisando que las excepciones y limitaciones al derecho de autor serían funcionales al dominio público, en tanto impiden al autor ejercer e imponer su derecho exclusivo en situaciones que concretan el interés público sobre las obras protegidas, ejemplo la cita.¹¹⁵

Los intereses que limitan la propiedad intelectual (función social), perviven sobre la obra en régimen de dominio público.

¹¹⁴ Dusollier Severine. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor los derechos conexos y el dominio público. Estudio para la OMPI. 7 de Mayo de 2010. Disponible en: [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf] al 20 de Abril de 2013.

¹¹⁵ BENABOU y S. DUSOLLIER, “Draw me a public domain”, en P. TORREMANS (ed.), Copyright Law: A

Handbook of Contemporary Research, Edgar Elgar, 2007.

7.1. Autor desconocido.

La norma que funda este dominio público es la letra B del artículo 11 de la Ley 17.336, indicando que serían parte del patrimonio cultural común las obras de autor desconocido, incluyendo en él al acervo folklórico.

En relación al primer factor de imputación, esto es la obra de autor desconocido, cabe mencionar que en opinión de este autor se trata antes que todo de un claro ejemplo de las particularidades de la naturaleza del derecho que estamos estudiando. Cuando se habla de “desconocido” habrá que preguntarse ¿Para quién(es)?

Respecto al caso, Herrera Sierpe¹¹⁶ advierte que no debe confundirse con la voz “autor anónimo” que tiene relación con lo definido sobre “obra anónima” en el artículo 5 letra D de la Ley 17.336. Dicho precepto dispone que se deberá entender por obra anónima aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo, o por ser éste ignorado.

Desde luego, el autor ignorado de una obra anónima, debiera ser un autor desconocido. Resulta que el autor anónimo y el autor desconocido reciben

¹¹⁶ Herrera Sierpe, Dina. Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Páginas 28 y ss.

protección de derecho de autor a través del artículo 13 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Herrera Sierpe salva la aparente antinomia indicando que la intención del legislador habría sido incluir al autor desconocido dentro del acervo folklórico, invirtiendo el sentido natural y obvio de lo dispuesto en la letra B del artículo 11 de la mentada ley.

Para esto, ignora el sentido natural de la palabra “incluyéndose”, que comprueba la existencia de un concepto general, autor desconocido, respecto del cual las obras del acervo folklórico, por fuerza de ley, serían su especie, pues se incluyen en él, y no viceversa.

Teniendo en cuenta lo escrito sobre la problemática de las obras huérfanas, las cuales consisten en aquellas cuyo titular ha desaparecido, se ignora o bien es inubicable, lo que redundaría luego en la imposibilidad de distribuir o promover dicha obra atendido el sistema general de defensa del derecho de autor (v.gr. DMCA), es relevante examinar qué tipo de respuesta entrega el ordenamiento jurídico nacional y, si ésta cambia con la interpretación en este trabajo propuesta, analizar de qué forma cambia y sus eventuales resultados.

En primer lugar, para solucionar el problema de las obras huérfanas, se ha resuelto en la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (COM(2011)0289 – C7-0138/2011 – 2011/0136(COD)) que previamente deberán las instituciones interesadas realizar búsquedas diligentes para encontrar al titular, siendo dicha búsqueda luego reconocida en el resto de los Estados miembros.

Revisado el tema desde la Historia de la Ley N° 17.336, teniendo en cuenta lo dicho al respecto por Herrera Sierpe y teniendo presente que, la posibilidad de que nuestro país haya previsto y solucionado el tema de las obras huérfanas con cuarenta años de antelación es baja, este autor ha llegado a la conclusión que la interpretación de la autora precitada es plausible.

Si bien el legislador no se manifiesta en ningún acápite de la historia de la ley, como propone la interpretación tradicional, descartando la respuesta de Herrera Sierpe en atención a ese fundamento, debe considerársele acertado por el criterio de interpretación armónica de la ley, siempre pensando en las época y circunstancias en que se dictó y bajo las cuales, desde luego, escribió Herrera Sierpe.

Sin embargo, bajo el mismo artículo 22 del Código Civil, puede actualmente considerarse armónica la interpretación del artículo 11 letra b de la Ley 17.336 como criterios de imputación - “autor desconocido” y “perteneciente al acervo folklórico”- al régimen de dominio público distintos y separados, solucionando así el tema de las obras huérfanas cuando el titular es el autor.

Esta interpretación resulta armónica a su vez con la letra d del artículo 5 de la citada Ley, en tanto que la definición ahí expresada es relativa a la obra anónima, no el autor anónimo.

Si la obra reviste dicha calidad por ser desconocido el autor, entonces perfectamente dicha obra anónima puede pasar al régimen de dominio público.

Explica lo anterior, porque la titularidad original de la obra, para ser cedida, transferida o transmitida, requiere de una anotación en un registro o de al menos instrumento público.¹¹⁷

¹¹⁷ En esta tesis se refuta lo sostenido por parte de la doctrina que tiene la inscripción en el registro como mera formalidad de publicidad. El artículo 73 de la Ley 17.336 no establece sanción alguna a la falta de inscripción dentro de plazo, pero si se refiere como solemnidad en el artículo 74, relativo al editor en el contrato de edición. Otros registros de bienes muebles tienen la falta de inscripción como mera formalidad

Luego, es evidente que existe un registro que conduce al autor. De no existir ese registro, o de ser imperfecto, entonces estaríamos frente a un autor desconocido e incluso no reconocible (desde el punto de vista de la identidad).

Por supuesto, de considerarse que la formalidad de inscripción tiene naturaleza probatoria, entonces, habrá que preguntarse hasta qué punto es la sociedad la que debe observar esa omisión. La respuesta más prudente, lleva a concluir que, establecido que fuere un proceso estándar de búsqueda, una vez se certifique la ejecución de ésta, si el resultado fuese negativo, es decir, no se pudiera determinar al autor o al titular del derecho, entonces habrá que considerarlo de dominio público, debiendo el titular del derecho asumir los costos de reivindicar la vigencia de éste.

Por lo tanto, no puede presumirse la existencia de traspaso de la titularidad, pero sí la existencia, en algún momento, de un autor, por lo que dicha obra sería de dominio público en atención al artículo 11 letra B de la Ley 17.336,

de publicidad (artículo 35 Ley 18.920), estableciendo expresamente sanciones de multa. En conclusión: 1) Atendidas las reformas al plazo de protección y, al mandato redactado de manera categoría en el artículo 73, la formalidad de inscripción sería solemnidad. 2) De ser mera formalidad de prueba, quiere decir que aquel acto jurídico no es la transferencia misma por sí oponible a terceros, luego no puede presumirse un traspaso o transferencia.

todo lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85 letra H, que establece la presunción de la existencia de titularidad si la fecha de la primera publicación es inferior a 70 años.

Interpretado de esta manera, adquiere aun más sentido el artículo 13 de la misma ley, en tanto completa el puzzle regulatorio de la obra de autor desconocido.

Si bien se refiere a situaciones de anonimato o seudónimo, la norma en cuestión tiene ámbito de vigencia respecto de obras publicadas, autorizadamente y de autor desconocido.

Desde luego, no basta que la obra sea publicada. Ésta debe ser autorizada, lo que en palabras de la ley significa “con consentimiento del titular”. Misma expresión encontramos en el artículo 70 de inciso segundo, relativa a la duración de la protección de los derechos conexos.

Para ambos casos, la ley entiende que existe un titular, cuya voluntad es permanecer desconocido, pero que no ha renunciado a sus derechos patrimoniales y por lo tanto sigue vigente su protección.

Entonces, si el autor realiza una publicación autorizada y, se mantiene desconocido, el plazo de protección será de setenta años desde la publicación.

Pero si la publicación no es autorizada dentro de un plazo de cincuenta años desde la creación, la protección será de setenta años desde ese evento.

Puede concluirse que, el sentido del artículo 13 de la Ley 17.336 es incentivar al creador primero a publicar y luego darse a conocer. Luego, atendido que la autorización puede revestir cualquier forma contractual, si el autor no se dio a conocer durante su vida, la obra pasa al patrimonio cultural común por aplicación del artículo 11 letra B del mismo cuerpo legal.

7.2. Acervo folklórico.

Recapitulando, el otro factor de imputación para que una obra sea considerada dentro del régimen del dominio público, es el “acervo folklórico”.

El concepto folklórico según relata Huenchuan Navarro¹¹⁸ tendría una connotación negativa al estar asociado a creaciones de civilizaciones consideradas inferiores. No obstante, actualmente se tiene por una expresión característica de una comunidad, basada en su propia tradición.

La misma autora, precisa que un conocimiento tradicional se refiere a un sistema de conocimiento perteneciente a una comunidad que ha sido transmitido de generación en generación.

Es este último concepto el que a nivel doctrinario se utiliza para referirse al criterio de imputación “acervo folklórico”. Al respecto Millaleo Hernández¹¹⁹ afirma que los conocimientos tradicionales y las expresiones del folklore dentro del contexto y desarrollo del sistema de propiedad

¹¹⁸ Huenchuan Navarro, S. “Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: objetos y enfoques de protección” en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 8, 2004 (pp. 81-96)

¹¹⁹ Millaleo Hernández, S. (2013). Conocimiento mapuche y derechos de propiedad intelectual. In *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión* (pp. 87-134). Universidad Diego Portales.

intelectual han sido reducidos a meros remanentes, considerándoles su valor expresivo e histórico, pero sin validez dentro de lo considerado como universal.

El autor denuncia además que a nivel global los pueblos indígenas han sufrido abusos en la constitución de derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, expresiones del folklore y recursos genéticos en beneficio de terceros que se apropian del patrimonio cultural sin otorgar ninguna participación o compensación por el uso de porciones de su patrimonio inmaterial o biológico.

Esta denuncia implica al hasta ahora “santo” concepto del dominio público como parte de un sistema pro propietario, excluyendo de la misma lógica a los pueblos indígenas.

Dusollier ¹²⁰ comparte que el conocimiento tradicional presenta dificultades de adecuación frente al sistema propietario de la propiedad intelectual-dominio público, poniendo acento en sus características: antiguo, colectivo,

¹²⁰ Severine Dusollier. "The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain" *Intellectual Property and Public Domain*. Ed. PL Jayanthi Reddy. Hyderabad: Icfai University Press,, 2009. 31-69. Disponible en : http://works.bepress.com/severine_dusollier/4

más complementado con la naturaleza que tecnológico (“not completely technical but largely mixed with nature”).

A su juicio, esto demuestra que el régimen global de propiedad intelectual deniega exclusividad a otras formas de producción intelectual, conocimiento o expresiones culturales, finalmente empoderando un sistema de creencias y valores “occidentales”, quienes se basan en los monopolios de propiedad intelectual generados sobre el conocimiento tradicional, para ellos meras materias primas.

Chander y Sunder¹²¹ denuncian entonces que la discusión actual es maniquea y obliga a escoger entre la propiedad intelectual y el dominio público, cuando esta dialéctica esconde una realidad de explotación a los desempoderados, señalando que éstos serían gente de color, pobres, mujeres, gente del Sur en general.

En base a lo anterior, señalan que así como la idea de romántica del autor – cuyo proceso creativo es absolutamente original – ha servido para reforzar la propiedad intelectual, la idea romántica del dominio público – por su

¹²¹ Chander, A., & Sunder, M. (2004). The romance of the public domain. *California Law Review*, 1331-1373.

identificación con ideales de acceso, libre expresión, innovación, bienes comunes , etc... - ha servido a su vez para aumentar la influencia de los más poderosos.

Concluyen que el binomio propiedad intelectual-dominio público atenta actualmente contra la idea de una democracia semiótica, definiendo dicho concepto como un mundo donde cualquiera, no sólo los poderosos, tienen la posibilidad de realizar significancia cultural.

