

**ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y LOS
DERECHOS CONEXOS Y EL DOMINIO PÚBLICO***

preparado por

Séverine Dusollier, profesora de la Universidad de Namur, Bélgica

* Las ideas y opiniones manifestadas en el presente estudio pertenecen únicamente al autor. El estudio no tiene por objeto reflejar los puntos de vista de los Estados miembros ni de la Secretaría de la OMPI (30 de abril de 2010).

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	UBICACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE AUTOR	6
A.	La noción de dominio público	6
1.	La definición tradicional de “dominio público”	6
2.	Limitaciones de la definición.....	7
i)	Distinción entre uso y acceso libres	7
ii)	Excepciones del derecho de autor	9
iii)	Información gubernamental de dominio público	10
iv)	Obras huérfanas y ediciones agotadas.....	11
v)	El dominio público y los conocimientos tradicionales	12
B.	La función del dominio público en la propiedad intelectual	13
C.	La historia del dominio público.....	14
D.	La justificación del dominio público.....	17
III.	ELEMENTOS QUE COMPONEN EL DOMINIO PÚBLICO	20
A.	Principios fundamentales.....	20
B.	La territorialidad del dominio público	21
C.	Clasificación de los diversos aspectos del dominio público a partir del objeto de protección .	21
1.	La idea/expresión o el dominio público de la ontología.....	21
2.	Los requisitos de la protección o el dominio público de los contenidos.....	23
i)	Originalidad	23
ii)	Fijación	24
iii)	Nacionalidad <i>de la obra</i>	24
3.	La duración de la protección o la temporalidad del dominio público.....	30
4.	Las creaciones excluidas o el dominio público por decisión política	36
i)	Textos oficiales.....	30
ii)	Noticias del día.....	31
iii)	Otras exclusiones.....	32
5.	La renuncia al derecho de autor o el dominio público voluntario	38
6.	Conclusiones provisionales sobre los elementos que integran el dominio público	40
D.	Relatividad del dominio público	35
1.	Derechos morales perpetuos	42
2.	Dominio público de pago	44
3.	La reconstitución del derecho de autor en algunas obras.....	46
4.	Derechos de propiedad	47
5.	Derecho a la intimidad.....	48
6.	Medidas tecnológicas de protección	48
7.	Derechos conexos	51
8.	Otros derechos de propiedad intelectual.....	52

IV. INICIATIVAS Y HERRAMIENTAS QUE PERMITEN UN MAYOR ACCESO, USO, IDENTIFICACIÓN Y	
A. <i>Copyleft</i> y licencias de código abierto o de libre acceso	49
1. Concepto	55
2. Presentación de los regímenes de licencia más importantes	50
i) Programas de código abierto	50
ii) El bien común creativo	51
iii) Acceso abierto para publicaciones científicas	55
3. Características esenciales de las licencias <i>copyleft</i>	55
i) La afirmación del derecho de propiedad intelectual.....	55
ii) El uso revertido de la exclusividad.....	56
iii) La ausencia de discriminación	57
iv) El efecto viral o efecto <i>copyleft</i>	57
B. Datos sobre el material de dominio público.....	58
C. Calculadores de dominio público.....	60
D. Sistemas de registro	65
E. Conclusión provisional sobre los instrumentos del dominio público	66
V. protección del dominio público y recomendaciones	66
A. La protección actual del dominio público.....	66
B. Objetivos esenciales de un sólido dominio público	68
C. Recomendaciones	70
ANEXOS – Análisis comparativos.....	73
ANEXO I – Composición del dominio público (DP)	1
ANEXO II – Intrusiones en el dominio público	1

“La existencia de un dominio público de contenidos no supeditados al derecho de autor (o a otro tipo de protección de propiedad intelectual), sólido y en continua ampliación, es un bien en sí mismo, que nuestras leyes deberían potenciar tanto como incentivan o premian la creatividad.”

D. Lange, “Recognizing the Public Domain”, 44 *Law & Contemp. Probs.*, 147 (1981).

“Antes de poder salvar el dominio público tenemos que ‘inventarlo’.”

J. Boyle, *The public domain*, Yale University Press. 2008, xv.

“Establezcamos la propiedad literaria, pero, al mismo tiempo, fundemos el dominio público. Vayamos más lejos. Ampliémoslo.”

V. Hugo, Discurso de apertura del Congreso Literario Internacional, sesión del 17 de junio de 1878.

I. INTRODUCCIÓN

El dominio público es hoy en día una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la propiedad intelectual. Como dijo Jane Ginsburg, “el dominio público es el tema en el candelero”,¹ lo que es bastante paradójico, ya que el dominio público está, por definición, exento de derechos de propiedad intelectual.

El tema del dominio público, y de su necesaria conservación, se ha convertido en el emblema de un amplio sector contrario a la propiedad intelectual y a, según este movimiento, su creciente expansión. Muchos equiparan el dominio público a las especies en extinción, amenazado por el peligro de un progresivo aislamiento y de que se convierta en una mera mercancía.² El presente estudio se centra principalmente en los peligros que amenazan al dominio público, como la ampliación de la duración del derecho de autor o los derechos conexos, las condiciones impuestas por las medidas tecnológicas de protección o la nueva protección de las bases de datos.

¿Cabría, como han dicho algunos, considerar que la aparición de todos estos nuevos estudios sobre el dominio público no responde más que a una forma de participar en la “confrontación que actualmente domina el ámbito del derecho de autor, esto es, la de la “cultura reelaborada” frente al “autor romántico”?³ El origen podría ser ése, pero la creciente atención que se dedica, desde el punto de vista académico y legislativo, a la parte de la propiedad intelectual que no recibe protección ha dejado de limitarse a la mera denuncia, haciendo ahora hincapié en el valor intrínseco del dominio público como materia prima de

¹ J. GINSBURG, “‘Une chose publique’? – The Author’s Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law”, en P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p.133.

² J. BOYLE, *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008; Y. BENKLER, “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, *New York University Law Review*, 1999, Vol. 74, 354; R. COOMBE, “Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property”, *DePaul L. Rev.*, 2002-2003, Vol. 52, p. 1173; C. CARON, “L’irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle”, en *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61-78; W. VAN CAENEGEM, “The public domain: Scientia Nullius?”, *E.I.P.R.*, 2002, p. 324; L. GUIBAULT Y B. HUGENHOLTZ (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006; así como todas las contribuciones de la conferencia sobre el dominio público, celebrada en la Duke University en 2002, y publicadas en el número 66 de la revista de Derecho *Law and Contemporary Problems* (2003).

³ J. GINSBURG, “‘Une chose publique’?...”, *op. cit.*, p. 133.

nuevas creaciones, innovaciones y adelantos, tratando de instaurar un régimen que pudiera proteger y fomentar un dominio público abundante y accesible. Como comenta M. Birnhack, esta iniciativa tiene por objeto demostrar que “el dominio público no es –o más bien no debería ser– un simple subproducto creado involuntariamente, o un ‘cementerio’ de obras protegidas por derecho de autor, sino que debería constituir un fin en sí mismo”.⁴

También el Programa de la OMPI para el Desarrollo es favorable a un enfoque proteccionista del dominio público. En su recomendación N° 16 se aboga por “considerar la preservación del dominio público en los procesos normativos de la OMPI y profundizar en el análisis de las consecuencias y los beneficios de un dominio público abundante y accesible”. Y el objetivo de la recomendación 20 es “fomentar las actividades normativas en materia de P.I. que contribuyen a mantener un sólido dominio público en los Estados miembros de la OMPI, contemplando la posibilidad de elaborar directrices que podrían ayudar a los Estados miembros interesados a determinar los contenidos que han pasado a ser de dominio público en sus respectivas jurisdicciones”. En ambas recomendaciones, más que denunciar el creciente debilitamiento del dominio público e instar a que se limite la expansión de la propiedad intelectual, se trata primordialmente el dominio público en sí mismo, sin tener en cuenta la otra cara de la moneda, esto es la propiedad intelectual. Si bien los políticos, tanto en el plano nacional como internacional, se han centrado en las últimas décadas en definir y fortalecer los derechos exclusivos, actualmente el foco de atención está trasladándose a las limitaciones de la propiedad intelectual y a definir y fomentar los ámbitos no afectados por derechos de exclusividad, como puedan ser el dominio público o las excepciones y las limitaciones.

Por otra parte, el avance digital también ha impulsado proyectos, con o sin fines de lucro, basados en el material del dominio público, del que pueden obtenerse recursos culturales gratuitamente o a un precio muy barato. Actualmente, en el dominio público se están desarrollando muchos modelos comerciales, como Google Books Search, y las autoridades públicas se están esforzando en digitalizar y ofrecer al público su patrimonio cultural, como pone de manifiesto la creación de la biblioteca digital *Europeana*.

Como se señala en el Programa para el Desarrollo, la protección del dominio público comprende dos etapas: en primer lugar, determinar los límites del dominio público, lo que facilita la estimación de su valor y su alcance, y, en segundo lugar, prestar a la conservación y accesibilidad del dominio público toda la atención necesaria y fomentar una y otra.

En el presente estudio se adoptará el mismo enfoque: primero se evaluará el ámbito del dominio público, según la definición de las leyes, la historia y los principios generales del derecho de autor, y posteriormente se atenderá a su eficacia y accesibilidad al público y la sociedad en general. Ello permitirá formular algunas recomendaciones que, considerando el dominio público como contenidos que deberían disfrutar de unas condiciones y protección positivas, podrían contribuir a consolidar un dominio público sólido, como preconiza el Programa para el Desarrollo.

Nuestro propósito no es establecer qué contenidos deben pertenecer o no al dominio público ni tampoco examinar las causas de su empobrecimiento, o, en todo caso, sólo secundariamente. Este estudio se sitúa al margen del debate de qué debe protegerse por derecho de autor y qué no, en qué medida y durante cuánto tiempo.⁵ No se tratará la cuestión de la determinación de dichas limitaciones con respecto a la propiedad intelectual (como el ámbito de los derechos, el objeto de la protección, la adecuada duración del derecho, etc.). Tal disquisición es fundamentalmente una cuestión de política que deben decidir los Estados, tanto en el plano internacional como nacional.

Así, en el presente estudio no se considerará el dominio público únicamente como los contenidos restantes una vez establecidos los límites del derecho de autor, sino como un depósito de recursos en sí mismo. De esta suerte, las recomendaciones contenidas en su parte final no se centrarán en el ámbito del derecho de autor y en cómo reducirlo; antes bien,

⁴ M. BIRNHACK, “More or Better? Shaping the Public domain”, en *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 60.

⁵ No se tratará la cuestión de la prórroga de la duración de la protección por derecho de autor (o derechos conexos a ese respecto), tan acaloradamente discutida en muchos países en estos últimos años. Se atenderá, con todo, al efecto de la misma en el dominio público cuando se examine la reinstauración del derecho de autor, provocada, en ocasiones, por la ampliación de la duración de la protección, y también en las recomendaciones que se formulen al final del estudio.

se tratará con ellas de diseñar estrategias que posibiliten el desarrollo del dominio público y mejorar su accesibilidad al público. Por otra parte, el estudio se ceñirá al dominio público que configuran los regímenes jurídicos de derecho de autor y no los relativos a patentes o marcas.

En la parte I se examina la función del dominio público en el marco del derecho de autor, comenzando por definir qué es el dominio público y de qué habría que distinguirlo, y contextualizándolo luego en los orígenes del derecho de autor y en relación con los motivos que explican su aparición.

En la parte II se señalan los componentes del dominio público a partir de una comparación ilustrativa de las legislaciones nacionales. También se analizan otros derechos concedidos por ley o intereses que pueden modificar o interferir en las posibilidades de acceder o utilizar los contenidos de dominio público basado en el derecho de autor.