Dusollier¹²² hace ver que el dominio público presenta riesgos, pues puede legitimar la distribución actual de derechos de propiedad intelectual, enmascarar la desventaja y subordinación de los pueblos indígenas para hacer uso de él respecto de otros y por supuesto la exigencia que implica tomar una organización “occidental” para que finalmente ésta sea la titular del derecho de propiedad intelectual específico, cosificando forzosamente algo que por sí representa algo distinto para la gran mayoría de los pueblos indígenas.

¹²² Severine Dusollier. "The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain" ... op cit.

Por último, Rose¹²³ propone dentro de su terminología basada en las categorías romanas de bienes que el conocimiento tradicional sea visto como “res universitatis” antes que como “res nullius”. Las primeras corresponden a bienes comunes por ley pero afectos a una comunidad o colonia específica, mientras que las otras consisten en aquellas que no tienen dueño, justamente el trato que los Romanos otorgaban a los territorios recién conquistados.

Justifica esta propiedad intelectual común en las interacciones internas que a causa de ello se generan dentro de la comunidad, impulsando la innovación y la creatividad y también en la ayuda que significaría en la delimitación de comportamientos que pueden atentar contra la creatividad de dichas comunidades.

El panorama internacional ha colaborado en primer lugar con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que busca coordinar la acción de los Estados frente al problema medioambiental, bajo cuyo marco

¹²³ Rose, Carol M., "Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age" (2003). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1763. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1763

en el año 1992 se dicta el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que establece una recomendación para la implementación de medidas a favor de una participación en los beneficios derivados de la explotación del conocimiento tradicional.

Sin embargo, reside en dichas soluciones un sustrato filosófico que hace pervivir el problema señalado por los autores anteriores, pues mantiene las categorías anteriores que son asimétricas y que – coincidiendo con Chander y Sunder – viene a constituir una amenaza a la idea de una democracia semiótica.

Millaleo Hernández¹²⁴ augura que la tendencia para resolver el presente problema se encuentra en la elaboración de un derecho estatutario y sui generis para los indígenas, que permita la prevención del uso no autorizado y abuso de los conocimientos tradicionales, previniendo algo que compara este autor con el argumento de la competencia desleal esgrimido en la discusión sobre las bases de datos no originales.

¹²⁴ Millaleo Hernández, S. (2013). Conocimiento mapuche y derechos... op cit.

Opinando en particular en relación al trabajo de Millaleo Hernández, la necesidad de un derecho estatutario no sólo reside en la particularidades de los indígenas en sí, también fluye de por ejemplo situaciones como las del pueblo mapuche cuya extensión abarca dos Estados de Chile y Argentina.

Para efectos de concluir y de entregar la idea que para este trabajo interesa, importante es recalcar que independiente de la posición que se tome, el factor de imputación contenido en la letra B del artículo 11 de la Ley del ramo, constituye una opción de política.

Por lo tanto y en coherencia con la propuesta relativa a un dominio público conceptualizado dinámicamente, en oposición a la concepción negativa o de falta de titular, importa hacer ver al lector del presente trabajo que si los fines del dominio público son la libre expresión, el acceso a la cultura, la innovación y la creatividad o en resumen, ser pilar de la democracia semiótica,¹²⁵ entonces la opción de política pública debe tomar en cuenta que, las obras intelectuales, como recurso, tienen una regulación distinta según las reglas de creación o fuente, en síntesis no copiar si hay protección

¹²⁵ No en el sentido original atribuido a Jhon Fiske, como una suma de audiencias, si no en entregado por Chande y Sunder, expuesto líneas antes.

y, de explotación, en resumen exigir la preexistencia de un derecho que habilite la explotación.

En primer lugar, dentro de la concepción “occidental” del derecho, para que exista una regla en la fuente, ésta tiene que ser un centro de interés reconocido por el ordenamiento y consecuentemente cuya protección sea un fin del sistema jurídico. En otras palabras, la fuente tiene que ser un sujeto de derecho.

Si bien se refiere exclusivamente al pueblo mapuche, Lope-handía Glaesser¹²⁶ sostiene que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al evacuar sus observaciones al Quinto Informe Periódico presentado por el Estado de Chile en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos fundó su recomendaciones relativas a la situación del pueblo mapuche en el artículo 1 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma reconoce expresamente que la libre determinación de los pueblos, y a juicio del autor reseñado, de esta manera el organismo de

¹²⁶ Meza-Lopehandía Glaesser , Matías. Documento de Trabajo N° 9: Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas (Con especial referencia al derecho a la consulta). Disponible en (<http://www.observatorio.cl/biblioteca/documentos-trabajo>) al 20 de Octubre de 2013.

Naciones Unidas estableció que los mapuche son un pueblo como cualquier otro, y que por lo tanto tienen los derechos que el derecho internacional les reconoce a estos actores, entre ellos la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales¹²⁷.

Nada impide que dicho raciocinio se haga extensible al resto de los pueblos originarios.

Se hace indispensable para este propósito que, en coherencia con lo anterior, se consagre expreso reconocimiento a los pueblos indígenas a nivel constitucional, para abrir luego un debate relativo a las formas de organización que escojan con efecto de la riqueza inmaterial, teniendo en cuenta que el principal problema con la imposición del elemento extraño que consiste en ser “sujeto de derecho” consiste en la legitimidad.

Esta primera parte constituye una tarea conjunta que va de la mano con la tendencia internacional en la materia. Una vez resuelta, la política pública relativa a la explotación del recurso quedará de la mano del “sujeto de derecho” o la forma de representación que escojan en reemplazo y que

¹²⁷ Artículo 1.2 Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y 3 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

pueda ser entendido para la contraparte occidental como un sujeto de derecho.

La segunda parte, relativa a la explotación del recurso, requerirá nuevamente una dialéctica entre lo legítimo para el pueblo indígena y el sistema occidental. Millaleo Hernández¹²⁸ relata el caso de la comunidad Warumungu de Australia, que aplica un sistema de licenciamiento abierto para sus conocimientos tradicionales, basado en Creative Commons.

El autor de este trabajo quisiera agregar que, si bien actualmente lo recién expuesto pareciera tener notas de obiedad, Creative Commons por ejemplo tiene menos de veinte años y el Quinto Informe se evacuó el año 2005.

En conclusión, lo expuesto se basa en acontecimientos relativamente recientes, que obligan a resaltar que los Warumungu no tenían hace veinte años atrás posibilidad alguna de encontrar recepción a la autodeterminación recién descrita.

¹²⁸ Millaleo Hernández, S. (2013). Conocimiento mapuche y derechos... op cit.

7.3. El Estado como titular.

Otro factor de imputación corresponde a las obras de dominio público por expropiación del Estado.

Su origen reside en la intervención del senador Fuentealba durante la discusión de la Ley 17.336. En efecto, en la discusión relativa al artículo 11 en estudio, el senador comenta:

“Es obvio que a las anteriores habría que agregar otras dos: las obras que el fisco adquiere por acto entre vivos y las que fueron expropiadas de acuerdo con las normas generales de la Constitución Política del Estado.

La propiedad intelectual, como la propiedad común, se sujeta en este aspecto a las reglas generales, pero consideramos conveniente para mayor claridad agregar una letra más al artículo 11, de esta manera quedará perfectamente ratificado el derecho del Estado, como representante de la comunidad nacional, de recurrir a la expropiación

por causa de utilidad pública respecto de las creaciones literarias, artísticas o científicas.”¹²⁹

La propiedad intelectual del Estado debe comprenderse dentro de tres órdenes: El primero, consiste en el Fisco como heredero; el segundo, consiste en el Estado como Administración, en relación a las obras intelectuales creadas por funcionarios en el desempeño de sus cargos; el tercero y último, tiene relación con el Estado expropiador. Ausente de definición positiva se encuentra el Estado actuando como particular, situación que fuerza a concluir se regula por las reglas generales.

El primer orden siempre fue un factor de imputación para el cambio de régimen de la obra al dominio público. En efecto, así se disponía expresamente en el Decreto Ley 345, artículo 7º inciso segundo, regulación que hubiera mantenido el artículo 10 de la Ley 17.336 al prescribir si el Fisco fuere “heredero o legatario”, la obra pasaría al dominio público, pero dicha disposición fue modificada por indicación del Senador Aylwin, en atención a los siguientes fundamentos:

¹²⁹ Historia de la Ley 17.336. Senado. Legislatura Extraordinaria 1969-1970. Sesión 68. Fecha 22 de Abril, 1970. Discusión general.

“Se justifica que el autor tenga derecho a aquélla por toda su vida. Se justifica también que pueda transmitirlo a su cónyuge, hijos y demás herederos legítimos. No me parece igualmente claro que sea transmisible ese derecho a otros sucesores; pero en ningún caso se justifica que la creación intelectual sea objeto de lucro prolongado por quienes no han tenido ninguna intervención en su elaboración ni tienen vínculos consanguíneos estrechos con el creador.”¹³⁰

Eliminando dicha frase, pasa el Estado a ser un heredero más, rigiéndose su titularidad por reglas generales.

El segundo orden, relativo a las obras realizadas por los funcionarios en su desempeño, encuentra su origen en la discusión de la Ley N° 17.336, donde por primera vez se establece una titularidad derivada por ley a favor del Estado.

Posteriormente, sería durante la discusión de la Ley N° 20.435 que agregaría un párrafo que en síntesis, prescribe que de existir renuncia de la titularidad, ésta pasa a régimen de dominio público, excepto si existe un

¹³⁰ Historia de la Ley 17.336 Senado. Legislatura Extraordinaria 1969-1970. Sesión 68. Fecha 22 de abril, 1970. Discusión general.

sentido estratégico respecto de dicha obra o, cuando la ley que crea y regula al titular lo prohíba.

Originalmente, la propuesta emana de una sugerencia más amplia, realizada por Creative Commons Chile,¹³¹ y encuentra su base en la regulación norteamericana de copyright que, tiene en régimen de dominio público las obras del Gobierno de Estados Unidos, sin perjuicio de que éste puede ser titular por asignación hereditaria u otro modo de adquisición derivativo.¹³²

Orrego Olmedo sintetiza de esta manera la discusión legislativa:

“1) La indicación número 15 cuyo objeto era agregar a la enumeración del artículo 11 sobre lo que pertenece al patrimonio cultural común tres nuevas letras: f) Las resoluciones judiciales, legislativas y administrativas g) Las obras creadas por los funcionarios públicos como parte de su trabajo h) Las obras creadas por encargo de un organismo, salvo acuerdo en contrario

¹³¹ Ruiz Gallardo, Claudio, en representación de Creative Commons, Chile. Observaciones al proyecto que modifica la ley de propiedad intelectual 17.336. Boletín 5012-03. 14 de Noviembre de 2007. Historia de la Ley 20345.

¹³² § 105 · Subject matter of copyright: United States Government works: Copyright protection under this title is not available for any work of the United States Government, but the United States Government is not precluded from receiving and holding copyrights transferred to it by assignment, bequest, or otherwise

2) La indicación N° 118 que pretendía incorporar a continuación del artículo 71 P el siguiente artículo nuevo: Las obras que sean desarrolladas por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y como parte de su trabajo, se considerarán como parte del patrimonio cultural común, es decir en el dominio público y no en el dominio privado del funcionario, ni bajo dominio estatal. La excepción a esta norma serán las obras desarrolladas en el contexto de la actividad propia de las empresas públicas o en las que el Estado tenga participación, cuando la obra tenga un sentido estratégico para su fines, o cuando la ley que la crea y regula lo establezca expresamente.