En la parte III se examinan algunas iniciativas no legislativas y emprendidas desde el ámbito privado que mejoran el acceso, la utilización, la identificación y la localización del dominio público y de otros contenidos creativos de condiciones de utilización equiparables a los del dominio público.

En la parte IV se describe brevemente cómo podría asegurarse la subsistencia del dominio público en el futuro, a saber: fomentar el impulso que está adquiriendo en los contextos legislativo y judicial y elaborar los principios clave según los cuales podría regirse para adquirir unas condiciones más positivas y, además, formular recomendaciones de futuras actividades sobre el dominio público en relación con el derecho de autor que podría llevar a cabo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

II. UBICACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE AUTOR

A. La noción de dominio público

1. La definición tradicional de “dominio público”

El dominio público se define generalmente como aquellos contenidos que engloban bienes intelectuales que no tienen protección por derecho de autor o cuya protección ha caducado al haber vencido el plazo de la protección.

La definición es unas veces más precisa, centrada únicamente en las obras en que ha caducado el derecho de autor, y otras veces más amplia, contemplando también el uso de obras que todavía tienen protección por derecho de autor, uso que legitima el ejercicio de una excepción o una licencia.⁶

La ampliación del concepto de dominio público de modo que incluya cualquier recurso cuya utilización esté libre de toda exclusividad ha venido acompañada de un cambio de vocabulario. Así, el término de “dominio público” ha empezado a sustituirse por los términos “bienes en común”, “bienes intelectuales en común” o “contenidos de libre acceso”, con los que se hace hincapié en la utilización gratuita de los contenidos del dominio público y en el carácter colectivo y compartido de dicha utilización.

En el presente estudio el dominio público se tratará desde el punto de vista tradicional,⁷ esto es referido a los contenidos que no están protegidos por derecho de autor (o cuya protección ya ha caducado). Se trata de una definición esencialmente negativa, que se construye por oposición al ámbito del derecho de autor.

Según este enfoque negativo del dominio público, que prevalece en la mayoría de los regímenes de derecho de autor, mientras que el derecho de autor se regula y fomenta, por lo general los elementos del dominio público no están sujetos a reglas o protección alguna: el

⁶ Para obtener más información sobre las divergencias que presentan las distintas definiciones del dominio público, véase P. SAMUELSON, “Challenges in the mapping of the public domain”, en *The Future the public domain*, *op. cit.*, p. 9.

⁷ Para obtener más información sobre los distintos modos de entender el dominio público, véase P. SAMUELSON, “Enriching Discourse on Public Domains”, *Duke Law Journal*, 2006, vol. 55, 111-169.

término de “dominio público” raras veces figura en las disposiciones legislativas. Y es aun más raro que existan normas específicas del dominio público o de sus elementos.⁸

La ausencia de una definición o un régimen jurídico positivo es una característica básica que debe tenerse en cuenta en todo estudio del dominio público, ya que revela la concepción extrema que las leyes de derecho de autor han adoptado al respecto y constituye uno de los principales obstáculos para su potenciación y conservación. La definición del dominio público como los contenidos que *no* están protegidos viene impuesta por la legislación de derecho de autor; no obstante, en todo intento de ponderar el valor del dominio público debería tratarse de lograr algo más, atendiendo a lo que podría definirse positivamente como dominio público, esto es, la utilización gratuita de sus contenidos y la inexistencia de toda exclusividad sobre los mismos.

En este estudio, la función y los contenidos del dominio público se entenderán como el reverso del derecho de autor, como se viene haciendo tradicionalmente. Con todo, teniendo en cuenta los problemas que la ausencia de un régimen adecuado del dominio público en las leyes de derecho de autor plantea en lo que respecta a su conservación y plena accesibilidad, se formularán recomendaciones a fin de establecer las bases de un dominio público más abundante y accesible.

2. Limitaciones de la definición

i) Distinción entre uso y acceso libres

La consecuencia principal de que los contenidos del dominio público no tengan protección por derecho de autor o que dicha protección haya caducado es que su utilización queda libre de toda exclusividad. Se considera que el material de dominio público puede utilizarlo todo el mundo con total libertad. En otras palabras, nadie puede controlar ni impedir que tales contenidos se reproduzcan, se comuniquen al público o se les dé cualquier otro uso en que podrían ejercerse las prerrogativas de derecho de autor.

Para ser más precisos, dicho control no puede basarse en la observancia del derecho de autor, aunque puede ejercerse por otros medios, ya sean jurídicos o técnicos, como veremos más adelante.

Todo régimen que se aplique al dominio público debe garantizar su uso gratuito. No obstante, el carácter de “dominio público” de sus contenidos no garantiza por sí mismo la libertad de acceso a los mismos, que dependerá de muchos factores.

En primer lugar, cabe señalar que, en cierta medida, la protección por derecho de autor no afecta de por sí a una relativa libertad de acceso a las obras. De hecho, la posibilidad de disfrutar intelectualmente del contenido de una obra, de tener conocimiento de su significado y contenido es una cuestión que, por norma, no está supeditada al derecho de autor,⁹ en la medida en que cualquiera puede obtener acceso material a ese conocimiento. El acceso con este tipo de fines y el libre disfrute de las obras es resultado del repertorio – limitado – de derechos que se conceden al titular del derecho de autor. La exclusividad que confiere el derecho de autor implica únicamente el control de actos de explotación pública de las obras, lo que abarca la reproducción de la obra,¹⁰ su comunicación y distribución públicas y otros actos públicos de difusión de la obra, como puedan ser el arrendamiento o préstamo. Los simples actos de leer, visionar, escuchar o disfrutar de una obra no deberían considerarse como infracciones del derecho de autor. Antes bien, el objeto propio del derecho de autor es

⁸ Véanse, no obstante, los párrafos anteriores, parte IV y apartado A.

⁹ Dicho esto, cabe señalar que en algunos aspectos, la evolución del sistema de P.I. pone en peligro la idea fundamental del consumo intelectual gratuito. Con la incorporación de los programas informáticos en el ámbito del derecho de autor, la mera utilización de una obra en que se basaba en principio ha ido ampliándose, primero mediante normas específicas para programas informáticos y bases de datos y, en última instancia, para todo tipo de obras mediante la protección de medidas tecnológicas que inhiben y controlan el uso mismo de tales obras. En el caso de los programas informáticos, no se permite el acceso al contenido de la obra ni siquiera a los fines de conocimiento intelectual. Por otra parte, cuando el programa informático forma parte de una invención patentada, ni siquiera se garantiza la divulgación del código fuente de ese programa.

¹⁰ Pero únicamente cuando el público pueda tener acceso a la copia resultante constituyendo una plataforma de explotación pública.

controlar la difusión pública de la obra.¹¹ O lo que es lo mismo, el centro de atención del derecho de autor es la *explotación* de una obra, en que “explotación” se define como difusión pública. El derecho de autor nunca ha consistido en regular el *acceso* o la *utilización* de las obras.

Con todo, para acceder y utilizar *intelectualmente* las obras del dominio público es necesario, en primer lugar, disponer de *acceso material* a las mismas. El acceso a las obras queda habilitado y regulado o bien mediante el derecho de propiedad vinculado al conjunto de la obra o bien mediante un contrato con el distribuidor para obtener un ejemplar de la obra. El alcance de la limitación impuesta por el derecho de propiedad intelectual dependerá del número de ejemplares que haya en circulación (véanse los párrafos anteriores).

Por otra parte, las obras de dominio público no siempre están exentas de pago o remuneración. A nadie se le ocurriría argumentar el derecho a llevarse gratuitamente las obras de Cervantes de las librerías. El régimen de dominio público que han adquirido tales obras permite que se reproduzcan gratuitamente y se difundan entre el público, lo que se espera favorezca su distribución gratuita o a un bajo costo en el mercado, fomentando así nuevas manifestaciones creativas basadas en aquellas. Pero la falta de protección no puede imponer por sí misma el acceso gratuito a los ejemplares de las obras del dominio público. Cosa que forma parte, además –junto con la libertad de comercio, que permite a los empresarios reproducir y distribuir obras cuyo derecho de autor haya caducado, incluso cobrando una tasa– de la lógica misma del dominio público. Esto último constituirá un incentivo necesario para fomentar el acceso público a tales obras.

Otro factor fundamental de la eficacia del acceso a las obras, estrechamente vinculado con el régimen mismo del derecho de autor, es la posibilidad de que no haya difusión o divulgación. Muchas obras se crean sin que su autor sienta la necesidad de divulgarlas. Si no son lo suficientemente originales, o si el plazo de protección jurídica ha caducado, técnicamente pertenecen al dominio público, pero permanecerán en el anonimato, y el público no tendrá acceso a tales obras, lo mismo que las ideas no divulgadas. El dominio público efectivo quedará, así, reducido al cuerpo de obras y creaciones que han sido publicadas.¹² Lo mismo se puede decir de las obras del dominio público que han caído en el olvido. No se podría conseguir ninguna de tales obras – o casi ninguna –, lo que convierte su eventual utilización en algo imaginario. Una sinfonía de Mozart desconocida formará parte del dominio público, pero no lo enriquecerá de ninguna forma si esa obra se pierde o deja de ser conocida. Hay muchísimas novelas o publicaciones anteriores al siglo XIX que ya no se leen ni se conocen, y en las bibliotecas se guardan raros ejemplares cubiertos de polvo: pertenecerán al dominio público en teoría, pero son contenidos que no podrán aprovecharse.

En conclusión, en el esfuerzo por mejorar el acceso efectivo a las obras de dominio público no debería olvidarse la importancia de controlar el acceso material a las obras, y en ese esfuerzo deberían tenerse también en cuenta algunos medios para mejorar la disponibilidad pública de materiales creativos, como puedan ser proyectos públicos y bibliotecas públicas¹³ (véanse los párrafos anteriores). Cuantos más ejemplares estén disponibles gratuitamente al público, o por una pequeña tasa, más eficaz será el dominio público.

El objetivo de toda iniciativa para fomentar el dominio público debe ser salvaguardar el uso gratuito y colectivo de los recursos culturales y artísticos del mismo y evitar que vuelva a ejercerse cualquier derecho de exclusividad, pero también, potenciar su enriquecimiento dando a conocer sus obras y fomentando el acceso a sus contenidos. En este sentido, la función de las bibliotecas y su vinculación con el depósito legal reviste particular importancia.

¹¹ Este argumento se examina más detenidamente en S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'environnement numérique*, Larcier, 2005, Nº 419 y siguientes.

¹² R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright – History, Theory, Language*, Edward Elgar, 2006, p. 111. Cabe señalar que a las obras que no hayan sido publicadas durante el plazo normal del derecho de autor podría conferírseles un derecho de autor con nueva vigencia.

¹³ G. DINWOODIE y R. COOPER-DREYFUSS, “Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge”, en *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 191; P. SAMUELSON, “Enriching Discourse on Public Domain”, *op. cit.*, p. 163.

ii) Excepciones del derecho de autor

Los objetivos y las justificaciones del dominio público y de las excepciones y limitaciones del derecho de autor guardan estrecha relación: en ambos casos se pretende mejorar el acceso de la sociedad a las expresiones culturales y creativas, y ambos se justifican por el interés público. Una de las funciones del dominio público es posibilitar el ejercicio de prácticas productivas, ya sean culturales, creativas, puramente cognitivas o de consumo, y eximir las del ejercicio de derechos de propiedad exclusivos. A ese respecto, equivale al funcionamiento de muchas excepciones del derecho de autor que permiten utilizar una obra protegida como consumo o de modo creativo.

Desde el punto de vista sociológico, las excepciones y el dominio público se parecen en la medida en que ambos se basan en el interés público y en que permiten al público utilizar obras artísticas sin interponerse en los derechos intelectuales de nadie. Desde el punto de vista económico, ambos elementos atañen a bienes –o a los usos de tales bienes– que en ningún caso podrían ser objeto de comercio. Desde el punto de vista jurídico, si el dominio público se define como la ausencia de exclusividad, las excepciones podrían considerarse similares en la medida en que en el uso de una obra protegida por derecho de autor al que se aplique una excepción no regirá ningún derecho de exclusividad.