La indicación N° 15 fue rechazada por la unanimidad de los miembros de la Comisión. La indicación N° 118 fue reformulada en el sentido de que por medio de ella se propone agregar el siguiente inciso segundo al artículo 88 de la ley de propiedad intelectual. Sin embargo, mediante resolución del titular podrá liberarse cualquiera de

dichas obras, para que formen parte del patrimonio cultural común.”¹³³

Uno de los argumentos centrales para el rechazo del régimen de dominio público para las obras desarrolladas por funcionarios fue el entregado por el Diputado Burgos. Resumiendo, su idea central consiste en que de liberar los contenidos creados por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, se permite que “(...) el mundo privado se haga dueño sin pagar un peso de los adelantos que crean los funcionarios públicos, tal como se colige del texto del artículo.”¹³⁴

De esta manera, solamente se aprueba la indicación n° 118 en el sentido recién expuesto, sin que consten argumentos en la historia de la ley que permita interpretar de manera coherente el articulado.

En primer lugar, supone una deficiencia en la redacción legal, el hecho de tenerse el inciso segundo del artículo 88 de la ley en comento como una excepción. Es evidente que, existe una concordancia entre el artículo 11

¹³³ Orrego Olmedo, Karem. Propiedad Intelectual del Estado y Dominio Público. Entrada en blog del Congreso Nacional. 17/12/2009. Disponible en <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/682597/Propiedad-Intelectual-del-Estado-y-Dominio-Publico-Nacional.html> al 20 de Noviembre de 2013.

¹³⁴ Historia de la Ley 20.435. Cámara de Diputados. Legislatura 355. Sesión 87. Fecha 10 de octubre, 2007. Discusión general.

letras C y el inciso de marras, pues ambas situaciones son renuncia del derecho de autor por parte del titular.

Sin embargo, en el artículo 11 precitado, la renuncia supone un factor para la entrada de la obra al régimen de dominio público, mientras que en el artículo 88 inciso segundo, se trata como una excepción al derecho de autor.

En segundo lugar, en el entendido de que la obra intelectual es información, existiendo una ley aprobada dos años antes que declaraba pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera que sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas, salvo causal de secreto o reserva, que establece la propia ley en los artículos 20 y 21.

Dicha ley, cuando declara “pública” la información, no la está refiriendo a un régimen de dominio público, pues existe titularidad estatal, pero sí a un acceso de la ciudadanía a ella (*res publicae in uso publico*).

En virtud del artículo 88 inciso segundo de la Ley N° 17.336, cualquier interpretación de la Ley de Transparencia relativa a las obras protegidas por

el derecho de autor, para tener a las obras desarrolladas por los funcionarios públicos como *res publicae*, encuentra ahora su piedra de tope.

Si el objetivo era, lograr una modificación en el sentido propuesto por Creative Commons Chile, entonces el camino era interpretar la Ley de Transparencia de forma tal que, informaciones que constituyen la esencia de una obra, sean consideradas de acceso público.

En vez de eso, la legislación vino en establecer, para las obras desarrolladas por funcionarios de la Administración, un régimen privado que, establece una mal entendida excepción, consistente en una renuncia – acto unilateral - cuya procedencia depende de un criterio unilateral, esto es, que dicha obra tenga “un sentido estratégico para sus fines”, quitando así la calidad de “*res publicae in uso público*” que podría haberseles conferido, con fundamento en la Ley de Transparencia.

Sin embargo, lo que resulta impactante del artículo 88 es, la titularidad secundaria a título de ley a favor del Estado, instituida en su inciso segundo.

Al respecto, el profesor Schuster ha escrito:

“La última figura que mencionaremos, tal vez la más brutal, es la del artículo 87 (hoy 88), que reconoce titularidad originaria en favor del Estado, las Corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales, las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos.”¹³⁵

Si bien no reconocemos una titularidad originaria en el artículo 88 de la ley chilena, ni tampoco que ésta constituya una presunción de cesión de derechos¹³⁶, principalmente por el tenor del artículo en comento y su lectura en concordancia con el artículo 7 de la misma ley, es cierto que constituye una “brutalidad” legislativa, por las siguientes razones:

- 1) La autoría es siempre una presunción, excepto cuando existe sentencia judicial, como se prescribe en el artículo 8 de la Ley.
- 2) Las situaciones descritas como “presunción de cesión de derechos de autor” son relativas al software (artículo 8 inciso segundo), antologías, crestomatías y otras compilaciones (artículo 24 letra A, N° 17 del artículo

¹³⁵ Schuster, Santiago. El autor ¿un concepto en crisis?. Disponible en [http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_4/El%20autor%20un%20concepto%20en%20crisis-texto.pdf] al 25 de Noviembre de 2013.

¹³⁶ El párrafo citado se encuentra dentro del capítulo “La presunción de cesión de derechos en favor de la empresa”.

3), y empleados de empresas periodísticas, radio o televisión (artículo 24, C, D y E).¹³⁷

3) La razón detrás de dichas presunciones, consiste en la existencia de un contrato de trabajo. Schuster¹³⁸ indica, para cada caso respectivamente, que en primer lugar, las antologías y otras compilaciones encuentran titularidad en el organizador, mientras que en el software la titularidad es mera presunción *iuris tantum*, luego que las empresas de comunicaciones tendrían a su favor una mera autorización concedida por el legislador para publicar las aportaciones de sus trabajadores, y por último, que el vínculo de contratación en el ámbito cinematográfico será por regla general el laboral, pues productor es quien toma el riesgo, sin perjuicio de mantener los colaboradores su autoría sobre el aporte que hayan comprometido.

¹³⁷ Se acostumbra a señalar también al caso del compilador u organizador en antologías, crestomatías, etcétera...

¹³⁸ Schuster Vergara, Santiago. Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos. En Velasco Santelices, Rodrigo y Morales Andrade, Marco, .coordinadores. Estudios de derecho y propiedad intelectual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

4) En todas ellas, existe un denominador común, cual es el riesgo que asume quien organiza y prepara el contexto para la creación. Esto, en el entendido de que, la obra tiene como fin ser comercializada.¹³⁹

5) El artículo 88 de la Ley 17.336, otorga la titularidad de la propiedad intelectual al Estado, Municipio, Corporación oficial, Institución semifiscal o autónoma, y demás personas jurídicas estatales. Schuster¹⁴⁰ concluye que los funcionarios públicos pierden todo derecho económico sobre la obra creada durante sus funciones, salvo los derechos morales. Agrega que el inciso segundo del artículo, relativo al paso de dominio público de la obra, viene únicamente a perjudicar al funcionario público como autor.

6) Naturalmente, el Estado no estaría sumiendo ningún riesgo, ni mucho menos tendría, en la mayoría de los casos, fines comerciales. Por lo tanto, el fundamento es distinto a los casos anteriormente reseñados.

Se encontraría, sin embargo, expresamente declarado en el inciso segundo del artículo 88, consistiendo en el sentido estratégico de la obra para sus fines y en el caso que la ley orgánica de dicha institución lo prohíba.

¹³⁹ En capítulos anteriores, se explicó que, la justificación de la propiedad intelectual en su vertiente patrimonial consiste en la posibilidad de comercializarla, de ahí la necesidad de “excluir”.

¹⁴⁰ Schuster Vergara, Santiago. *Íbidem*.

Refiriéndonos al primer fundamento, queda claro su tenor y, al mismo tiempo su accesoria. Es decir, una vez cumplido o alcanzado dicho fin estratégico, no tiene sentido la prohibición de acceso sobre la obra.

Distinto es el caso de la ley, quedando como tarea pendiente la revisión de ellas para determinar la vigencia concreta de dicho segundo fundamento.

7) Que en conclusión, urge una reforma del presente artículo, en el sentido de invertir el derecho aplicable a la obra creada por funcionario en su cargo, pasando esta por defecto al dominio público, salvo que exista ley orgánica del ente donde desempeña sus funciones el funcionario que así lo prohíba, o bien, exista una decisión administrativa fundada, desde luego, para que se declare la obra estratégica para sus fines, teniendo por lo tanto dicha decisión efectos accesorios a ellos, lo que implica que, una vez cumplidos, alcanzados o desestimados dichos fines, la obra pasa ipso iure al dominio público.¹⁴¹

El último orden, referido al Estado expropiador, tiene fundamento legal en artículo 11 letra E de la Ley 17.336, a proposición del Senador Fuentealba

¹⁴¹ Naturalmente, lo ideal sería que los fundamentos del artículo 88 se hagan coincidir con los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia.

durante su discusión, y opera siempre que, no exista un beneficiario en dicha ley, como se expuso al abrir el presente capítulo.

Precisamente al regular este aspecto de la propiedad intelectual, el constituyente decidió expresamente regularlo tal cual como se hiciera con el derecho a la propiedad. Sin embargo, presenta particularidades a nivel de ley que se contradicen con la institución tradicional de expropiación.

La institución en comento llama la atención, en el sentido que, si bien habilita al Estado para quitar del dominio privado una obra, puede ocurrir que por su propia decisión, finalmente la obra mantenga dicho régimen privado al especificar un beneficiario, o bien, dicha obra pase al patrimonio cultural común, no existiendo desde luego una correspondiente apropiación por parte del Estado.

En otras palabras, el Estado jamás podrá ser titular mediante la expropiación del derecho de autor.

La historia de la Ley 17.336 deja constancia de un artículo 87, que otorgaba al Ministerio de Educación facultades para solicitar la expropiación de una obra intelectual, siempre y cuando su impresión sea de interés nacional e

imperativa para la cultura del país, una vez que hayan transcurrido cinco años desde que se tuvo conocimiento de su existencia. Sin embargo, finalmente se acordó suprimir la disposición por considerarla insuficiente para el propósito perseguido, e innecesaria, atendidas las normas generales vigentes en la materia.¹⁴²

Como antecedente, no puede dejar de relatarse el caso del Decreto Ley N° 2.560 de 1979, el cual se habría motivado, según el blog Quemarlasnaves.net, por obra del entonces sub-gerente de la Editorial Universitaria, quien recibió unas cartas de amor dirigidas a Gabriela Mistral que, no pudieron ser editadas pues la albacea de la poetisa, no lo autorizó.

Al no tener permiso, el funcionario ideó una irregular expropiación, mediante el referido Decreto Ley, autorizando la reproducción en Chile de toda la obra literaria de Gabriela Mistral, previa contratación con la Orden Franciscana de Chile.¹⁴³

Es importante agregar que, del mérito de los antecedentes, se desprende la intención de obviar el testamento. En efecto, el testamento se protocolizó en

¹⁴² Historia de la Ley 17.336.

¹⁴³ Blog Quemarlasnaves. Cómo matar de nuevo a Gabriela Mistral. Entrada de fecha 20 de Agosto de 2007. Disponible al 20 de Noviembre de 2013 en [<http://www.quemarlasnaves.net>]

el año 1958, por lo que se expone en el decreto referido que, la edición en Chile de las obras mistralianas se ha visto impedido por la albacea, lo que se traduce en una “inaceptable privación cultural para los estudiantes y el pueblo de Chile”.

Posteriormente, la Ley 19.854 derogaría la vigencia de dicho decreto, resumiéndose así la experiencia “expropiatoria” del Estado.

7.4. Autor extranjero sin domicilio en Chile.

El último factor de imputación tiene relación con las obras de autor extranjero sin domicilio en Chile, cuando no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2º de la Ley N° 17.336, que se refiere a la reciprocidad entre Estados por tratados internacionales.

En relación a los tratados más relevantes, Roffe y Santa Cruz expresan:

“Los dos grandes pilares del derecho internacional de la propiedad intelectual fueron —y siguen siendo— el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (Convenio de París) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (Convenio de Berna). Ambos convenios no sólo siguen plenamente vigentes, sino que sus disposiciones sustantivas han sido incorporadas en tratados multilaterales recientes, como el ADPIC, además de en acuerdos bilaterales de propiedad intelectual y acuerdos de libre comercio celebrados recientemente (...)”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Roffe, Pedro y Santa Cruz, Maximilano. Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados. División de Comercio Internacional e Integración Santiago de Chile, abril de 2006, disponible en [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/25978/S70CI-L2527e-P.pdf>] al 20 de Noviembre de 2013.

En resumen, este factor de imputación de régimen de dominio público tiene lugar, cuando el autor no es chileno, ni tiene domicilio en el país, y el país donde tiene su domicilio, no es parte del convenio de Berna.

La obra entonces, según la lógica del artículo 2 de la Ley 17.336, tiene la nacionalidad del domicilio del autor.

Capítulo 8

Tercer nivel: dominio público por plazo.

El artículo 11 letra A de la Ley 17.336 indica que, pertenecen al patrimonio cultural común, las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido.

El plazo de protección, comienza con el hecho de la creación, el cual se rige, como vimos en el capítulo anterior, en atención al domicilio del autor al crear la obra.

Esto significa que, una obra creada en Albania por un autor domiciliado en Chile, tendrá como plazo de protección el que regule la ley N° 17.336.

En segundo lugar, estamos frente a un plazo legal, indeterminado, fatal, y extintivo.

Es legal, puesto que lo fija la Ley 17.336, indeterminado, puesto que se construye por toda la vida del autor más setenta años, en su máxima extensión, situación que constituye el caso típico de plazo indeterminado, como se dispone en el artículo 1.081 inciso segundo del Código Civil.

Es fatal, puesto que extingue irrevocablemente el derecho a la protección – exclusión- en relación a la obra, constituyendo delito contra la propiedad intelectual arrogarse derecho alguno sobre obras en dominio público, según se observa en los artículos 80 letras A y B de la Ley del ramo.

Es extintivo, puesto que una vez vencido dicho plazo, se extingue ese mismo derecho, teniendo a la vista el artículo 49 del Código Civil y la redacción de las normas que establecen plazos de protección en la Ley N° 17.336.

Como plazo de años, se rige por lo dispuesto en el artículo 48 del Código Civil que señala que los plazos de años son completos y corren hasta la medianoche del último día del plazo, y además, es continuo, por expresa disposición del artículo 50 del Código Civil, que prescribe para este tipo de plazos que, comprenden aun los días feriados.

Al respecto, Ruiz Gallardo ha resumido:

“En el caso chileno, ha habido cambios sucesivos en los plazos de protección desde 1834, cuando la primera regulación que se refiere a la materia en Chile estableció la regla de protección de los derechos

de autor durante toda la vida de autor, y de haber herederos, por cinco años más, pudiendo ser prorrogados a diez. Posteriormente, el Decreto Ley 345 de 1925 incrementó la protección a la vida del autor más veinte años; la Ley 9.549 de 1950 extendió el plazo a cincuenta años luego de la muerte del autor. La Ley 17.336 de 1970 originalmente establecía una protección de treinta años post-mortem, para que luego la Ley 19.166 de 1992, aumentara dicho plazo a cincuenta años luego de la muerte del autor y, finalmente, la ley 19.914 de 2003 estableciera el plazo que hoy, cual es, por regla general, la vida del autor más setenta años contados desde la fecha de la muerte.”¹⁴⁵

Antes de entrar en casos concretos, urge dilucidar los conflictos de ley en el tiempo que implica lo recién descrito. La doctrina chilena ha entregado dos interpretaciones, siempre aplicando la norma clave para el caso, que es, desde luego, el artículo 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.

¹⁴⁵ Ruiz, Claudio, Hacia una dogmática para el acceso en Chile, en Cerda, Alberto (editor), Acceso a la cultura y derechos de autor (Santiago, ONG Derechos Digitales, 2008), pp. 31-53.

Dicha ley señala, que todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Recordemos primero que, la autora Jane Ginsburg concluye, que el derecho de autor se basa en una perspectiva de derecho natural, situación que lleva a declararlo como un derecho de propiedad. Téngase en cuenta además que, como se revisó en el capítulo pertinente, la mayoría de la legislación latinoamericana reconoce el derecho de propiedad intelectual como uno *sui generis*, atendidas las diferencias con la propiedad sobre bien tangible, pero cuyo trato normativo es desde la propiedad tangible. Por último, habrá que estarse a lo dispuesto en el Código Civil nacional como nuestra Constitución Política de la República, los cuales expresamente llaman a un trato regulatorio cercano a la propiedad tradicional.

Que por lo tanto, el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes tiene vigencia, y así lo expresan las principales corrientes doctrinarias del país.

Herrera Sierpe¹⁴⁶ enseña que, la propiedad intelectual adquirida bajo la ley anterior se mantiene, pero en lo tocante a las cargas y extinción de dicho derecho, se rige por la ley posterior.

Larraguibel Zavala por su parte, refiriéndose al tema, escribe:

“Todo ello sin efecto retroactivo, respetando los derechos adquiridos por los herederos, legatarios, cesionarios, y cónyuge sobreviviente con anterioridad a la ley modificatoria, porque esos derechos ya están incorporados al patrimonio de esas personas.”¹⁴⁷

Sin embargo, hay que hacer ciertas precisiones:

- 1) Para efectos del análisis, la doctrina se encuentra conteste en la aplicación del artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.
- 2) La problemática consiste en que el plazo es de suyo indeterminado. Dentro de esa calificación jurídica, puede decirse, desde luego, que es todavía más difícil de determinar cuando existen reglas que, de pleno derecho, hacen extensivo el plazo de protección a la vida de otros sujetos.

¹⁴⁶ Herrera Sierpe, Dina. Propiedad intelectual... op.cit.

¹⁴⁷ Larraguibel Zavala. Derecho de autor... op. cit.

3) En efecto, Ruiz Gallardo señala respecto de la gran dificultad para determinar el plazo:

“(…) además del cálculo del plazo, y en particular cuando se trata de la aplicación de la ley luego de la reforma del año 1972, es necesario determinar si estos autores tuvieron o no hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado con una imposibilidad definitiva para desarrollar algún trabajo.”¹⁴⁸

Los motivos del legislador para regular los efectos de la ley en ese sentido se encuentran resumidos en el siguiente párrafo:

“En efecto, vuestra Comisión estimó justo que, en caso que sea el cónyuge sobreviviente el adjudicatario del derecho de autor perteneciente al causante, dicho cónyuge goce de protección en cuanto a ese derecho mientras viva, aunque su supervivencia se extienda por un plazo superior a 30 años contado desde el fallecimiento del autor.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ Rúiz Gallardo, Claudio. Acceso a la cultura... op.cit.

¹⁴⁹ Historia de la ley 17.336.

4) Desde luego, al tratarse la propiedad intelectual como un derecho patrimonial, para la doctrina chilena existe entonces, un derecho adquirido para todos aquellos beneficiados por ley, mientras subsista el plazo.

5) En efecto, en lo tocante al derecho de propiedad intelectual, la existencia de su vertiente patrimonial, depende exclusivamente de la vigencia del plazo.

6) Lo anterior, implica que aplicada la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, mientras su adquisición (originaria o secundaria) se sigue rigiendo por la regulación que permitió el ingreso al patrimonio, su extinción se regirá por la nueva ley.

7) En conclusión, las leyes que regulan el plazo se refieren a su extinción, motivo por el cual, rigen en el acto. Actualmente, todos los derechos de autor tienen una protección hasta por 70 años desde la muerte del creador.

8) La dificultad para calcular el plazo, debe ser reformulada entonces, pues consiste precisamente en determinar si, existen o no cónyuge o hijas solteras o viudas o casadas con imposibilitado definitivamente para el

trabajo,¹⁵⁰ cuya titularidad se mantenga vigente, es decir, hayan adquirido el derecho de autor por causa de muerte y hace menos de 70 años.

9) La consecuencia de lo anterior, consiste en que la dificultad del cálculo del plazo se remite a identificar al titular originario. Existirán algunos casos en los cuales, el derecho de autor habrá durado más de setenta años a causa de la subsistencia de alguno de los miembros del grupo de protección. Lo cierto es que, al regular la extinción del derecho en los términos descritos, se provoca de suyo una afectación esencial al derecho patrimonial de autor, que permitiría accionar solicitando una debida reparación. Pero eso no es óbice para la aplicación de la ley, en armonía con lo dispuesto en la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

10) Las dificultades para determinar al titular originario se intentaron resolver en el capítulo referido al autor desconocido o anónimo. Agréguese a dichas conclusiones, lo dispuesto en el artículo 14 N° 4 en relación al inciso final del artículo 11, todos de la Ley 17.336, que permite concluir que, tanto la voluntad del autor respecto a mantener la obra inédita, bajo

¹⁵⁰ Para facilitar la explicación, se denominará a estos sujetos de derecho como “grupo de protección”, pues efectivamente la ley se puso en la hipótesis de idear un sistema que permita proteger a dicho grupo después de la defunción del marido sostenedor.

anonimato, o bajo seudónimo, no tiene valor una la obra pasare a régimen de dominio público.

La tabla N° 01 sirve para responder la regulación vigente para adquirir la ley en un tiempo determinado. Si se quiere examinar una obra intelectual creada con fecha 17 de Octubre de 1972, habrá que estarse a la ley 17.336 de 1970, sin modificaciones.

También ayuda a dilucidar, la regla aplicable para la extinción del plazo. La obra creada el 17 de Octubre de 1972 sufre así una prórroga al día siguiente y, así hasta que finalmente se extinga el plazo atendida la regulación de la norma vigente.

Misma forma de cálculo sirve para las obras en colaboración, siempre desde la muerte del último de los autores.

La tabla N° 02 ayuda a responder las mismas preguntas, relativas al autor desconocido o anónimo.

La tabla N° 03 entrega respuestas para determinar el plazo de protección en razón del objeto y la modalidad de autoría.

N° 01	¿Cómo se adquiere?		¿Cómo se extingue?	
Ley	Desde	Hasta	Plazo	
9.549	21 de Enero de 1950	02 de Octubre 1970	de	De por vida más cincuenta años de
17.336	02 de Octubre 1970	de 18 de Octubre 1972	de	De por vida más treinta años. De por vida si se adjudica el cónyuge sobreviviente. Treinta años para interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos; de la transmisión para las emisiones de los organismos de radiodifusión y de la realización del espectáculo para las ejecuciones o interpretaciones.
17773	18 de Octubre 1972	de 17 de Septiembre de 1992	de	De por vida más la de su cónyuge, hijas solteras, viudas o casadas con imposibilitado definitivamente para el trabajo. Treinta años para herederos, legatarios o/y cesionarios. *Efecto retroactivo sólo para cónyuges e hijas.
18597	05 de Marzo de 1990			Otorga titularidad a las personas naturales o jurídicas por los programas computacionales creados por sus dependientes. En caso de ser jurídica, la protección dura 30 años.
19166	17 de Septiembre de 1992	de 19 de Noviembre de 2003	de	De por vida más cincuenta años. Al vencimiento de dicho plazo, de existir cónyuge o hijas solteras o viudas o casadas con imposibilitado definitivamente para el trabajo, hasta fallecimiento último sobrevivientes. *Efecto retroactivo sólo para cónyuge e hijas. Paternidad e integridad ad eternum ¹⁵¹ .

¹⁵¹ La modificación señalada impone un requisito para el uso y utilización del dominio público. El derecho moral de autor, si bien bajo ningún aspecto puede considerársele propiedad, debe entenderse regulado como propiedad – es transmisible - situación que lleva a concluir que, desde el 04 de Mayo de 2010, definitivamente existe una titularidad atemporal para exigir se respete la paternidad y la integridad. Esta conclusión es refutable, en tanto la repuesta correcta dependerá de la naturaleza que se tenga sobre estos derechos, y la consiguiente regulación que debiere aplicársele.