Este razonamiento ha convencido a algunos académicos para que en el dominio público se incluyan no solamente contenidos no protegidos sino también usos no protegidos de obras protegidas por derecho de autor, esto es, excepciones del derecho de autor o uso leal.¹⁴ Por ejemplo, P. Samuelson distingue, dentro del dominio público, un “núcleo” consistente en recursos intelectuales que no están protegidos por propiedad intelectual, así como diversos “ámbitos colindantes” y algunas “zonas oscuras”.¹⁵ En esos ámbitos pueden incluirse elementos como programas informáticos con libre acceso al código fuente, el uso leal y otras excepciones del derecho de autor, que, en teoría no forman parte del dominio público, aunque sí lo parezca “a todos los efectos”.¹⁶

En realidad, la vinculación de las excepciones del derecho de autor con la definición general de dominio público dividiría a éste último en dos partes: la primera sería *estructural*, y englobaría los elementos que carecen de protección, independientemente de las circunstancias en que se utilicen; la segunda sería *funcional*, y englobaría recursos que se utilizan gratuitamente sólo de manera circunstancial.¹⁷ En el primer caso, el carácter libre y gratuito del uso se basa en la inexistencia de derecho de autor; en el segundo caso, en la imposibilidad de ejercer e imponer la exclusividad del derecho de autor.

En el presente estudio, el dominio público se tratará en el sentido estructural y estricto, dejando de lado las excepciones del derecho de autor. Las diferencias básicas entre el dominio público en sentido estricto y las limitaciones del derecho de autor justifican dicho planteamiento.

Mientras que el dominio público es por naturaleza gratuito para todo el mundo, sin discriminación y en todas las circunstancias de uso que puedan darse, las excepciones de derecho de autor se limitan generalmente a algunos tipos de usuarios (por ejemplo, profesores, particulares, personas con discapacidades, etc.) y a contextos estrictamente definidos (por ejemplo, utilización de material en el marco de la enseñanza, usos privados, fines informativos, etc.). En el ámbito de las excepciones del derecho de autor es necesario tener en cuenta los derechos exclusivos de los titulares del derecho, que están limitados por las atribuciones legales que confieren las excepciones. En cambio, en la libertad de uso que otorga el dominio público no existe ninguna contrapartida ni derechos privados que la limiten.

¹⁴ Véase, por ejemplo, J. COHEN, “Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain”, en *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 121; A. CHANDER y M. SUNDER, “The Romance of the Public Domain”, *Cal. L. Rev.*, 2004, vol. 92, p. 1340; J. BOYLE, *The public domain*, *op. cit.*, p. 38 (con alguna puntualización); P. SAMUELSON, “Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain”, *Law & Contemp. Probs.*, 2003, vol. 66, p. 148; V.L. BENABOU y S. DUSOLLIER, “Draw me a public domain”, en P. TORREMANNS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

¹⁵ P. SAMUELSON, “Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain”, *op. cit.*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Esta distinción se explica más detenidamente en V.L. BENABOU y S. DUSOLLIER, “Draw me a public domain”, *op. cit.*; y queda parcialmente recogida en el Public Domain Manifesto, elaborado por el European project Communia (véase <<http://www.publicdomainmanifesto.org>>).

Otro aspecto aun más importante, en el plano internacional, es que las excepciones del derecho de autor están determinadas por la prueba del criterio triple, que tiene su origen en el Convenio de Berna y que finalmente fue adoptada, en alguna medida, por todos los demás tratados internacionales importantes de derecho de autor, desde el Tratado sobre los ADPIC hasta los Tratados de la OMPI de 1996¹⁸: esta prueba da prevalencia al interés público o algunos intereses privados sobre la exclusividad que se concede a los autores cuando la explotación normal de las obras no se ve perjudicada. La prueba refleja la búsqueda de equilibrio justificada no sólo por consideraciones económicas sino también normativas. Es, en cierto sentido, una prueba de proporcionalidad entre los derechos exclusivos y los límites a tales derechos, justificados por el interés público. Por el contrario, el equilibrio que el dominio público mantiene en el régimen de derecho de autor es prioritario con respecto a la exclusividad conferida por la ley y no es necesario ponderarlo en relación con la explotación normal de las obras. El dominio público es todo aquello que no debe recibir protección, o cuya protección ya ha caducado, y generalmente no es necesario someterlo a una prueba de proporcionalidad.

Por último, en la potenciación del dominio público y de las excepciones de derecho de autor se seguirán vías muy diferentes. El dominio público es una cuestión que se da por supuesta en los regímenes de derecho de autor. Salvo en los casos en que se trata de reducir la expansión del derecho de autor, por ejemplo en lo que respecta al objeto o la duración del derecho, la salvaguardia del dominio público consistirá fundamentalmente en fomentar su accesibilidad y lograr que sea más efectivo en lo que respecta al acceso y uso gratuitos. Las excepciones del derecho de autor se basan en decisiones políticas y, en el plano internacional, están todavía por definir. Antes de examinar si estas prerrogativas legales de uso son realmente eficaces, debe lograrse, en primer lugar, establecer una definición común de las excepciones básicas del derecho de autor, para lo cual será necesario adoptar un enfoque diferente que implicará distintas actividades normativas.

En consecuencia, y en aras de definir prioridades y formular recomendaciones precisas, en este estudio el dominio público, definido como recursos intelectuales que no están protegidos por derecho de autor, se tratará separadamente de las excepciones del derecho de autor.

iii) Información gubernamental de dominio público

Cada vez es más frecuente hablar del dominio público para referirse a información del Gobierno o a datos producidos o financiados por autoridades públicas. Por ejemplo, en la Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio de la UNESCO de 2003 se define el dominio público del modo siguiente:

“La expresión “información de dominio público” designa la información a la que el público puede acceder sin infringir ninguna disposición jurídica ni obligación alguna de confidencialidad. Por consiguiente, se refiere, por un lado, al conjunto de obras u objetos de derechos conexos que toda persona puede explotar sin autorización, por ejemplo debido a que no están protegidos en virtud de la legislación nacional o el derecho internacional, o a que el plazo de la protección ha expirado. Por otro lado, se refiere a los datos de carácter público y la información oficial producidos y difundidos voluntariamente por los gobiernos o las organizaciones internacionales”.

El acceso gratuito a este tipo de información o datos, así como su uso gratuito, tienen un interés público y son fundamentales en toda sociedad democrática. No obstante, este hecho no debe confundirse con la noción de dominio público que se emplea en el presente estudio, ya que ni la sustancia ni el objeto son los mismos. Parte de la información o de los documentos que elabora el Estado u otras autoridades públicas podría formar parte del dominio público según la definición que se establece en los regímenes del derecho de autor por efecto de la regla de exclusión de actos oficiales (véase más abajo), pero otra gran parte de la información elaborada por el Gobierno podría recibir protección por derecho de autor. En algunos países se han adoptado medidas para fomentar la accesibilidad pública de tales documentos o datos, a pesar de la posibilidad de que estén protegidos, principalmente

¹⁸

Véase S. RICKETSON, Estudio de la OMPI sobre limitaciones y excepciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2003, p. 65.

promoviendo la reutilización y la explotación comercial de la información del sector público¹⁹ o incluso anulando el derecho de autor en documentos elaborados por las administraciones públicas.²⁰

Aunque persigan el mismo objetivo que el dominio público con respecto al derecho de autor (si bien a veces desde un enfoque más comercial), las normas existentes en el ámbito de la información del sector público no atañen al dominio público con arreglo a la definición que se utiliza en el presente estudio.²¹

iv) Obras huérfanas y ediciones agotadas

Al no conocerse sus antecedentes, las obras huérfanas suelen tener una antigüedad indeterminada, pudiendo, o no, pertenecer al dominio público. Uno de los elementos clave para precisarlo es la identificación de su autor, cuya muerte se toma como punto de partida, en muchos casos, para establecer la duración del derecho de autor. El problema puede remediarse en algunos casos recurriendo a las disposiciones nacionales que calculan la duración de la protección a partir de la fecha de publicación de obras anónimas, pero no en todos, ya que también podría desconocerse la fecha de publicación.

A menudo la cuestión de las obras huérfanas no se considera desde esta perspectiva: la mayor parte de las veces se las supone todavía protegidas por derecho de autor, siendo el principal obstáculo para su explotación y reutilización la falta de identificación o de localización física de los titulares de los derechos sobre las mismas.²²

En realidad, las obras huérfanas se sitúan en un terreno indeterminado, comprendido entre el ámbito definido de la protección por derecho de autor, en el que, desde todos los puntos de vista, es necesario disponer de la debida autorización para utilizar una obra, y el ámbito definido del dominio público, en el que, desde todos los puntos de vista, la obra ya no tiene protección y puede utilizarse libremente. La falta de información que identifique al autor impide que las obras huérfanas puedan ubicarse definitivamente en el ámbito de la protección o de la ausencia de protección.

La necesidad de aclarar la situación de las obras tiene, así, mucho más que ver con la observancia del derecho de autor que con el fomento del dominio público.

Muchos países han comenzado a diseñar mecanismos que permitan determinar jurídicamente la autoría de tales obras (con el objetivo de vincularlas con sus autores) y, en caso de que no haya podido identificarse el autor, que permitan autorizar su explotación de todos modos.

Si el objetivo del dominio público es asegurar que el material creativo pueda explotarse y reutilizarse al máximo posible, los sistemas establecidos para autorizar la utilización de una obra huérfana, una vez que se ha tratado de encontrar la autoría de la obra sin resultados, a veces fijando una remuneración, tendrán la misma finalidad que la conservación del dominio público. Con ello se mejorará el acceso público y una explotación provechosa de las obras (aun cuando, al no conocerse al autor, se cobre provisionalmente una tasa).²³

Por el contrario, si el objetivo es asegurar que esa reutilización pueda hacerse libre y gratuitamente, las actuales iniciativas emprendidas para autorizar la utilización de obras huérfanas podrían ser contrarias a tal objetivo, en la medida en que, al no conocerse ni el

¹⁹ Véase, en particular, la Directiva 2003/98/EC de la UE sobre la reutilización de la información en el sector público, DO, 2003 L345.

²⁰ Véase, por ejemplo, el sitio Web del Gobierno de los Países Bajos, cuyos contenidos han pasado a ser accesibles mediante una licencia *Creative Commons* que destina tales contenidos al dominio público (véase <http://www.rijksoverheid.nl/english>).

²¹ Para obtener más información sobre la relación entre la información del sector público y el derecho de autor, véase M. VAN ECHOU, "The Commercialization of Public Sector Information: Delineating the Issue", en *The Future of the public domain*, op. cit., p. 279.

²² Véase el Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales, Subgrupo de derecho de autor, "Informe final sobre la conservación digital, las obras huérfanas y las ediciones agotadas", 2008; o, en los Estados Unidos de América, el "Report of the Copyright Office on Orphan Works", disponible en <http://www.copyright.gov/orphan/>.

²³ En ese sentido, véase la Recomendación de la Comisión 2006/585/CE, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, *Diario oficial* L236/28 de 31.08.2006, artículo 6.

autor ni el régimen que se aplica a la obra en el dominio público, por lo general se considerará que la obra está protegida y es necesario pagar una tasa para utilizarla. En tal caso, la utilización de una obra del dominio público quedaría sometida a unas condiciones parecidas a las que establecen las licencias obligatorias, contradiciendo la libertad de utilización que normalmente se atribuye al dominio público.

De esta suerte, si en las iniciativas destinadas a preservar el uso y acceso libres al dominio público quedaran incluidas las obras huérfanas, sería fundamental destinar más esfuerzos a identificar las obras y sus autores y determinar así con más precisión qué obras creativas pertenecen al dominio público y cuáles no. La cuestión de las obras huérfanas debería examinarse juntamente con los proyectos llevados a cabo en el ámbito del dominio público, aun cuando no estén estrictamente relacionados.

v) El dominio público y los conocimientos tradicionales

Desde el punto de vista clásico de la propiedad intelectual, el dominio público ha sido siempre el depositario de los conocimientos tradicionales y el folclore. En el ámbito de los conocimientos tradicionales y el folclore (salvo en los casos en que los conocimientos tradicionales se rigen por leyes consuetudinarias que otorgan otras formas de titularidad y de derechos) no es fácil aplicar derechos de propiedad intelectual, que se fundan en las ideas de Occidente sobre la autoría, puesto que generalmente no es material nuevo ni original, sino que son contenidos muy antiguos y basados en un conjunto de tradiciones colectivas más que individuales. El folclore, difícil de proteger mediante el derecho de autor, pertenece normalmente al dominio público, lo que favorece su explotación y apropiación.²⁴

Durante muchos años, los países en desarrollo se han mostrado reticentes a aceptar un enfoque del dominio público en el que su folclore y expresiones creativas tradicionales quedarían sin protección. En toda definición del dominio público, especialmente si se enmarca en consideraciones de desarrollo, debería tenerse en cuenta la condición específica de los conocimientos tradicionales y también la labor que actualmente se lleva a cabo en la OMPI para conferir algunos derechos al folclore. El nuevo régimen de propiedad intelectual –ahora mundial– no debería seguir negando derechos de exclusividad u otro tipo de atribuciones jurídicas a las variadas formas de producción intelectual, conocimientos o expresiones culturales. En lo que respecta al dominio público, habría que llevar cuidado en no pasar por alto los regímenes de propiedad colectiva de otras culturas.²⁵

En consecuencia, en el presente estudio las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales quedarán excluidos del dominio público que se intenta definir, aun cuando en el marco actual de la legislación internacional todavía estén considerados como material al que no afecta el derecho de autor, que se basa en la autoría.

Cabe mencionar que muchos países en desarrollo incluyen en sus regímenes de derecho de autor una protección específica de las expresiones del folclore que es generalmente paralela, cuando existe, a la protección de las obras del dominio público. Es el caso, entre los países cuyas leyes nacionales han sido analizadas para el presente estudio, de Argelia, Kenya y Rwanda. Bajo la denominación de folclore o patrimonio cultural, a algunas formas creativas de expresión se les atribuye un régimen específico, que no es equivalente a

²⁴ T. COTTIER Y M. PANIZZON, “Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection”, en K. MASKUS Y J. REICHMAN (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 570 ; R. COOMBE, “Protecting cultural industries to promote cultural diversity: Dilemmas for international policymaking posed by the recognition of traditional knowledge”, en K. MASKUS Y J. REICHMAN (eds.), *International public goods... op. cit.*, p. 602-604 ; A. CHANDER Y M. SUNDER, *op. cit.*; CARLOS M. CORREA, *Traditional knowledge and intellectual property – Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, 2001; G. DUTFIELD Y U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2008, p. 335.

²⁵ En ese sentido, véase la Declaración de Bellagio sobre el dominio público, adoptada por diversos académicos en 1993: “En general, somos partidarios de que se reconozca y proteja el dominio público. Hacemos un llamamiento a la comunidad internacional para que se apliquen ampliamente los conceptos de uso leal, licencias obligatorias y, en primer lugar, se reduzca el ámbito inicialmente establecido de los derechos de propiedad. Pero, puesto que los actuales regímenes, basados en la autoría, son ciegos a los intereses de los titulares de creaciones no pertenecientes a un autor, así como a la importancia de los bienes comunes, la principal excepción a esta ampliación del dominio público debería favorecer a aquellos que han quedado excluidos por la preeminencia que la legislación actual concede a la autoría.” (Citado en R. COOMBE, “Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship ...”, *op. cit.*, p. 1184) (traducción de la Oficina Internacional).

la protección del derecho de autor, pero que combina reglamentos a partir de los cuales los organismos oficiales pueden autorizar su uso, a veces imponiendo una tasa, y la prohibición de representar indebidamente o distorsionar dicho patrimonio.

B. La función del dominio público en la propiedad intelectual

Nadie discute ya el papel esencial que el dominio público desempeña en el equilibrio de la propiedad intelectual ni tampoco que el derecho de autor está, en principio, limitado en lo que al alcance, objeto y duración se refiere, lo que deja fuera de su ámbito a muchos elementos que pasan a formar parte del dominio público.

La ausencia de protección de estos elementos u obras hace que los contenidos del dominio público puedan utilizarse, reproducirse y comunicarse al público libremente, lo cual responde a muchos objetivos. P. Samuelson ha enumerado ocho valores fundamentales del dominio público en los regímenes de derecho de autor y de patentes:²⁶

- impulsar la creación de nuevos conocimientos o manifestaciones artísticas;
- posibilitar la imitación competitiva;
- posibilitar la continuidad de la innovación;
- posibilitar un acceso barato a la información;
- proporcionar acceso al patrimonio cultural;
- fomentar la educación;
- fomentar la salud y seguridad públicas;
- fomentar los procesos y valores democráticos.

Algunos de estos valores son especialmente importantes para el dominio público en relación con el derecho de autor. En primer lugar, la libre utilización de elementos que están en el dominio público, como ideas, principios, hechos u obras cuya protección ha expirado, deja margen para la ejecución de nuevos trabajos de creación a partir de elementos preexistentes. En este sentido, el dominio público cumple una importante función de potenciación de nuevos usos creativos y participa en el carácter acumulativo de toda creación artística.²⁷ El dominio público proporciona además material con fines educativos y da acceso a importantes obras que conforman el bagaje intelectual y artístico de la sociedad.

Pero el dominio público fomenta también usos sin otros fines que el consumo: desde el momento en que una obra carece de protección, o ha dejado de tenerla, su utilización está abierta a todo el mundo de manera gratuita o por muy poco dinero, en función de las modalidades que el mercado o las instituciones públicas determinen para ponerla a disposición pública. Debido a la naturaleza de las obras literarias y artísticas, incluso los usos para el consumo redundarán en el beneficio de la sociedad, al proporcionar conocimientos, cultura y educación.

Por último, el dominio público tiene un interés económico: a partir de las obras sin protección pueden desarrollarse modelos comerciales, puesto que el precio de acceso a tales obras se ha reducido al haber vencido la duración de la protección por derecho de autor. Algunos editores se han especializado en la edición de libros o música del dominio público. Por otra parte, el entorno digital ha contribuido a reducir el costo de producción de modelos comerciales basados en el dominio público, como ha demostrado recientemente GoogleBooks. Así, Google ha puesto en marcha un nuevo modelo comercial que suministra libros que ya no tienen protección y que se ofrecen gratuitamente al público, si bien obtiene ingresos por publicidad de su motor de búsqueda. En el marco del Programa para el Desarrollo, el dominio público puede considerarse también como una herramienta básica para el desarrollo que permite a los países potenciar la creación, la educación y la innovación facilitando acceso a la información, el conocimiento y la cultura. Al igual que el derecho de autor, el dominio público puede fomentar el crecimiento económico, lo que justifica que hoy día se vuelva a conceder atención a los contenidos sin protección.

²⁶ P. Samuelson, "Challenges in Mapping the Public Domain", *op. cit.*, p. 22.

²⁷ J. LITMAN, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, 1990, vol. 39, p. 965-1023.

En un contexto más amplio, el dominio público también puede considerarse como un elemento central del patrimonio cultural de la humanidad.²⁸ Dicha consideración quedó demostrada mediante la intensa labor que la UNESCO llevó a cabo en 1990 en torno a la noción y la salvaguardia del dominio público,²⁹ que se define principalmente como el ámbito que engloba aquellas obras en que ha vencido el plazo de expiración del derecho de autor. En este trabajo, se consideró el dominio público como parte del patrimonio común de la humanidad y, como tal, acreedor de medidas específicas para garantizar tanto su autenticidad como su integridad. En consecuencia, si bien se hacía referencia al principio del libre uso de los elementos pertenecientes al dominio público, los objetivos políticos que perseguía la UNESCO consistían principalmente en reforzar el control del dominio público haciendo hincapié en los derechos morales permanentes o en otros sistemas jurídicos que permiten al Estado preservar las obras en cuestión. Esta dimensión del dominio público parte de una estricta regulación del derecho de autor para entrar en el campo de la preservación del patrimonio cultural, en que cabría aplicar criterios de calidad, puesto que no todo lo que la legislación de derecho de autor define como dominio público tendrá valor de acervo cultural.

Así, la importancia del dominio público en lo que respecta al interés público varía mucho según se considere desde una perspectiva educativa, democrática, económica y de libre competencia. Cumple la misma función que el derecho de autor en una sociedad democrática, en que la diversidad cultural y la libertad para crear, innovar y participar en el entorno cultural y científico son objetivos fundamentales. Un dominio público fuerte y activo en los ámbitos cultural y científico constituye un elemento fundamental del patrimonio común de la humanidad y, como tal, debe ser accesible a todos. Es, además, un propulsor esencial del desarrollo social y económico, que debería protegerse de una privatización y usurpación indebidas y debería constituir un mecanismo para contrarrestar los efectos de la exclusividad de la propiedad intelectual.

C. La historia del dominio público

En la historia del dominio público en el marco de la legislación del derecho de autor se oponen dos argumentos. El punto de vista más común, en particular entre los especialistas en derecho de autor que tratan de defender el dominio público, es que el dominio público es anterior al derecho de autor. O, como describe acertadamente M. Rose, “Se cuenta que, al principio, todo el universo literario era libre y disponible; luego se definieron y determinaron distintas partes de ese universo y nació la propiedad literaria. Este mismo relato da a entender que el dominio público, los bienes literarios de libre disposición, fueron anteriores al derecho de autor”.³⁰ Entonces entró en escena el derecho de autor, apropiándose de recursos que hasta ese momento habían carecido de protección y empobreciendo así el Edén del dominio público en que todo el mundo podía utilizar libremente sus contenidos.³¹ Algunos completan o matizan esa noción señalando que las primeras leyes de derecho de autor crearon asimismo el dominio público, o lo reforzaron al determinar el privilegio que confería, de modo que en el dominio público quedaba todo aquello que no entrase en el ámbito del derecho de autor o que no pudiera recibir protección.³²

Por el contrario, otros especialistas señalan que la idea generalmente aceptada de que el dominio público es anterior a la aparición de la propiedad intelectual podría ser errónea en lo que respecta a los primeros regímenes de derecho de autor.³³ Según tales especialistas, el dominio público no siempre ha tenido el éxito de hoy en día, ni en lo que respecta a su

²⁸ B. D'ORMESSON-KERSAINT, “The protection of works in the public domain”, *R.I.D.A.*, abril de 1983, p. 93.

²⁹ Véase el Proyecto de recomendación dirigido a los Estados miembros sobre la salvaguardia de las obras del dominio público de la UNESCO, 1993, 27 C/40 Conferencia General, vigésima séptima sesión; Informe sobre obras intelectuales de valor universal que han pasado a formar parte del dominio público y se consideran parte del patrimonio común de la humanidad, Conferencia General de la UNESCO, 1999, 30 C/56.

³⁰ Véase M. ROSE, “Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, 2003, vol 66, p. 75; R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright*, *op. cit.*, p. 108.

³¹ J. BOYLE, *op. cit.*; L. LESSIG, “Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity”, 2004.

³² M. ROSE, “Nine-Tenths of the Law...”, *op. cit.*, p. 75.