19914	19 de Noviembre de 2003	de	04 de Mayo de 2010	Aumenta lo anterior a setenta años, incluyendo derechos conexos. *Sin efecto retroactivo.
20435	04 de Mayo de 2010	Hasta fecha	la	Elimina mención a cónyuges e hijas sobrevivientes. Aumenta el plazo relativo a programas computacionales a setenta años.

Fuente: Elaboración propia.

N° 02	¿Cómo se adquiere?		¿Cómo se extingue?	
	Ley	Desde	Hasta	Plazo
17.336	02 de Octubre de 1970	18 de Octubre de 1972	de	Por treinta años desde la primera publicación. Si se da a conocer, véase el mismo casillero en la tabla N° 01.
19166	17 de Septiembre de 1992	Hasta fecha	la	Por cincuenta años desde la primera publicación. Si se da a conocer, misma regla anterior.
19914	19 de Noviembre de 2003	de	04 de Mayo de 2010	Setenta años desde la publicación. Si se da a conocer, misma regla anterior. Si falta publicación autorizada y dentro de plazo de 50 años desde la fecha de la creación de la obra, el plazo será de setenta años.

Fuente: Elaboración propia.

Lo anterior debe ser leído en armonía con el artículo 80 introducido por la Ley 20.435, que castiga la arrogación o falsa atribución de paternidad sobre obras de dominio público, de cuya lectura se puede concluir que faltar a la integridad no constituye un delito contra la propiedad intelectual, mas sí lo relativo a la paternidad.

N° 03 Pregunta	Orientación a la respuesta
1) ¿Qué objeto de derecho de autor?	Revise el artículo tercero de la Ley 17.336 Determine si se trata de un derecho conexo (art. 65 y 70 Ley 17.336)
2) ¿Qué tipo de modalidad de autoría vincula a la obra?	<p>a) Individualmente</p> <p>a1. Anónimo o seudónimo: 70 años desde la primera publicación.</p> <p>a2. Anónimo o seudónimo sin publicación autorizada dentro de plazo (50 años desde creación): 70 años desde el año civil de creación.</p> <p>b) Con ocasión de una relación laboral:</p> <p>b1. Caso del N° 16 del art. 3 Ley 17.336: Sólo desde el 05 de Marzo de 1990, el titular es la persona jurídica empleadora y, por 70 años desde la publicación.</p> <p>c) En colaboración: 70 años desde la muerte del último autor.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Capítulo 9

Cuarto nivel: dominio público voluntario

Respecto del presente tema, baste con señalar que, en la práctica se constituye a través de “licencias” otorgadas a quien le interese, bajo los modelos copyleft o bien creative commons.

Estas licencias son verdaderas ofertas de contratos de adhesión, cuyas estipulaciones son propuestas por el autor o autores, en base a modelos de licenciamiento administrados por organizaciones como Creative Commons o la Free Software Foundation y, tienen como objeto esencial que la propiedad sobre el producto de su ingenio no sea obstáculo para su acceso por el público, formando así parte del movimiento “Cultura Libre”.

Lo anterior encuentra su límite en el ordenamiento nacional, respecto a los derechos morales, los cuales si bien son transmisibles, son inalienables, es decir, no son ni podrían ser comerciales. Ni siquiera la prescripción podría convalidar un acto jurídico sobre ellos.

Desde la modificación al artículo 11 introducida por la N° 19.166, los derechos morales de paternidad e integridad son atemporales y, a la vez, irrenunciables, por lo tanto, no existe voluntad ni plazo alguno que puedan definitivamente dejarlos sin efecto.

Para todo lo demás, rige lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, por lo que en calidad de derechos disponibles, el titular podrá, a su voluntad, ofrecer la obra protegida en la forma que mejor le parezca o se condiga con sus intereses.

Capítulo 10

Dominio público, Institucionalidad y Democracia Semiótica.

Durante la discusión de la Ley N° 17.336, sobre el patrimonio cultural común, se dijo que:

“La colocación en el dominio público de las obras extranjeras sólo favorece a los empresarios que aprovechan la obra artística, industriales del fonograma y grandes comerciantes, y no al público, ya que los precios no son menos prohibitivos para éste porque el industrial no pague cierto derecho. El público paga igual y el productor del disco gana más. Y los autores nacionales se ven así expuestos a una competencia desfavorable. Ello afecta a sus expectativas y posibilidades; y afecta también a la cultura nacional, ya que la voracidad mercantil de las grandes empresas no titubea en seguir inundando el país con producciones extranjeras de valor

ínfimo o nulo y en continuar con el martilleante sistema de promoción de ventas por medio de los "rankings" semanales".¹⁵²

En efecto, el régimen de propiedad del recurso por sí solo, no implica nada. Se debe entender dentro de un esquema más amplio, integrando nociones relativas a quiénes son los que lo explotan y, luego, cómo debe ser dicha explotación.

¹⁵² Historia de la Ley 17.336 Senador Contreras. P. 196.

10.1. El rol de la Institucionalidad del Dominio Público

Aquella normatividad estará necesariamente impregnada de una orientación, constituida por un bien jurídico. Si éste es el tráfico de bienes, entonces existirá una protección fuerte con pocas excepciones. Estas últimas, aparecerán matizadas al conjugar dicho bien jurídico con otros, como por ejemplo el acceso a la cultura, la creatividad, etc.

El dominio público, a su vez, también aparecerá como un producto del elemento central, esto es el derecho de autor, coexistiendo como una especie de cofre desde el cual, se puede libremente recoger para crear, pero también para comercializar. Es, en efecto, la tierra prometida de los escolásticos, sin fronteras ni aduanas para salir, pero con grandes muros para entrar.

Si el interés público finalmente fuera otro, el centro de gravedad se movería desde el derecho de autor hacia las excepciones, el dominio público o bien su ausencia, pero lo anterior no garantiza por sí la concreción de nada más que un cuerpo normativo con distinto enfoque.

Se puede concluir entonces, que resulta necesario, una institucionalidad que asuma un rol, y no una titularidad, sobre las obras intelectuales. Falta responder qué institucionalidad y para qué fin.

Dusollier¹⁵³ comparte cuatro principios para un dominio público sólido, haciéndolos consistir en los siguientes:

1. Necesidad de certidumbre en la identificación del material de dominio público
2. Necesidad de disponibilidad y durabilidad del material de dominio público:
3. Principio de no exclusividad, prohibición formal de mercantilización o reconstitución privada de elementos de dominio público.
4. Principio de no rivalidad, amparado por la ley y aplicable al dominio público o uso efectivamente colectivo de los recursos de dominio público.

En conclusión, identificar, conservar y promover el uso del dominio público, reconociendo la autora que, se trata de una posibilidad de regularlos bajo el prisma de los bienes comunes, posición que como se

¹⁵³ Dusollier, Severine. Estudio exploratorio... op. cit.

expuso antes, busca demostrar que, para el caso de las obras intelectuales, es posible y eficaz una explotación del recurso en un régimen común, sin restricción de acceso.

Recordemos que, al tratar sobre las tragedias de los comunes y anticomunes, se expuso que los autores reseñados explicaban el rol fundamental de la comunicación entre los individuos como posibles consumidores, en mérito de que éstos internalicen los costos de sus conductas para la comunidad.

La comunicación como clave en el manejo de un recurso, se explica en la esperanza que ésta sea fecunda para generar una coordinación, o en otras palabras, se espera de ellos la elaboración de normas que permitan fundar una institucionalidad que regule el recurso y que cumpla con las funciones recién mencionadas.

10.2. La Democracia Semiótica como Fundamento del Dominio Público.

Queremos desarrollar un enfoque más allá del derecho de autor, para analizar las consecuencias políticas del dominio público. Para ello usaremos el concepto acuñado como “democracia semiótica”, cuya autoría se atribuye a John Fiske,¹⁵⁴ y que nace en relación a las audiencias televisivas, las cuales podrían escoger la parrilla programática mediante la sumatoria de sus preferencias.

La autora Katyal busca una redefinición de dicho concepto, ahora integrando la idea de dominio público, señalando que actualmente, éste consiste en la posibilidad para todos por igual de participar en la vida cultural de la sociedad. Aclarando la noción de participar, cita en su apoyo al profesor Terry Fisher, el cual define la participación en la vida cultural, como la posibilidad de crear contenido de significación cultural (cultural meaning)¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Fiske, John, *Television Culture*. London: Routledge, 1987.

¹⁵⁵ Katyal, Sonia, *Semiotic Disobedience*. *Washington University Law Review*, Vol. 84, No. 2, 2006; *Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1015500*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1015500>

Señala que en un mundo donde el símbolo cultural es impuesto, la posibilidad de disentir y generar o repensar el símbolo cultural, es una primera consecuencia de cualquier concepto de dignidad humana.

Desde esa perspectiva, debe entenderse por impuesto, a modo de ejemplo, la publicidad, la música y arte comercial, los libros éxitos de venta, paradigmas científicos vigentes, en definitiva, todo aquello que se promueva por sí mismo, con espacios físicos y reales destinados para ello.

La democracia semiótica como concepto contiene además, elementos propios del concepto de autoría en la literatura postmoderna. En palabras de Joo, desde inicio de la década de los noventa que, académicos relacionados a la propiedad intelectual vienen señalando que actualmente, el significado de un texto se construye no sólo desde su autor, si no también, desde la audiencia que es capaz de interactuar con él.¹⁵⁶

Para sistematizar la exposición, nos referiremos en primer lugar a la afirmación relativa a la existencia de símbolos impuestos, en segundo lugar

¹⁵⁶ Joo, T. W. (2011). True Believer. *UCDL Rev.*, 45, 1823. Disponible en [http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/45/5/Articles/45-5_Joo.pdf] al 20 de Mayo de 2014,

al contexto creativo y en último lugar a la construcción del concepto de democracia semiótica.

En primer lugar, es evidente la pre-existencia de símbolos culturales en relación al individuo. Los símbolos, para Lotman,¹⁵⁷ adoptan la función de mecanismos de unidad al realizar la memoria que el colectivo tiene de sí, impidiendo que la memoria se disperse en estratos aislados cronológicamente. Prosigue señalando que, la unidad del conjunto básico de símbolos dominantes y su permanencia en la vida cultural, definen de manera esencial las fronteras nacionales y territoriales de una cultura. Continúa explicando que, la permanencia del símbolo, se encuentra en la medida de su indefinición con lo que ofrecen como contenido, es decir, la sobrevivencia del símbolo se encuentra determinada por su capacidad de adaptarse y, para ello, debe limitarse a sugerir contenidos o significados antes que ofrecer definiciones concretas (expresiones).

¹⁵⁷ .M. Lotman. El símbolo en el sistema de la cultura. Forma y Función, núm. 15, diciembre, 2002

Universidad Nacional de Colombia Colombia. Disponible en [http://www.redalyc.org/pdf/219/21901505.pdf] Al 20 de Abril de 2014.

Finaliza enseñando que, en definitiva símbolo existe con anterioridad al texto dado y con independencia del mismo, siendo la reminiscencia, la referencia y la cita parte orgánica de un texto nuevo, siendo esta parte orgánica funcional sólo en su propio tiempo (sincronía). Estos últimos elementos, mueven desde el texto hacia la memoria, mientras que el símbolo viene de la memoria hacia el texto.

En conclusión, si el símbolo es independiente del texto, entonces también lo es respecto del autor. La creatividad del autor por sí sola no es capaz de desafiar la oferta simbólica preexistente. Es necesario que dicha creatividad sea puesta al servicio de alguna audiencia, para que en conjunto con ella, pueda desafiar al símbolo cultura.

Ahora bien, falta poner en contexto este escenario de creatividad. Silva Etcheto y Brown Sartori, refiriéndose a la literatura, explican que ésta surge como forma discursiva en el interior de un modo de información determinado, lo que explica que ésta constituya un modelo de intercambio comunicativo y que permite reconocerla. Lo anterior fuerza a concluir que, existe un elemento histórico que depende de la tecnología a través de la cual

se desarrolle este modelo de intercambio comunicativo que llamamos literatura.¹⁵⁸

Autores como Roland Barthes, Michael Foucault y Umberto Eco, han desarrollado, cada uno, posturas postmodernas desde la literatura en la cual, respectivamente, se anuncia la desaparición del autor y sus mensajes unívocos, ora la continua pero inalcanzable desaparición del autor el cual pasa a formar parte del discurso mismo, ora la presencia de un autor real y otro textual, que representa lo que ha querido expresar, entre los cuales aparece otro liminal o “en el umbral” que permite la apropiación del símbolo por parte de la audiencia.¹⁵⁹

Actualmente, la velocidad de los medios de comunicación y su uso masivo, han trastornado estos conceptos que son punto común en la teoría literaria, el derecho de autor y la teoría de la democracia semiótica. La separación del

¹⁵⁸ Silva Echeto, Víctor, & Browne Sartori, Rodrigo. (2006). LITERATURA Y CIBERESPACIO: "CREACIÓN" DE SIMULACROS Y SIMULACROS DE "CREACIÓN". *Revista chilena de literatura*, (69), 137-147. Recuperado en 03 de junio de 2014, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22952006000200009&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-22952006000200009.

¹⁵⁹ Fumaz, R. B. Muerte del autor y literatura digital. Disponible al 04 de junio de 2014 en [<http://revistadefilosofia.com/44-07.pdf>]

autor como emisor con la del lector como receptor se desvanece cada vez más.

Von Werder,¹⁶⁰ explicando al autor Jean Baudrillard señala que, en los bienes de consumo, se vuelve cada vez más importante el valor de signo y no su valor intrínseco. La más elevada función del signo es, según él, "hacer desaparecer la realidad, y enmascarar al mismo tiempo esa desaparición".¹⁶¹ Además, en las culturas posmodernas, las tecnologías y los medios de comunicación llegan a modificar radicalmente la percepción y las experiencias de las personas. Ambos factores contribuyen para la creación de lo que Baudrillard denomina como "hiperrealidad".

La realidad es invadida y remplazada por el simulacro. Para ilustrar lo que entiende por simulacro, Baudrillard toma como ejemplo una enfermedad simulada a diferencia de otra fingida. El médico puede determinar quién finge, mas no quien simula porque éste desarrolla los mismos síntomas característicos de la enfermedad. De esta manera, "fingir (...), deja intacto el

¹⁶⁰ von Werder, Sophie Dorothee. (2013). ¿FICCIÓN O HIPERREALIDAD?: UN ESTUDIO COMPARADO DE LOS RELATOS "TLÖN, UQBAR, ORBIS TERTIUS", DE JORGE LUIS BORGES Y "LA SALIDA", DE DANIEL KEHLMANN. *Literatura y lingüística*, (28), 107-121. Recuperado en 04 de junio de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-58112013000200007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-58112013000200007&lng=es&tlng=es)

¹⁶¹ Von Werder, Op. Cit. 1996: 17.

principio de realidad: hay una diferencia clara, sólo que enmascarada".¹⁶²

Cuando hay un simulacro, en cambio, distinguir entre lo verdadero y lo falso, la realidad y la ficción, se hace imposible. La verdad y la realidad desaparecen, se extinguen, y solamente quedan los simulacros, copias sin original, la hiperrealidad.

Silva Etcheto y Brown Sartori señalan que, en el caso del ciberespacio, el objeto-obra agoniza, sacrifica su dignidad ontológica, perdiendo sus rasgos individuales y dimensiones expresivas. La cibercultura define un universo virtual, simulado y especular. La obra de arte ya no se reproduce, sino que la copia se apoderó de todo el escenario. El criterio de autoridad del autor se desvanece en la construcción hipertextual, al igual que la jerarquía estructural del texto. Sin embargo, al mismo tiempo, permite la posibilidad de creación interactiva, en la cual el lector mismo construye significados, desdibujando su papel de figura pasiva tradicional al hablar de literatura.¹⁶³

¿Cómo hacer entonces para prevalecer en la audiencia generada? Los autores que crean en los actuales medios de comunicación, deben resolver

¹⁶² Baudrillard...formaterar nota (1978: 12)

¹⁶³ Silva Echeto, Víctor, & Browne Sartori, Rodrigo. (2006). LITERATURA Y CIBERESPACIO, op. cit.

el problema de lograr construir para ellos un podio o lugar desde el cual dirigirse a su público.¹⁶⁴

Las conductas para lograr audiencia, son reconducibles a dos tipos: el “routing around”, quienes buscan interactuar con contenidos propios hacia la audiencia y, el “glooming on”, consistente en apropiarse de algo existente para formar público, por ejemplo los fan fiction.¹⁶⁵

Estos nuevos contenidos entonces, amenazan a los antiguos controladores de la oferta cultural, situación que tiene como efecto, por una parte, que los oferentes dominantes busquen mantener el control ejerciendo sus derechos de propiedad intelectual, y por otra, que los contenidos nuevos sean seleccionados en virtud de su velocidad o capacidad comercial para ser apropiados por el oferente dominante.

Sirva como ejemplo de lo anterior, el típico caso del rostro de Ernesto el “Che” Guevara, quien pasara a ser un símbolo político a moda en tricotas veraniegas. En este ejemplo, puede apreciarse como la reflexión sobre el ícono cede ante la necesidad de consumo.

¹⁶⁴ Balkin, Jack. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society.

¹⁶⁵ Balkin, op. cit.

Se amenaza entonces la idea de proyección de la personalidad del autor sobre la obra. Las obras con derecho de autor, opacan y esconden a otras más lentas, de complejidad mayor, reduciendo la posibilidad real de generar contenido cultural propio, desde la persona o grupo de personas.

Desarrollando el factor tecnológico que enmarca el medio de transmisión que reconocemos como literatura, ocupado como ejemplo párrafos atrás, se caracteriza por la velocidad.

Sintetizando las profundas ideas sobre este concepto que ha elaborado Paul Virilio,¹⁶⁶ importa señalar que, ésta no es un fenómeno en sí, pues se asocia al movimiento de algo (trayecto), pero que mediatiza nuestra experiencia sobre ese objeto, influye en nuestra percepción. Señala además que, al acelerar la percepción, se pierde extensividad por intensidad, primando el tiempo sobre el espacio. Indica que, un ejemplo concreto de lo anterior se encuentra en el ciberespacio donde ya ha desaparecido el cuerpo somático, cada día se hace más difuso, haciendo uso de conceptos de Umberto Eco,

¹⁶⁶ Ríos, M. H. (2013). PAUL VIRILIO. VELOCIDAD Y COMUNICACIÓN. *Revist@ dministrare*, 2(3). Disponible en [<http://revistadministrare.fade-fusm.com.co/index.php/administrare/article/view/53>] al 04 de Julio de 2014.

del autor textual, entregando la producción de significado al lector. Pero, ¿después qué?

Para Fisher¹⁶⁷ la adscripción a una teoría que busque una “cultura más atractiva” implica cohabitar dentro de aquel paradigma, que él mismo denomina “de planificación social”, con aquellos autores que se reconocen en la academia como propulsores del concepto democracia semiótica.¹⁶⁸

La primera conclusión, es que dicha corriente norteamericana de “planificación social” no logra responder a la pregunta recién formulada. Al definir la democracia semiótica como lo hacen, únicamente se centran en el lector al “recodificar”, es decir, al apropiarse del contenido. Omiten explicar luego, como es que ese contenido recodificado vendría a suponerle al individuo la dignidad de generar contenidos y espacios culturales propios, teniendo en cuenta el tema tratado sobre la autoría.

La desaparición del autor afecta tanto a éste como a los lecto-autores que se apropien de su contenido.

¹⁶⁷ Ver nota al pie N° 15

¹⁶⁸ Ver nota al pie N° 11 y 12 del texto de Fisher.

En esta misma idea, Joo ha señalado que la democracia semiótica, no representa un concepto novedoso, en tanto no desafía el estado de las cosas, incluso las fomenta, puesto que varios de esos contenidos luego son reapropiados por el mercado. Agrega que, la idea de relajar normas de propiedad intelectual para permitir la recodificación, podrían rozar la esencia de ésta en tanto práctica desafiante de un orden.¹⁶⁹

¿Después qué? Recordemos que Braudillard ya nos adelantó que detrás de este proceso de “simulacros” generados con ocasión de esta revolución tecnológica, se esconde el mercado. Lo anterior, no implica un juicio moral, antes es un reconocimiento a la capacidad plástica del capitalismo.

El derecho de autor, actualmente se justifica en tanto, en el momento genético de alguna creación intelectual, se hayan podido identificar y distribuir derechos que más temprano que tarde son concentrados en los grandes oferentes del mercado, los líderes de la industria cultural.

La democracia semiótica a la cual se refieren Fisher, Katyal y el resto de los autores citados, no desafía ni varía en nada el estado de las cosas.

¹⁶⁹ Joo, T. W. (2011). Remix Without Romance. *Conn. L. Rev.*, 44, 415. Disponible en [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/davlr45&div=54&g_sent=1] al 20 de Mayo de 2014.

La esperanza se encuentra en complementar el concepto de democracia semiótica con una institucionalidad robusta sobre el dominio público del derecho de autor, que realice las siguientes funciones:

1) Se requiere una institucionalidad que identifique, conserve y ofrezca obras intelectuales en régimen de dominio público.

2) Por identificar, se debe entender que debe llevar registro y también esclarecer situaciones en las cuales no exista claridad respecto de la titularidad.

3) Por conservar, se debe entender la actividad material de catalogar, clasificar y mantener las obras.

4) Por ofrecer, se refiere precisamente a la puesta en disposición de dichas obras, pero también, y lo más importante, a la formación de audiencias para ellas, mediante programas e infraestructura que permita y aliente al individuo a buscar, más allá de lo inmediato, el autor y la personalidad detrás de la obra, entregando herramientas para que el auditor reconozca y aprehenda el significado de la obra en su integridad.

5) El aumento del plazo de protección encuentra su fundamento en la aceleración del ambiente cultural, en la política del incentivo para la creación, asumiendo una postura general para creadores por sí diversos, pero lo peor de todo, forzándolos a un ambiente donde el riesgo a desaparecer es siempre creciente. La regla del plazo, que regula la explotación del recurso, no restringe el acceso a una obra específica, pero “comodifica” la oferta general de obras, dificultando el acceso a otras obras menos “visibles”.

6) No existe fundamento para que todas las obras tengan el mismo plazo de protección. El plazo debiera estar condicionado al ejercicio del derecho luego de la publicación.

7) Las obras de conocimiento ancestral de los pueblos originarios requieren ser consultadas para determinar su régimen, tal como actualmente se elaboran frente a contingencias de índole medioambiental. La institucionalidad del dominio público del derecho de autor debe consultar y fomentar espacios de expresión de los pueblos originarios conducentes a explicar y exponer sus conocimientos ancestrales como mejor puedan ellos decidirlo.

Conclusiones

1) Existen cuatro corrientes filosóficas que explican el derecho de autor: fundadas en el trabajo, utilitaristas, personalistas y de planificación social.

Las fundadas en el trabajo, descansan sobre el trabajo de Locke, a pesar de que éste nunca se refirió al tema, acarreado por lo mismo sendos problemas para justificar la apropiación del bien intangible.

Los utilitaristas, descansan a su vez en Locke, gozan de gran aceptación, pero justifican la apropiación del bien intangible en un sistema de incentivos que no se justifica en la mayoría de los casos, salvo situaciones industriales y, en aquéllos encuentran dificultades para justificar la vigencia de la propiedad enfrentados a casos de necesidad, como por ejemplo una patente farmacéutica en un país en subdesarrollo.