³³ Véase, en particular, J. GINSBURG, “Une chose publique...”, *op. cit.*; y también, T. OCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *Dayton L. Rev.*, 2002, vol. 28, p. 215; y, con un enfoque más equilibrado, M. ROSE, “Nine-Tenths of the Law...”, *op. cit.*

consideración ni a su tratamiento jurídico. La terminología propiamente dicha de “dominio público” no apareció hasta el siglo XIX.³⁴ Antes bien, en la práctica, la libertad para copiar era por lo general un mito en la época previa a la aparición del derecho de autor, ya que las actividades de imprenta y de publicación estaban predominantemente sometidas a privilegios o a la censura, dejando escaso margen a la libre copia y publicación de las obras escritas, ya fueran obra de autores muertos o vivos.³⁵ J. Ginsburg demuestra además que, incluso después de iniciada la era del derecho de autor, no puede considerarse que la concesión de tal derecho creara, igualmente, un dominio público constituido de todas las obras que no cumplieran con los requisitos para obtener protección.³⁶ El cumplimiento de las formalidades impuestas en aquel entonces resultó menos riguroso de lo que parecía en la ley, y con frecuencia se interpretó con generosidad qué categorías de obras deberían recibir protección, sin que por lo general se tocaran los remedios establecidos en el Derecho del *Common Law* para la copia y publicación de obras no autorizadas (al menos en el Reino Unido) ni se precisaran las consecuencias de su incumplimiento. Así, el ámbito de la protección por derecho de autor, en aquellos primeros sistemas de protección, era más amplio y sus límites no estaban determinados con precisión, como podría parecer según las leyes. En consecuencia, los contornos del dominio público eran también borrosos e indeterminados en aquella época de los inicios del derecho de autor.

Ambos argumentos podrían ser un tanto extremos y tal vez cupiera acercar uno a otro. “Verdaderamente, una consideración idílica de la comunidad de donde supuestamente procederíamos”³⁷ es, en cierto modo, la extrapolación de un deseo de dominio público como regulación de aquello que el derecho de autor ha ido paulatinamente derogando. La regulación de la imprenta y de ese modo de la actividad editorial, antes y al margen de la existencia de la legislación de derecho de autor, dejó un escaso margen a la libertad de copia. No obstante, dicha regulación sólo afecta a las manifestaciones escritas, como los libros, aun cuando por libros pudiera interpretarse un ámbito mucho más amplio que incluyera otras obras literarias. Para otro tipo de expresiones creativas todavía se permitía la copia, e incluso podían copiarse obras escritas o utilizarlas, en cierta medida, como base de otras creaciones de modos que hoy en día constituirían infracción de derecho de autor. Así, la regulación de las actividades y los mercados editoriales no supuso la prohibición de todas las posibilidades de utilización y copia libres.³⁸

La instauración de un régimen jurídico del derecho de autor, que abolía los antiguos privilegios, planteó la necesidad de establecer limitaciones adecuadas a tales derechos jurídicos. Aunque tales limitaciones pudieran ser borrosas e inciertas y muy amplia la interpretación del ámbito del derecho, dando inicio a la creciente expansión de la propiedad intelectual que muchos denuncian hoy día, su establecimiento abrió cierto debate y erigió un espacio de libre uso definido jurídicamente. En ese sentido, es cierta la afirmación de que “el derecho de autor y el dominio público nacieron al mismo tiempo”.³⁹ Al menos según se interpretan y entienden tales conceptos en el ordenamiento jurídico. Con todo, quedaba por elaborar una retórica y un régimen de ese espacio de libre uso que permitieran al dominio público salir de su histórica invisibilidad, al menos en el contexto del derecho de autor, de no hacerlo en la realidad objetiva.

La elaboración de dicho régimen, distinto del Estatuto de la Reina Ana y los demás reglamentos de derecho de autor iniciales, llevó algún tiempo, por lo que podría parecer que en los inicios de la historia del derecho de autor hubo una relativa ausencia de dominio público. La terminología del dominio público se configuró bastante tarde en la mayoría de los países. Los primeros en utilizarla fueron los franceses, refiriéndose con ella a la expiración del derecho de autor. Durante mucho tiempo, el término de “dominio público” se utilizó en referencia únicamente a las obras cuya protección había caducado. Poco a poco, el concepto se fue ampliando hasta englobar todas las creaciones que carecen de protección por derecho de autor o que han dejado de tenerla.⁴⁰

³⁴ T. OCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *op. cit.*

³⁵ M. ROSE, “Nine-Tenths of the Law...”, *op. cit.*, p. 75-76.

³⁶ J. GINSBURG, “Une chose publique...”, *op. cit.*

³⁷ M. ROSE, “Nine-Tenths of the Law...”, *op. cit.*, p. 76.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Véase, por ejemplo, T. OCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *op. cit.*, en que se examina el uso de la terminología en la jurisprudencia estadounidense desde 1896, englobando las creaciones o invenciones

Junto con la progresiva elaboración de una terminología y retórica adecuadas, a lo largo del siglo XIX empezó a configurarse en muchos países la noción y el régimen del dominio público, tanto en los debates en torno a la expansión del derecho de autor como en la solución jurisprudencial de cuestiones de derecho de autor. Antes incluso de que empezara a utilizarse el término de “dominio público”, el concepto de recursos de libre acceso al público en general cumplió la función de elemento nivelador frente a la concesión de un monopolio sobre las manifestaciones creativas. J. Ginsburg nos recuerda que pese a la actual posición de proteccionismo que aparentemente presenta Francia, su sistema de derecho de autor “fue el que estuvo más cerca de reconocer la negligencia existente en lo que respecta al dominio público, haciendo hincapié en el hecho de que la propiedad pública figuraba como telón de fondo de los derechos privados”.⁴¹ A la noción de dominio público acompañaban otras como las de “propiedad pública” o “propiedad común”.⁴² La declaración de Le Chapelier en favor del principio de la propiedad literaria: “[...] la más sagrada, la más legítima, la más indiscutible, y, si se me permite decirlo, la más personal de todas las propiedades es la obra que emerge como fruto de los pensamientos de un escritor”, continúa, como es bien sabido, del modo siguiente:

“[...] 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”. (Traducción de la Oficina Internacional).

Cabe señalar que, en esta cita, la noción de “propiedad pública” aparece tras mencionar que la obra ha sido divulgada al público. 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,⁴³ sino que debería entenderse como el interés del público en obtener acceso a las creaciones intelectuales y disfrutar de las mismas. En ese sentido, Le Chapelier introduce la idea de un dominio público en el marco del derecho de autor en sí, en la medida en que esa libertad de acceso a las obras es consecuencia de los mecanismos de divulgación y se sitúa en una posición paralela a la exclusividad que confiere la protección por derecho de autor. Aparece aquí la noción de un dominio público cognitivo, mencionada anteriormente, que distingue entre la libertad de uso que confiere el dominio público en sentido estricto, y el acceso intelectual a contenidos que depende de que tales contenidos se divulguen, independientemente de que exista protección por derecho de autor.

La noción de dominio público, tal como se conoce hoy en día, ganó predicamento durante el debate que tuvo lugar en el siglo XIX sobre la ampliación de la duración de la protección de la propiedad artística.⁴⁴ En Francia, esta cuestión interesó a muchos escritores, filósofos y políticos, que se mostraban fervorosamente a favor o en contra de establecer una duración perpetua de la propiedad literaria y artística, así como de cualquier otro derecho de propiedad. Joseph Proudhon fue uno de los más acérrimos detractores de un derecho de autor permanente y aludió expresamente a la noción y terminología del dominio público:

Al promulgar una ley de ese tipo, los legisladores lograrán algo mucho peor que pagar al autor un precio exorbitante; habrán abandonado el principio de bien público, de dominio público, y perjudicarán seriamente a la comunidad... No

[Continuación de la nota de la página anterior]

que no tenían protección por patente o derecho de autor por no cumplir los requisitos necesarios para obtenerla.

⁴¹ J. GINSBURG, “Une chose publique...”, *op. cit.*, p.144.

⁴² T. OCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *op. cit.*, p. 233-235.

⁴³ Ya que el concepto de propiedad se utilizaba, en aquel entonces, en un sentido ideológico más que jurídico. En lo que respecta al uso de la propiedad pública en el derecho de autor, en sentido jurídico, véase P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, LGDJ, 1969.

⁴⁴ A ese respecto, véase L. Pfister, “La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle”, *R.I.D.A.*, julio de 2005, p. 117.

*desheredemos a la humanidad de su dominio... La propiedad intelectual no sólo invade el dominio público, sino que también roba al público su parte en la producción de todas las ideas y expresiones.*⁴⁵

En este párrafo el dominio público se proclama como el elemento opuesto al derecho de autor, como su necesario contrapeso, idea que todavía domina el actual discurso sobre el dominio público.

En el discurso de apertura del Congreso Literario Internacional de 1878, prelude de la adopción del Convenio de Berna, Víctor Hugo mantuvo las dos ideas sobre el dominio público: por un lado, afirmando que “una vez que la obra se publica, el autor deja de ser el dueño de la misma, y pasa entonces a manos de la otra parte: llámesela como se quiera, alma humana, dominio público, sociedad”; por otro lado, fomentando el dominio público en tanto que la suerte que necesariamente depara a las obras cuando termina la protección por derecho de autor.

El siglo XIX fue también una época en que en la jurisprudencia y los procesos legislativos se planteó por primera vez la cuestión del dominio público. Un importante precedente es el famoso asunto judicial *Donaldson v. Beckett*,⁴⁶ celebrado en Inglaterra en 1774, en el que se estableció la preeminencia del dominio público, bajo la forma de *publici juris*, una vez que el plazo legal de la protección por derecho de autor hubiera caducado. En el fallo, Lord Camden equiparó, en una formulación que se ha hecho famosa, la ciencia y el aprendizaje a “las cosas comunes a toda la humanidad, que deben ser tan libres y públicas como el aire o el agua”.

En los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo empezó a utilizar esta terminología a finales del siglo XIX y, más importante aún, le adjudicó al dominio público un régimen de libre disponibilidad e irrevocabilidad.⁴⁷

En el plano internacional, a principios de 1886, en el Convenio de Berna se aludió al dominio público para designar a las obras en que había caducado la protección por derecho de autor, tomando prestado el concepto de la ley de derecho de autor de Francia.⁴⁸ Esta referencia al dominio público, entendida siempre en relación al vencimiento del plazo de la protección, subsiste todavía en el párrafo 1 del artículo 18 del Convenio de Berna.⁴⁹

Esta breve reseña histórica muestra que el impulso inicial en favor del dominio público ha ido poco a poco incorporándose en la doctrina del derecho de autor y su régimen jurídico, afirmándose como el contrapeso necesario de la protección del derecho de autor. Si el dominio público ha adquirido mayor importancia hoy en día tanto en lo que respecta al discurso como a la teoría política, probablemente se deba al entorno digital, que, además de fomentar el acceso a los contenidos culturales, da por hecho la existencia de un dominio público abundante al margen de la protección por derecho de autor.

D. La justificación del dominio público

Entre las tradicionales justificaciones filosóficas de la propiedad intelectual es frecuente que no se mencione el dominio público, pero en ellas se ilustra, no obstante, el modo en que se trata, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, el material que no está protegido. Tales teorías se centran principalmente en los motivos para conceder a los autores derechos de exclusividad sobre el fruto de su labor creativa, justificando, así, la concesión de un derecho de propiedad. Pero se dedica escasa atención a la posible justificación de la conservación de un dominio público o de unos bienes públicos en los ámbitos del conocimiento o la cultura, al

⁴⁵ J. Proudhon, *Les Majorats littéraires*, 1868 (trabajo en que la terminología del dominio público aparece en varias ocasiones). (Traducción de la Oficina Internacional).

⁴⁶ *Donaldson v. Beckett*, 98 Eng. Rep., en 357 (1774).