Los personalistas reconocen las posturas anteriores, pero difieren en el sustrato de la apropiación del intangible, en tanto ésta se efectuaría por la voluntad y proyección personal del individuo autor sobre la obra. Desde esta postura, nacen los derechos morales.

Por último, iguales a los utilitaristas salvo en sus fines, están quienes adscriben a la teoría de la planificación social y buscan que la regulación de propiedad intelectual permita más y mejor conocimiento y cultura.

2) La argumentación de Locke es importante, porque los sistemas de copyright y derecho de autor se fundamentan discursivamente en su trabajo. Generado que fuere el derecho, basado en la libertad individual y lo sagrado del trabajo, se producen contextos históricos que permitieron terminar con la monopolización de los gremios de industria cultural en Inglaterra y en Francia, mediante la técnica de la temporalidad de la propiedad intangible.

Por lo tanto, si bien existen distintas opiniones, el dominio público del derecho de autor se viene a crear precisamente al consagrar la propiedad sobre el intangible.

3) El origen del dominio público y los fundamentos que desde Locke tiene el derecho de autor, vendrían a propiciar una visión negativa del régimen jurídico del dominio público, definido así como la ausencia de derecho de autor.

El concepto de dominio público se revaloriza al tomar fuerza los movimientos intelectuales a favor de los “bienes comunes”, surgidos en respuesta a la obra de Hardin, la tragedia de los comunes. En ella, se expone que la falta de comunicación entre individuos con acceso a un mismo bien consumible, impide la internalización de los costos que tiene para la comunidad el desgaste total de dicho bien, situación que se resuelve mediante la instauración de derechos de propiedad. A mayor abundamiento, existiría luego una tragedia de los anticomunes, definida por la existencia de derechos cuyo ejercicio impide el del otro titular, desperdiciándose el bien por falta de consumo.

Respecto a la primera tragedia, un activista de los bienes comunes, militará contra el monopolio que implica el derecho de autor sobre una expresión determinada, mientras que un activista del dominio público estará militando a favor del libre acceso y libertad de control de la obra intelectual.

Respecto a la segunda tragedia, resulta necesaria la implementación de licencias obligatorias y políticas para identificar a los titulares de derechos, respecto del uso y goce de obras intelectuales.

La exposición de ambas tragedias y sus soluciones, lleva a concluir que las regulaciones respecto a la fuente del recurso (acá obra intelectual) es y debe ser diferente a la explotación de ésta.

3) El dominio público es más complejo que la definición negativa entregada párrafos atrás. Puede y debe ser visto en cuatro niveles, según el factor de imputación del régimen de dominio público, esto es: Ontológico, según política pública, por extinción del plazo y voluntario.

4) El ontológico está compuesto por las ideas, las únicas expresiones posibles para una idea (doctrina de la fusión), los hechos y estándares (doctrina scenes a faire).

El dominio público ontológico se ve amenazado por derechos sobre las estandarizaciones (v.gr ISO) y las bases de dato no originales.

Respecto de este dominio público en particular, el Estado no goza de una titularidad propietaria, como en regímenes cuyo objeto son recursos tangibles, pero si tiene respecto de él un rol que se traduce en labores de policía, concretamente en los artículos 80 A y B de la Ley del ramo.

5) El dominio público por política pública comprende las obras de autor desconocido, incluyendo en él al acervo folklórico.

La doctrina ha interpretado que el autor desconocido se incluye dentro del acervo folklórico, expresamente *contra legem*, salvaguardando de esta manera posibilidad de confusión con el autor anónimo, concepto que contiene al de autor ignorado o desconocido, ignorando el artículo 13 de la Ley 17.336 que regula plazos de protección especiales para el autor desconocido y anónimo.

La primera conclusión entonces, es que tanto el autor desconocido como el anónimo se regulan bajo las reglas especiales del artículo 13 de la citada Ley. La segunda, consiste en que la transferencia y transmisión del derecho de autor, sea cual fuere la naturaleza de la inscripción, puede reconstruirse mediante registros públicos o instrumentos públicos, por lo que, de no existir, será carga probatoria de quien alegue la vigencia de su derecho de autor. De esta manera, sumado a la petición de protocolos de búsqueda del titular, se resuelve de forma definitiva el problema de las obras huérfanas.

Respecto de las obras dentro del acervo folklórico, la conclusión consiste en la necesidad de generar consultas, tal cual como se hace en el área

medioambiental, pues se estaría discutiendo sobre la posibilidad de “comodificar” un recurso propio de dichas comunidades, cuál es su conocimiento ancestral. Debiera existir una institución de dominio público que, en aras de una idea de democracia semiótica real y efectiva, permita la exposición del conocimiento ancestral en los términos que las comunidades decidan, permitiendo que éstas se hagan cargo de explicar y presentar dichos conocimientos.

Respecto de esta categoría, el Estado puede intervenir en tres casos: como heredero, como titular por obra de sus funcionarios y por último como expropiador. Por supuesto, también puede participar dentro del tráfico jurídico, comprando patentes.

Respecto de la primera situación, el Estado pasa efectivamente a ser titular según las reglas generales del derecho sucesorio. Respecto de la segunda situación, importa matizar dicha titularidad con la Ley de Transparencia, mediante la cual se declaran de acceso público las informaciones de organismos de la administración del Estado, estableciendo un procedimiento para su acceso. Respecto del tercer caso, si bien se encuentra regulado constitucionalmente en garantizando el derecho de

propiedad que subyace al derecho de autor, la propia ley establece que la expropiación es un factor de imputación a régimen de dominio público, perdiendo todo sentido y armonía, siendo imposible para el Estado ser titular al expropiar.

6) La categoría de dominio público por expiración de plazo, se encuentra compuesto por aquellos intangibles cuyo derecho de autor haya expirado en razón del tiempo.

Para determinar cuál es el tiempo aplicable a cada obra, se hace necesario responder quién es el titular originario, en qué momento adquirió el derecho, si transfirió o transmitió encontrándose vigente dicho derecho, determinar cuándo ocurre la adquisición del derecho por parte del titular secundario y, cuál es el plazo legal vigente.

Todo esto, en razón de que la propiedad intelectual se regula como si fuera realmente una propiedad, motivo por el cual los derechos adquiridos se mantienen como tal a pesar de la ley nueva, pero se regulan por ella para su extinción. Entonces, todo derecho vigente se rige por la actual Ley del ramo. Si el derecho se encuentra vigente y el plazo de setenta años, que se

cuenta desde la muerte del autor, se encuentra en su año sesenta y nueve, entonces el próximo vence y pasa la obra a dominio público.

Además, analizando los hechos cuya verificación echan a andar los plazos, puede concluirse que la protección por el sólo hecho de la creación no es una máxima vigente para todos los casos, como son los regulados en los artículos 13, 65 y 70 de la Ley del ramo.

7) El dominio público requiere una institucionalidad para ser funcional y consagrar el principio de democracia semiótica. En su versión norteamericana, este concepto olvida responder qué ocurre después de que el auditor se apropie y convierta los contenidos culturales. Aquí se propone resolver dicha omisión señalando al dominio público como una instancia en la cual pueden las audiencias encontrar ofertas sin velocidad en su transmisión comunicacional, lo que implica que prevalece su sentido, permitiendo conocerlas y aprehenderlas. Se propone lo siguiente para la referida institucionalidad:

a) Se requiere una institucionalidad que identifique, conserve y ofrezca obras intelectuales en régimen de dominio público.

b) Por identificar, se debe entender que debe llevar registro y también esclarecer situaciones en las cuales no exista claridad respecto de la titularidad.

c) Por conservar, se debe entender la actividad material de catalogar, clasificar y mantener las obras.

d) Por ofrecer, se refiere precisamente a la puesta en disposición de dichas obras, pero también, y lo más importante, a la formación de audiencias para ellas, mediante programas e infraestructura que permita y aliente al individuo a buscar, más allá de lo inmediato, el autor y la personalidad detrás de la obra, entregando herramientas para que el auditor reconozca y aprehenda el significado de la obra en su integridad.

f) El aumento del plazo de protección encuentra su fundamento en la aceleración del ambiente cultural, en la política del incentivo para la creación, asumiendo una postura general para creadores por sí diversos, pero lo peor de todo, forzándolos a un ambiente donde el riesgo a desaparecer es siempre creciente. La regla del plazo, que regula la explotación del recurso, no restringe el acceso a una obra específica, pero

“comodifica” la oferta general de obras, dificultando el acceso a otras obras menos “visibles”.

g) No existe fundamento para que todas las obras tengan el mismo plazo de protección. El plazo debiera estar condicionado al ejercicio del derecho luego de la publicación.

h) Las obras de conocimiento ancestral de los pueblos originarios requieren ser consultadas para determinar su régimen, tal como actualmente se elaboran frente a contingencias de índole medioambiental. La institucionalidad del dominio público del derecho de autor debe consultar y fomentar espacios de expresión de los pueblos originarios conducentes a explicar y exponer sus conocimientos ancestrales como mejor puedan ellos decidirlo.

Bibliografía.

- LIPSZYC, D., “*Derecho de autor y derechos conexos*” Unesco-Cerlac-Zavala, 1993, Buenos Aires, Argentina.
- MERGES, R., Locke for the Masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity (January 5, 2009). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1323408> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1323408> al 25 de Mayo de 2013.
- SAN EMETERIO MARTIN, N., (2004). *La doctrina económica de la propiedad: de la Escolástica a Adam Smith* (Doctoral dissertation, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones).
- CHANDER, A., The New, New Property. *Texas Law Review*, Vol. 81, No. 3, February 2003. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=418853> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.418853> al 23 de Noviembre de 2013.
- STENGEL, D., La propiedad intelectual en la filosofía. *Revista de Propiedad Inmaterial*. Universidad Externado de Colombia. ISSN 1657-1959 No. 8 2004 pág. 71-106 disponible en

<http://comunicaciones.uexternado.edu.co/revistas/index.php?journal=propin&page=article&op=view&path%5B%5D=1228>] al 30 de Abril de 2013.

- GINSBURG, J., (2006). “Una chose publique? The author’s domain and the public domain in early British, French and US copyright”. The Cambridge Law Journal, 65, pp 636-670.
doi:10.1017/S0008197306007252. Disponible en:
<http://ssrn.com/abstract=928648> al 24 de Junio de 2013.
- PABÓN, J., “Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos”. Revista La Propiedad Inmaterial n° 13 año 2009. ISSN digital: 2346-2116 Pp. 59-104 disponible en
[\[http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin\]](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin) al 26 de Agosto de 2013.
- DUSOLLIER, S. Estudio exploratorio sobre el derecho de autor los derechos conexos y el dominio público. Estudio para la OMPI. 7 de Mayo de 2010. Disponible en:
[\[http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf\]](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf) al 20 de Abril de 2013.

- _____ . "The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain" *Intellectual Property and Public Domain*. Ed. PL Jayanthi Reddy. Hyderabad: Icfai University Press,, 2009. 31-69. Disponible en : http://works.bepress.com/severine_dusollier/4 al 10 de Mayo de 2013.
- SAAVEDRA, R., "Apuntes sobre la configuración del derecho de autor" *Ius360: Blawg* May. 2012. Disponible en : http://works.bepress.com/renzo_saavedra/59
- HERNÁNDEZ, O. A. "El estado como necesidad racional y el derecho de propiedad en la teoría política de Kant." *InterSedes*, 2(2-3). 2011. Disponible en [\[http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66620303\]](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66620303) al 5 de Mayo de 2013.
- Habermas, Jurgen. La transformación estructural de la esfera pública. Disponible en https://7b343b1e-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/arditi02/Habermas_STRUCTURAL_TRANSF_PUBLIC_SPHERE.pdf?attachauth=ANoY7crSK6RPHCff04SaWBHYAQvOJ2afOg9tT_FelHd3VQ5MxoE5k5GxBakyihnDjH32

[UtYhPVrfLok-4QMfcdJRE0Gq-R-](#)

[YnWrGqrWwrp9jfDPyOCG5vkGHwxVGN0J2kADvEsLKvAJLVw](#)

[OALOsOIOKgKjMDaqot71J87PWwtbuW8ZnASaIAyuL1NlzT8PV](#)

[qEITEDmbqq7avia5cxC3VniHgIrvfrNICO9KY4PlvaQFK9jW2c8gf](#)

[drPdXEksOQMjd5nQEB9Q7A0n&attredirects=0](#)] al 25 de Abril de 2013.

- ANTEQUERA, R. “Base Jurisprudencial Cerlalc.” Disponible en: [<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar-TELMEX/>], consultado el 25 de Noviembre de 2013.
- REYES, María J. “Imagen y propiedad intelectual”. *Rev. Bol. Der.* [online]. 2013, n.15 [citado 2014-02-18], pp. 52-75 . Disponible en:
<http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2070-8157.
- BORGES, D., “Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual”. Disponible en [<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>] al 20 de Enero de 2014.

- LARRAGUIBEL, S., “Derecho de autor y propiedad industrial”.
Editorial Jurídica de Chile. 1979. Santiago.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS., Caso 11.571, Palamara Iribarne con Chile, 22 de Noviembre de 2005,
CIDH. Disponible en
[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf]
- MIRÓ, F., “El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado”
[Revista de Sociales y Jurídicas](#), ISSN-e 1886-6611, [Nº. 2](#),
[2007](#) (Ejemplar dedicado a: Las Nuevas Tecnologías), págs. 103-155
disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2266366> al 26 de
Mayo de 2013.
- MIROSEVIC, C., “Origen y evolución del derecho de autor con
especial referencia al derecho chileno” *Revista de Derecho*
(Valparaiso), núm. XXVIII, 2007, pp. 35-82, Pontificia Universidad
Católica de Valparaíso Chile, disponible en:
<http://www.redalyc.org/pdf/1736/173620169001.pdf> al 30 de Mayo
de 2013.

- ROSE, M., “Nine Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain”, 66 *Lay & Contemp. Probs.* 75 (Winter/Spring 2003) disponible en [] al 24 de Agosto de 2013.

_____ “The author as proprietor: Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship”. *Representations*, (23), 51-85.

Disponible en:

http://www.ihc.ucsb.edu/research/history_books/Author%20as%20Proprietor%20Reps%201993.pdf al 23 de Agosto de 2013.
- LESSIG, L. (2004). “Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity”. Penguin.

Disponible en:

http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-12-27.0970155237/libro-cultura-libre-de-lawrence-lessig/Culturalibre.pdf al 13 de Julio de 2013.
- TYLER, O., “Origins and Meanings of the Public Domain” , 28 U. Dayton L. Rev. 215 (2002), Disponible en:

<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/80> al 05 de Abril de 2013.

- SALAZAR, L., “Aproximación teórica a la naturaleza jurídica de los bienes intelectuales y del derecho de propiedad intelectual”, Propiedad intelectual, núm. 13, enero-diciembre, 2010, pp.50-71, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, disponible en [http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/artpdfred.jsp?;Cve=189017092004] al 15 de Septiembre de 2013.
- BERCOVITZ CANO, Rodrigo; et al. “Manual de Propiedad Intelectual”, 2ª Edición. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003. P. 30.
- COHEN, J., “Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain”. En “The future of the public domain”. Guibault & P.B. Hugenholtz, eds., pp. 121-166, Kluwer Law International, 2006; Georgetown Public Law Research Paper No. 663652. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=663652>
- HERRERA, D., “Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17.336 y sus modificaciones.” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Páginas 61 y ss.

- GARNER, B. editor jefe. Black's Legal Dictionary. Séptima edición, West Group, San Pablo, Minnessota, Estados Unidos.
- BOYLE, J., "Foreword: The opposite of property." *Law & Contemp. Probs.*, 66, 1. (2003).
- Hess, C., & Ostrom, E. (2003). "Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource." En, "*Law and contemporary problems*, 66(1/2)", 111-145.
- LITMAN, J., 'The Public Domain', 39 *Emory L.J.* 965-1023 (1990).
Disponible en
[\[http://law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf\]](http://law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf).
- SAMUELSON, P., "The story of Baker v. Selden: Sharpening the Distinction Between Authorship and Invention". En, *INTELLECTUAL PROPERTY STORIES*, Jane C. Ginsburg and Rochelle C. Dreyfuss, eds., Foundation Press, 2005. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=743545> al 10 de Mayo de 2013.
- _____, "Questioning Copyright in Standards". *Boston College Law Review*, Vol. 48, 2007; *UC Berkeley Public Law*

Research Paper No. 925044. Disponible en SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=925044> al 20 de Agosto de 2013.

- MURRAY, M., “Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works” (April 1, 2006). Illinois Public Law Research Paper No. 06-09 Published at: 58 Baylor L. Rev. 779 (2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=900148> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.900148> al 27 de Mayo de 2013.
- MADISON, A., “The Uncopyrightability of Jokes (February 1, 1997)”. San Diego Law Review, Vol. 35, pp. 111-134, 1998. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1552307> al 08 de Agosto de 2013.
- GRANT, K. Iso to require Royalties?. Disponible en <http://www.xml.com/pub/a/2003/09/24/deviant.html> al 20 de Agosto de 2013.
- SCHUSTER, S.. “Bases de datos originales y no originales.” Disponible en: [\http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Bases%20de%20

[datos%20originales%20y%20no%20originales.pdf](#)] al 30 de Agosto de 2013.

- _____ . “El autor ¿un concepto en crisis?”
Disponibile en:
[http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_4/El%20autor%20u%20n%20concepto%20en%20crisis-texto.pdf] al 25 de Noviembre de 2013.
- _____ . “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. En Velasco Santelices, Rodrigo y Morales Andrade, Marco, .coordinadores. Estudios de derecho y propiedad intelectual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- CÁMARA, S. “Últimas orientaciones sobre la protección jurídica de las bases de datos”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, I, enero 1999. Disponible en
[\[http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/basesdatos.html\]](http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/basesdatos.html) al 30 de Agosto de 2013.

- BECKERMAN-RODAU, A., “Ideas and the Public Domain: Revisiting *INS v. AP* in the Internet Age” (Febrero 2012). New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Vol. 1, p. 1, 2011; Suffolk University Law School Research Paper No. 11-61. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1977546> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1977546> al 07 de Septiembre de 2013.
- MONTT, S. “El dominio público.” Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago. 2002.
- SCHMITZ, C. “Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses”. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N| 22. Pp-342-367, año 2009.
- CERDA, A. “Hacia una dogmática del acceso en Chile, en “Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor”. Alberto Cerda Silva editor. Disponible en [<http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>] al 30 de Mayo de 2013.
- FERNÁNDEZ, C. “Aproximación al concepto de dominio público inmaterial en las invenciones y creaciones”. [Revista de](#)

[administración pública](#), ISSN 0034-7639, [N° 146, 1998](#), págs. 129-

155. Disponible en

[<http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1132>] al 30 de

Agosto de 2013.

- LERTORA, F. (2013). El sistema antártico y el derecho del mar. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114984> al 20 de Octubre de 2013.
- BENABOU, S. y DUSOLLIER. S, “Draw me a public domain”, en P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007.
- HUENCHUAN, S. “Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: objetos y enfoques de protección” en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 8, 2004 (pp. 81-96)
- MILLALEO, S. (2013). “Conocimiento mapuche y derechos de propiedad intelectual”. En *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión* (pp. 87-134). Universidad Diego Portales.
- CHANDER, A., & SUNDER, M. (2004). The romance of the public domain. *California Law Review*, 1331-1373.

- ROSE, C., "Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age" (2003). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1763.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1763
- MEZA-LOPEHANDIA, M., "Documento de Trabajo N° 9: Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas (Con especial referencia al derecho a la consulta)." Disponible en (<http://www.observatorio.cl/biblioteca/documentos-trabajo>) al 20 de Octubre de 2013.
- RUIZ, C., Hacia una dogmática para el acceso en Chile, en Cerda, Alberto (editor), Acceso a la cultura y derechos de autor (Santiago, ONG Derechos Digitales, 2008), pp. 31-53.
- RUIZ, C., en representación de Creative Commons, Chile. "Observaciones al proyecto que modifica la ley de propiedad intelectual 17.336. Boletín 5012-03." 14 de Noviembre de 2007. Historia de la Ley 20345.
- ORREGO, K., "Propiedad Intelectual del Estado y Dominio Público." Entrada en blog del Congreso Nacional. 17/12/2009.

Disponible en

<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/682597/Propiedad-Intelectual-del-Estado-y-Dominio-Publico-Nacional.html> al 20 de Noviembre de 2013.

- QUEMARLASNAVES. “Cómo matar de nuevo a Gabriela Mistral.” Entrada de fecha 20 de Agosto de 2007. Disponible al 20 de Noviembre de 2013 en [<http://www.quemarlarnaves.net>]
- ROFFE, P., y SANTA CRUZ, M., “Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados.” División de Comercio Internacional e Integración Santiago de Chile, abril de 2006, disponible en [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/25978/S70CI-L2527e-P.pdf>] al 20 de Noviembre de 2013.
- KATYAL, S., “Semiotic Disobedience.” Washington University Law Review, Vol. 84, No. 2, 2006; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1015500. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1015500>

- VIRILIO, P. “[De la revolución de los transportes a la revolución de las transmisiones](#)”. Madrid Cátedra 1997. Págs. 13-40.
- JOO, T. W. “True Believer”. *UCDL Rev.*, 45, 1823. (2011).
 Disponible en
[\[http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/45/5/Articles/45-5_Joo.pdf\]](http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/45/5/Articles/45-5_Joo.pdf)
 al 20 de Mayo de 2014,
 _____ ., “Remix Without Romance”. *Conn. L. Rev.*, 44, 415.
 Disponible en
[\[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/davlr45&div=54&g_sent=1\]](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/davlr45&div=54&g_sent=1) al 20 de Mayo de 2014.
- LOTMAN, M. “El símbolo en el sistema de la cultura. Forma y Función,” núm. 15, diciembre, 2002 Universidad Nacional de Colombia Colombia. Disponible en
[\[http://www.redalyc.org/pdf/219/21901505.pdf\]](http://www.redalyc.org/pdf/219/21901505.pdf) Al 20 de Abril de 2014.
- SILVA ETCHETO, V., y BROWNE SARTORI, R., “ Literatura y ciberespacio: Creación de simulación y simulacros de creación”
Revista chilena de literatura, (69), 137-147. Recuperado en 03 de

junio de 2014, de

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

[22952006000200009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22952006000200009&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-

[22952006000200009](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22952006000200009).

- FUMAZ, R. B. “Muerte del autor y literatura digital.” Disponible al 04 de junio de 2014 en [<http://revistadefilosofia.com/44-07.pdf>]
- VON WERDER, S. “¿Ficción o hiperrealidad?: Un estudio comparado de los relatos “Tlön, Uqbar, Orbis Tertius”, de Jorge Luis Borges y “La Salida” de Daniel Kehlmann”. *Literatura y lingüística*, (28), 107-121. Recuperado en 04 de junio de 2014, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-58112013000200007&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0716-58112013000200007
- BALKIN, J. “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society.”
- RÍOS, M. H. “Paul Virilio. Velocidad y Comunicación” *Revist@ministrare*, 2(3). Disponible en [<http://revistadministrare.fade->

fusm.com.co/index.php/administrare/article/view/53] al 04 de Julio
de 2014.