⁴⁷ Véanse los casos analizados por T. ОCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *op. cit.*, p. 240 y siguientes.

⁴⁸ Véase el artículo 14 del Convenio de Berna de 1886, que establece lo siguiente: “Bajo las reservas y las condiciones que se determinen por común acuerdo, el presente Convenio se aplicará a todas las obras que, en el momento de su entrada en vigor, todavía no hayan pasado a formar parte del dominio público en el país de origen”. (Traducción de la Oficina Internacional).

⁴⁹ “El presente Convenio se aplicará a todas las obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección.”

menos en las teorías de propiedad intelectual de Occidente (que sigue siendo dominante en la doctrina del derecho de autor).

A menudo se hace referencia a la teoría de la propiedad-trabajo de John Locke para justificar la concesión de un derecho de autor o de patente, similares a los derechos de propiedad, sobre obras o invenciones que son fruto de la labor intelectual.⁵⁰ El texto de su famosa disposición, que se recoge en el Tratado de gobierno civil, es el siguiente:

*“[...] Cualquier cosa que [el hombre] saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, [y] es, por consiguiente, propiedad suya”.*⁵¹

El texto no trata de la propiedad intelectual, ni Locke ha escrito nunca sobre ese tema, pero en la historia del derecho de autor se ha hecho siempre referencia al mismo con objeto de conferir un derecho de propiedad intelectual a los frutos del trabajo intelectual.⁵²

Otra de las bases teóricas tradicionales de la propiedad intelectual se debe a Hegel, que justifica que a un individuo se le conceda un derecho sobre un objeto cuando pone algo de sí mismo en ese objeto. Su teoría de la personalidad en relación con la propiedad afirma los derechos de propiedad privada que se derivan del acto subjetivo de apropiación como una extensión de la personalidad.

Aplicadas a la propiedad intelectual, ambas teorías equiparan la propiedad con la producción cultural de los seres humanos: el material que se protege es aquel que los humanos han extraído del estado puro de la naturaleza.⁵³ El principio de propiedad de Locke se asienta en el principio de que todo ser humano puede apropiarse libremente de cualquier recurso mediante su trabajo, mientras que la concepción hegeliana se basa en la idea de un dominio público que puede pertenecer a todo individuo “con interés en aprovecharlo”. Ambas teorías consideran la naturaleza como una potencial propiedad privada. Traducida esta idea a la propiedad intelectual, la naturaleza puede equipararse al dominio público que se considera, entonces, como la materia prima de las futuras creaciones y de la protección por derecho de autor.

No obstante, la teoría de Locke no deja de tener en cuenta la necesidad de que algunos recursos puedan ser utilizados libremente por todos, al añadir a su disposición que la apropiación debe dejar “suficiente y tanto” material en común para que sea disfrutado por terceros.⁵⁴ Así, tal vez no exista un derecho natural de propiedad si no se reconoce al mismo tiempo la existencia de bienes públicos. Lo cual justifica el equilibrio fundamental de la propiedad intelectual, en que la concesión de derechos de exclusividad debe contrarrestarse

⁵⁰ Sobre la influencia de la teoría de Locke en las primeras leyes de derecho de autor, véase S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, op. cit., N° 276; D. ATTAS, “Lockean Justifications of Intellectual Property”, en A. GOSSERIES, A. MARCIANO Y A. STROWEL (eds.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 29.

⁵¹ JOHN LOCKE, *An Essay Concerning the True original, Extent, and End of Civil Government*, en *Two Treatises of Government*, Ch. V, 27 (Peter Laslett ed., 1988).

⁵² Véase la petición de los bibliotecarios durante el debate en torno al Estatuto de la Reina Ana, en el *Journal of the House of Commons*, 26 de febrero de 1706, citado por A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruylant/LGDJ, 1993, p.187: “[...] muchos estudiosos han dedicado mucho tiempo y recursos a escribir libros; normalmente, para imprimir ejemplares de tales libros, los adquirentes tenían que satisfacer cantidades importantes, pero en los últimos años tal tipo de propiedad ha sido objeto de un abuso desmedido”; o el preámbulo de la Ley de Derecho de Autor del 17 de marzo de 1783 del Estado de Massachussets, citado por J. GINSBURG, “Un cuento de dos derechos de autor: la propiedad literaria en la Francia revolucionaria y los Estados Unidos de América”, *R.I.D.A.*, enero de 1991, p. 144; o, en lo que respecta a Francia, las muchas declaraciones de Le Chapelier y Lakanal, durante la promulgación de los decretos revolucionarios de 1791 y 1793 referidos a la labor del escritor o el Manifiesto de Lous d'Héricourt en favor de la propiedad literaria (« *Un manuscrit (...) est, dans la personne de l'auteur, un bien qui lui est réellement propre, parce que c'est le fruit de son travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré* ») (citado por A.C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, París, Jules Renouard y Cie, Tomo I, 1838, p. 156.

⁵³ A.-C. RENOARD, op. cit. p. 441: “*Que l'intelligence ait empire sur les choses, que l'homme soit le maître légitime de la nature inintelligente livrée à lui pour le servir, c'est là une vérité trop évidente pour n'être pas incontestée.*”

⁵⁴ Si desea consultar un estudio sobre esta parte de la teoría de Locke, véase W. GORDON, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *Yale L.J.*, 1993, volumen 102, p. 1.555 y siguientes.

mediante el reconocimiento de bienes intelectuales públicos o mediante lo que hoy en día se denomina “dominio público”.⁵⁵

Los trabajos de Jurgen Habermas sobre la esfera pública ofrecen otra teoría que puede ayudar a entender la necesidad de reconocer el derecho de autor sin dejar de preservar algún tipo de acceso a las expresiones culturales.⁵⁶ La esfera pública, entendida como un grupo de personas que puede mantener una seria oposición al Estado, nace durante el siglo XVIII al mismo tiempo que las primeras leyes de derecho de autor. No es una coincidencia que en ese preciso momento se establezca una protección de las obras literarias y artísticas. Como explica Habermas, la matriz de la esfera pública es cultural, puesto que las bases del debate y pensamiento políticos están en la producción literaria y artística (como ya describió en su momento Kant),⁵⁷ esto es que el objetivo social del derecho de autor es el fomento de la esfera pública. La finalidad de la obra es servir al público, siendo el objetivo del régimen de protección facilitar la divulgación de las obras en la esfera pública, lo que otorga al autor cierto control sobre esa divulgación. Así, el modelo de esfera pública integra de manera inherente el dominio público como un elemento fundamental del régimen del derecho de autor, en la medida en que su objetivo último debería consistir en facilitar el acceso público a las obras.

Más recientemente, las teorías de los derechos naturales de la propiedad intelectual han sido sustituidas por concepciones utilitarias, que justifican la concesión de un derecho de propiedad privada basándose en el bienestar social en general que proporcionará la concesión de ese derecho. En ese contexto, la propiedad intelectual queda legitimada si ofrece a los creadores e innovadores incentivos suficientes como para impulsar la producción de obras e invenciones. Los abundantes estudios jurídicos y económicos sobre la propiedad intelectual que se han llevado a cabo en los últimos 30 años se han basado en este argumento.

Los beneficios económicos de la propiedad intelectual han sido demostrados con frecuencia. En el presente estudio no se pasan por alto las preocupaciones que despierta el dominio público, aun cuando las investigaciones jurídicas y económicas o la elaboración de estudios económicos sobre el dominio público no estén más que en sus inicios.⁵⁸ La Unión Europea, por ejemplo, ha encargado la elaboración de un estudio sobre el valor económico del dominio público, especialmente en lo que respecta a las instituciones de patrimonio cultural.⁵⁹ Al ser la finalidad de tales estudios estimar el valor actual de las obras del dominio público y el de las obras que pasarán a formar parte del dominio público en los próximos años, éstos podrían contribuir a ponderar el valor de un dominio público abundante así como el efecto de las posibles modificaciones que pudieran introducirse con respecto a la línea que separa la protección y la falta de protección en los regímenes de derecho de autor.

Los estudios económicos sobre la prórroga de la duración de algunos derechos de propiedad intelectual también son útiles para determinar el valor del dominio público constituido por obras cuyo derecho de autor ha expirado.⁶⁰ También abundan los estudios sobre licencias de contenidos de libre acceso y de programas informáticos de libre acceso al código fuente,⁶¹ en los que se examinan las ventajas económicas asociadas al intercambio de prácticas y al régimen de no exclusividad en la supervisión de activos intelectuales, características que los movimientos en favor del libre acceso comparten con el dominio público (véanse los párrafos que siguen).

⁵⁵ En lo que respecta a la aplicación de la teoría de Locke al dominio público, véase J. BOYLE, *op. cit.*, p. 28; véase también, G. DUTFIELD & U. SUTHERSANEN, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁶ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962. En lo que respecta a la aplicación del modelo de esfera pública a la protección de derecho de autor y su incidencia en la protección digital del derecho de autor, véase S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, p. 220 y siguientes.

⁵⁷ I. KANT, « Beantwortung der Frage : Was Ist Aufklärung ? », *Berlinische Monatschrift*, 1784.

⁵⁸ R. POLLOCK, *The Value of the Public Domain*, julio de 2006, disponible en <<http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=482>>; E. SALZBERGER, “Economic Analysis of the Public Domain”, en *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p.27-58; Computer & Communications Industry Association, *Fair Use in the US Economy*, 2007, disponible en <<http://www.cciinet.org/Copyright-Resources/>>.

⁵⁹ Véase el primer informe de ese estudio, *Economic and Social Impact of the Public Domain: EU Cultural Institutions and the PSI Directive*, mayo de 2009, disponible en <http://www.epsiplus.net/reports/economic_and_social_impact_of_the_public_domain_eu_cultural_institutions_and_the_psi_directive_may_2009>.

⁶⁰ W. LANDES & R. POSNER, “Indefinitely renewable copyright”, *U. Chi. L. Rev.*, 2003, vol. 70, p. 471.

⁶¹ Para consultar un estudio reciente, véase, por ejemplo, J. HOUGHTON, *Open Access – What are the economic benefits?*, estudio encargado por Knowledge Exchange, 2009, disponible en: <<http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=316>>.

Todos estos estudios económicos tienen un punto en común: la progresiva evolución desde la idea de la llamada tragedia de los bienes públicos hacia una postura en que la organización –en lugar de la privatización– de tales bienes públicos podría considerarse como algo beneficioso. “La tragedia de los bienes públicos” es el título de un famoso artículo de economía escrito por G. Hardin en 1968 en el que el autor sostiene que los recursos de gestión colectiva, faltos de derechos exclusivos, derivarían necesariamente en un consumo excesivo y acabarían por agotarse.⁶² Desde entonces, han sido muchos los autores importantes (entre ellos, el Premio Nobel de Economía de 2009, Elinor Ostrom),⁶³ que han demostrado que mediante la gestión colectiva de bienes públicos, tanto materiales como inmaterial, ¿podría eludirse esa situación fatal, y potenciarse la creación de valor. A pesar de estos últimos estudios, puede decirse que “el análisis de la información y el conocimiento en tanto que bienes públicos está todavía en su fase inicial”.⁶⁴ No obstante, estos análisis podrían servir para enriquecer la doctrina jurídica sobre el dominio público y su valor para la creación y la innovación.

El problema de todas estas ideologías que se están desarrollando o aplicando en lo que respecta a la propiedad intelectual podría estar en su firme arraigo en las ideas filosóficas o económicas de Occidente, que tienden a atribuir a la propiedad privada y a la exclusividad una posición central en las cuestiones de desarrollo y justicia. En el debate sobre bienes públicos también podría ser útil tener en cuenta otras nociones de propiedad o de derechos, considerando la propiedad colectiva o la producción cultural no tanto en su valor como actos individuales de autor como en el que adquieren en tanto que elementos propulsores de la cultura y patrimonio comunes.⁶⁵ Resultaría muy provechoso que se elaboraran más estudios a este respecto.

III. ELEMENTOS QUE COMPONEN EL DOMINIO PÚBLICO

A. Principios fundamentales

El dominio público está constituido por elementos sin protección, independientemente de las circunstancias en que se utilicen. Por su naturaleza, ese dominio público puede utilizarse libremente, ya que se basa en la ausencia de derechos exclusivos.

El dominio público se constituirá básicamente de elementos que muchos países utilizan generalmente para definir el objeto de la protección por derecho de autor, pero lo complementarán otros elementos que en algunas legislaciones nacionales se consideran pertenecientes al dominio público. En este estudio sobre los elementos que integran el dominio público con arreglo a las legislaciones nacionales, se han elegido distintos países a fin de lograr una representación equilibrada y diferenciada de la legislación en lo que respecta a la distribución geográfica, nivel de desarrollo económico y sistema jurídico. Los países elegidos son: Argelia, Australia, Brasil, Chile, China, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Kenya, Malasia, República de Corea y Rwanda.

La delimitación de los contenidos del dominio público puede resultar útil en muchos aspectos. En primer lugar, puede ayudar a los países a determinar qué obras pertenecen al dominio público. En segundo lugar, servirá para ilustrar que el dominio público no es homogéneo, sino que presenta gran variedad, ya que engloba muchos elementos eclécticos, lo cual tiene dos consecuencias. Por una parte, el modo en que, en virtud de una ley o de cualquier otra medida, un elemento pasa a formar parte del dominio público pone de relieve la existencia de diferentes mecanismos y diferentes objetivos que pueden incidir en las recomendaciones o estrategias políticas que se adopten para mantener y fomentar el “carácter público” de esas diferentes partes del dominio público. Por otra parte, en la medida en que cada categoría de elementos del dominio público obedece a diferentes mecanismos, corre sin duda el peligro de quedar recluido o convertido en una mera mercancía. Para poder formular

⁶² G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, 1968, n°162, 1243.

⁶³ Véase, por ejemplo, E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

⁶⁴ C. HESS & E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, MIT Press, 2006, p. 3.

⁶⁵ R. COOMBE, “Fear, Hope and Longing”, *op. cit.*, p.1181.

recomendaciones que sirvan para compensar este tipo de intromisiones injustificadas es fundamental entender previamente las diferencias que existen en la naturaleza y el funcionamiento de tales peligros. En conclusión, para poder atender todas las distintas partes del dominio público será necesario formular diferentes recomendaciones.

B. La territorialidad del dominio público

El régimen jurídico de un recurso intelectual depende de la legislación aplicable. Como muchas leyes o sentencias nacionales que regulan la legislación aplicable en el derecho de autor, el Convenio de Berna establece que el goce y el ejercicio del derecho de autor “no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos serán independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra” y que “la exención de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección” (párrafo 2 del artículo 5 del Convenio de Berna). En los casos en que puede aplicarse el Convenio de Berna, el principio aplicable a la existencia del derecho de autor es la *lex protectionis*. Esta norma legislativa, que es inherente al principio fundamental de territorialidad en el derecho de autor, se aplica también a la duración de la protección del derecho, con algunas reservas que se estudiarán más adelante. La única excepción atañe a las expresiones del folclore en virtud del apartado a) del párrafo 4 del artículo 15 del Convenio de Berna.⁶⁶

Por lo tanto, el régimen de las obras protegidas por derecho de autor variará en función de las leyes del país en que se busque obtener la protección. Puede ocurrir que una obra tenga protección por derecho de autor en un país pero se considere en otro perteneciente al dominio público, según las distintas leyes que se apliquen con respecto a la protección o la duración.

Dicha variabilidad puede complicar enormemente la tarea de determinar los elementos del dominio público, especialmente cuando son varios los países que tienen la intención de utilizar o explotar al mismo tiempo una obra del dominio público, como sucede cada vez con más frecuencia, sobre todo desde la irrupción de la explotación por Internet. Es este uno de los aspectos más peliagudos de la conservación y potenciación del dominio público.

Así, no es que el material creativo pertenezca o no necesariamente al dominio público, sino que se considerará objeto de protección por derecho de autor o no en función de la legislación aplicable a ese respecto. Lo cual plantea una primera dificultad a la hora de garantizar la conservación del dominio público. Si una obra no tiene unas condiciones jurídicas definitivas y permanentes, ¿cómo puede fomentarse su libre uso más allá de un régimen nacional? ¿Qué puede asegurar al usuario la libertad de uso de una obra, en caso de que efectivamente la use?

C. Clasificación de los diversos aspectos del dominio público a partir del objeto de protección

1. La idea/expresión o el dominio público de la ontología

Una línea divisoria fundamental entre el objeto del derecho de autor y del dominio público reside en el principio de la dicotomía idea/expresión. Según este principio, sólo las expresiones creativas pueden recibir protección, mientras que las ideas o la información pueden ser utilizadas libremente por todo el mundo, o, según las famosas palabras de Desbois, son “*de libre parcours*”. Las obras son la manifestación y materialización de ideas, hechos, principios, métodos. En realidad, la noción de obra se apoya en la dicotomía

⁶⁶

“Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión, queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión”. Esta disposición se refiere más específicamente a la autoridad competente para hacer cumplir los derechos en el ámbito del folclore que a la determinación de la legislación aplicable, pero, en su momento, se añadió al Convenio de Berna para asegurar que el folclore nacional recibiera protección de conformidad con la legislación del país de origen.

idea/expresión,⁶⁷ aspecto éste anterior incluso a la cuestión de qué es una obra literaria y artística o de qué es una obra original. Ideas, hechos, estilo, métodos, asuntos, mera información, conceptos, son pues, por naturaleza, materiales sin protección que constituyen bienes públicos en el sentido estricto del término. Y cabe afirmar que juntos conforman un dominio público **ontológico**.

Aún las ideas pueden estar protegidas por prerrogativas como el secreto profesional o la no divulgación, pero “una vez que el autor revela su obra al público, toda *idea* contenida en la obra pasa al dominio público, y el autor debe contentarse únicamente con mantener el control sobre la *forma* con que vistió tales ideas”.⁶⁸ Estas consideraciones, más que para separar el ámbito del derecho de autor protegido del dominio público, que carece de protección, servirán como criterio para determinar posibles infracciones del derecho de autor, puesto que sólo la copia de una manifestación creativa, y no de una idea, podrá considerarse un acto de infracción del derecho de autor.

El Convenio de Berna no establece explícitamente el principio de la dicotomía idea/expresión. La ausencia de una referencia al respecto se subsana en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, cuyo artículo 2 estipula que “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Esta formulación se ha tomado del párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos pueden considerarse como simples ejemplos de lo que queda englobado en el término general de “ideas”.⁶⁹ Tampoco están protegidos la información propiamente dicha, hechos evidentes, datos brutos, conceptos o estilos. A tales elementos cabría añadir palabras, notas musicales, colores o cualquier otro elemento básico que sirva para expresarse.

El argumento en que se apoya este principio tiene su origen en el supuesto generalmente aceptado de que las ideas y la información constituyen las bases de la innovación, la creación, la investigación científica y la educación. El derecho de autor no puede restringir la posibilidad de los usuarios y creadores de acceder y aprovechar los conocimientos existentes en aras del progreso de la creación artística.

Las ideas son el “núcleo duro” del dominio público, ya que, por su propia naturaleza, no pueden recibir protección por derecho de autor.⁷⁰ Naturalmente, aunque las ideas puedan transformarse en una expresión artística y queden, con ella, fuera del dominio público, el objeto de protección será nuevo, esto es una obra original, pero la protección que no afectará a la idea inherente a la obra. En ese sentido, la idea nunca deja de pertenecer al dominio público y puede ser utilizada una y otra vez por cualquiera en todo momento. Debido a su ubicuidad, las ideas se resisten a la protección por derecho de autor, que se basa en la forma y no en el contenido.

Muchas leyes nacionales hacen referencia expresa a este principio. La exclusión de las ideas está, por ejemplo, presente en la legislación de derecho de autor de Australia (que protege sólo formas de expresión); el Brasil (que excluye las ideas, procedimientos normativos, sistemas, métodos o proyectos o conceptos matemáticos propiamente dichos; diagramas, proyectos o normas para efectuar actos intelectuales, ejecutar juegos o administrar negocios, información de uso común como la contenida en calendarios, agendas, registros o lemas, así como la explotación industrial o comercial de ideas materializadas en obras); China (que exige que las obras estén expresadas en alguna forma); Costa Rica (que excluye “las ideas, los procedimientos, métodos de operación, conceptos matemáticos en sí”); Dinamarca (que exige que las obras estén expresadas de alguna manera); Corea (que define las obras como expresión de ideas); Rwanda (que excluye “toda idea, procedimiento, sistema, métodos de operación, conceptos, principios, revelación de simples datos, aun cuando se hayan expresado, descrito, explicado, ejemplificado, o materializado en una obra”); y de los Estados Unidos de América (que excluye de su ámbito “toda idea, procedimiento, proceso, sistema,

⁶⁷ V.-L. BENABOU, “Pourquoi une œuvre de l’esprit est immatérielle”, *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, enero de 2005, p. 53.

⁶⁸ C. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, *Copyright Law*, Lexis Nexis, 7ª edición, 2006, p. 106.

⁶⁹ J. REINBOTHE Y S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths Lexis Nexis, Londres, 2002, p. 47.

⁷⁰ Ni tampoco protección por patente, teniendo en cuenta que, al contrario de lo que se dice a menudo, las ideas abstractas nunca pueden patentarse, sino que para ello es necesario que tengan carácter técnico o concreto.

método de operación, concepto, principio o descubrimiento”). En otros regímenes dicha exclusión se reconoce implícitamente o se aplica en los tribunales o resulta de la protección de “obras” únicamente, lo que se equipara con las expresiones creativas. Y como en las respectivas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor puede interpretarse la imposición de una obligación en los Estados miembros, ningún país puede adoptar una decisión diferente.⁷¹

A pesar de su aparente importancia en el contexto del derecho de autor, la ausencia de protección de las ideas y la información ha ido peligrando en estas últimas décadas de expansión de la propiedad intelectual. Una amenaza fundamental es la que constituye el establecimiento de protección específica en 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 conjuntos de datos. Ciertamente, nunca datos brutos independientes serán el objeto de tal protección, que sólo se otorga a las partes sustanciales de una base de datos o a colecciones de datos. No obstante, 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* podría oponerse al principio de libre acceso y uso de las ideas (véanse los párrafos que siguen).

2. Los requisitos de la protección o el dominio público de los contenidos

i) Originalidad

Para poder recibir protección por derecho de autor es necesario que la obra presente cierto grado de originalidad. La originalidad es, en palabras de R. Casas Valles, “la prueba y la materialización de la autoría y lo que justifica la concesión del derecho de autor”.⁷² Todos los países aplican este principio. En el Convenio de Berna no hay referencia explícita a la originalidad, y rara vez en las leyes nacionales (véanse, como excepción, las Leyes de Argelia, Australia, Costa Rica, Estados Unidos de América, Kenya, Malasia y Rwanda), si bien tal referencia pueda probablemente inferirse de la expresión “obras literarias o artísticas”, y hallarse también en la condición de creación intelectual que se aplica a la protección de las colecciones (párrafo 5 del artículo 2 del Convenio de Berna).

El Convenio de Berna tampoco determina los límites de la originalidad, que queda en manos de cada país, lo que da lugar a que existan diferencias en lo que respecta a la definición y al grado de originalidad exigido entre los distintos países. Con frecuencia, la clara diferencia en los criterios que se aplican al respecto en los países de tradición jurídica romanista y los países del *Common Law* se ha subrayado y a veces también se ha atenuado.⁷³ Los primeros hacen hincapié en el hecho de que el autor imprime su personalidad en la obra, y vinculan la originalidad con un enfoque subjetivo, mientras que los segundos aplican un criterio más objetivo, en el que se exige que la creación sea independiente, que no esté copiada de otro autor y ponga de manifiesto que es el resultado de algún tipo de actividad intelectual. El criterio basado en la máxima “hecho con el sudor de la frente”, que antiguamente bastaba en algunos países para satisfacer el requisito de originalidad, quedó explícitamente descalificado por el fallo emitido por el Tribunal Supremo en el famoso asunto judicial *Feist*, que estableció lo siguiente:

“La condición sine qua non del derecho de autor es la originalidad. [...] El término “original”, tal como se utiliza en el derecho de autor, significa únicamente que la obra fue creada por el autor de manera independiente (esto es, que no se copió de otras obras) y que posee al menos cierto grado de creatividad. El nivel de creatividad necesario es extremadamente bajo; incluso un grado muy escaso de creatividad será suficiente.”⁷⁴

⁷¹ Véase también el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, en que se permite establecer en la legislación nacional una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, “[...] a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo”.

⁷² R. CASAS VALLES, “The requirement of originality”, en E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edgar Elgar, 2008, p. 102.

⁷³ Véase principalmente, A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright*, op. cit.

⁷⁴ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991). (Traducción de la Oficina Internacional).

Pero el criterio de la protección por derecho de autor ayuda poco como herramienta para determinar los contenidos del dominio público. Por un lado, en muchos países el nivel mínimo de originalidad que se exige para obtener protección por derecho de autor es muy bajo y se aplica generalmente a cualquier actividad que entrañe un esfuerzo intelectual o en la que se imprima de algún modo la personalidad del autor. Pocas creaciones intelectuales quedarán en el dominio público por falta de la necesaria originalidad. En ese sentido, la utilización de la originalidad como criterio para que una creación reciba protección por derecho de autor lleva consigo una idea que predomina en el ámbito de la propiedad intelectual y cuyos orígenes podrían encontrarse en Locke y Hegel, esto es, el principio de que toda creación originada de la actividad humana debería tener derecho a recibir protección exclusiva (véanse los párrafos anteriores). Así, los criterios para que la protección entre en vigor son muy subjetivos y a la vez muy poco firmes.

Por otra parte, es muy difícil determinar la originalidad con exactitud, decisión que finalmente suele quedar en manos de los tribunales. En otras palabras, podría resultar muy difícil asegurar la protección de una creación y muchos usuarios potenciales podrían, en una actitud de cautela, optar por la protección por derecho de autor. Así, los contornos de esta parte del dominio público pueden ser muy borrosos.

El escaso nivel de originalidad constituye también una amenaza para el dominio público, ya que son muy pocas las obras que quedan sin protección, confiriéndose a veces, incoherentemente, a material que presenta en principio un nivel de creatividad muy escaso.

Algunos mecanismos jurídicos contribuyen también al desequilibrio entre el material que está protegido y el que no. Por ejemplo, en Australia, en el curso de un litigio se considerará que una obra está protegida por derecho de autor si el demandado no alega nada en contra.⁷⁵ Así, en un procedimiento por infracción, la situación de una obra con respecto al dominio público no se pondrá, en principio, en tela de juicio.

ii) Fijación

En algunos países, para que una obra pueda obtener protección por derecho de autor debe estar fijada a un soporte material. Así ocurre en los Estados Unidos de América, en que el requisito de fijación se satisface cuando el soporte de la obra “de una copia o grabación sonora, con o bajo la autorización del autor, es lo suficientemente permanente o estable como para permitir que sea percibida, reproducida o comunicada durante un plazo mayor a una duración transitoria” (apartado b) del artículo 102 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.). En Kenya también se exige algún tipo de fijación de la obra (párrafo 3 del artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor de Kenya) y también en Malasia (apartado b) del párrafo 3 del artículo 7 de la Ley de Derecho de Autor de Malasia). Cabe suponer que, en tales países, una obra que no esté fijada de alguna forma no tendrá protección, y pasará a formar parte del dominio público.

En otros países se establece que las obras recibirán protección tan pronto como hayan sido creadas.

iii) Nacionalidad *de la obra*

Muchos países todavía establecen en sus legislaciones que determinadas obras queden excluidas de la protección por derecho de autor según sus países de origen, confiriendo protección a las obras que hayan sido creadas por los nacionales o divulgadas en el territorio del país, y a obras cuyo país de origen sea un Estado miembro de alguno de los tratados en que el país en cuestión sea parte. Por ejemplo, la Ley de Derecho de Autor de Kenya incluye expresamente en el dominio público “las obras de otros países que no tienen protección en Kenya” (párrafo 1 del artículo 45). Lo mismo ocurre en Australia, Brasil, Chile, China, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos de América, Corea y Malasia. En algunos países, como Francia, Italia o Rwanda, la exclusión de la protección sólo afecta a obras que hayan sido divulgadas en países que no reconocen un nivel suficiente de protección a las obras publicadas en los primeros. Así, la regla de reciprocidad puede favorecer a las obras procedentes de países que no sean parte en el Convenio de Berna.

⁷⁵

La misma presunción existe en Kenya.

Como el número de miembros del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC va incrementándose progresivamente, todavía quedan unos pocos países cuyas obras podrían no estar protegidas en otros territorios. Es, pues, raro que este criterio pudiera llevar a destinar una obra al dominio público en alguna jurisdicción.

3. La duración de la protección o la temporalidad del dominio público

Una característica fundamental de la propiedad intelectual, excepto en lo que respecta a las marcas, las indicaciones geográficas y, en cierta medida, a los derechos *sui generis* que se confieren a las bases de datos, es la limitación en el tiempo. Una vez transcurrido un determinado período de tiempo, la obra o la invención pasa a formar parte del dominio público. Se puede hablar, así, del dominio público en su aspecto **temporal**.

La importancia que esa limitación temporal reviste para la constitución del dominio público explica que en muchos países y durante mucho tiempo, la expresión “dominio público” se aplicara a obras cuya protección había caducado. En los comienzos del derecho de autor, se consideraba que la limitación de la duración era el elemento principal para asegurar el acceso a la producción literaria y artística por parte de la sociedad en general y como la mejor prueba de la existencia de un equilibrio entre la protección y el interés público.

En los debates que tuvieron lugar en muchos países a lo largo del siglo XIX con respecto a la ampliación de dicha duración se hizo especial hincapié en ese punto: limitar la duración para llegar a un equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad y la pública disposición, creando así dos ámbitos separados, que irían configurándose con el tiempo. Además, el dominio público se consideró la regla y el derecho de autor la excepción, necesaria aunque de aplicación no permanente, como se refleja en la declaración citada a menudo de Lord Macaulay, en el discurso que pronunció ante la Cámara de los Comunes de Inglaterra en 1841:

*“Es bueno que se remunere a los autores, y el modo menos objetable de remunerarlos es mediante el monopolio. Sin embargo el monopolio es un mal. En aras del bien debemos someternos al mal; pero el mal no debería durar un día más de lo necesario a los fines de asegurar el bien”.*⁷⁶

La instauración de un derecho de propiedad privada constituía tan sólo una intrusión limitada en el dominio público, que sería la regla. J. Ginsburg ha demostrado que esta prevalencia del dominio público existió en los primeros regímenes de propiedad literaria y artística de Francia y de los Estados Unidos de América.⁷⁷ En 1774, en el asunto *Donaldson v. Beckett*,⁷⁸ fundamental en la jurisprudencia del derecho de autor del Reino Unido, el Tribunal de los Lores se manifestó a favor del principio de que el derecho de autor quedara limitado en el tiempo, insistiendo en la importancia que tiene para la sociedad que el dominio público se mantenga como la regla.

Hoy en día, todos los países se rigen por el principio de la limitación temporal. La duración mínima que se aplica a los países que se adhieren al Convenio de Berna o al Acuerdo sobre los ADPIC es de 50 años tras la muerte del autor. Además, el artículo 7 del Convenio de Berna establece formas específicas de calcular la duración menos centrada en el autor. En el caso de las obras cinematográficas, el párrafo 2 del artículo 7 estipula que las legislaciones nacionales podrán establecer que el plazo de la protección venza 50 años después de que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o, en caso de que no se publique, que la protección venza al término de los 50 años siguientes a la realización de la obra. En lo que respecta a obras anónimas o seudónimas, el plazo de protección vencerá 50 años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público, salvo en el caso de que no haya dudas sobre la identidad del autor o que se revele su identidad. El párrafo 4 del artículo 7 establece un plazo de protección más breve, de 25 años desde la realización de obras protegidas como artes aplicadas. La misma tolerancia podría aplicarse a los Estados que hayan ratificado el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, cuyo artículo 9 anula lo estipulado con respecto a ese plazo más breve y establece de nuevo la duración mínima general de 50 años transcurridos tras la muerte del autor.

⁷⁶ T.B. MACAULAY, *Macaulay Speeches and Poems*, 1874, p. 285. (Traducción de la Oficina Internacional).

⁷⁷ J. GINSBURG, “A Tale of two Copyrights...”, *op. cit.*

⁷⁸ 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774).

Pero tales plazos determinan tan sólo los niveles mínimos, y nada impide a los Estados ampliar la duración más allá de la norma de 50 años. Por esta razón, la determinación de la duración del derecho de autor sobre una obra, y, así, de los contenidos que pertenecen al dominio público y los que no, queda en manos de cada país. De suerte que la protección varía mucho de un país a otro y puede ser difícil de determinar, debido también al posible conflicto de cuerpos legislativos distintos. Así, en lo que respecta a las condiciones para que se ejerza el derecho de autor, el párrafo 8 del artículo 7 del Convenio de Berna establece que el plazo de protección será el establecido por la ley del país en que se reclame la protección. La determinación de los contenidos del dominio público en relación con la temporalidad dependerá de las leyes del país en que se esté explotando la obra. No obstante, esa misma disposición atenúa de algún modo este principio, al establecer que: “[...] sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga de otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra”. Esta es una de las principales excepciones a la aplicación general de la *lex loci protectionis*, que será obligatoria si el Estado no decide lo contrario.⁷⁹

El efecto de esta regla de comparación de plazos podría complicar aún más el cálculo de la duración del derecho de autor sobre una obra. Con ella se aplica una regla de “reciprocidad material”,⁸⁰ que favorece la aplicación de un plazo de protección más corto, según haya sido fijado en el país de origen de la obra. Por ejemplo, la duración de una obra cuyo país de origen es Argelia (en que el plazo de protección es de 50 años transcurridos tras la muerte del autor) en Francia se considerará de 50 años tras la muerte del autor, excluyendo la aplicación del plazo normal de 70 años que estipula el Código de Propiedad Intelectual de Francia.⁸¹ En consecuencia, para calcular la duración de la protección, primero habrá que saber si el país ha optado expresamente por no atenerse al párrafo 8 del artículo 7 del Convenio de Berna, y determinar después el país de origen de la obra y la duración aplicable en ese país, a fin de compararla con la duración que establezca la ley del país en que se solicita la protección.

Otro de los factores –además de la posible aplicación de esta regla de comparación que podrían complicar el cálculo de la duración del derecho de autor reside en algunas particularidades de los países.

La mayoría de los países empiezan aplicando normas flexibles. Por lo general se aplica un período de 50 años (por ejemplo, Argelia, China, Kenya, Corea, Malasia y Rwanda) o de 70 años (Australia, Brasil, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Francia e Italia) tras la muerte del autor.⁸² En el plano regional, a veces se impone una duración común (por ejemplo, en virtud de la Directiva europea de 1993 sobre la duración, que armoniza la duración a los 70 años tras la muerte del autor) o se sugiere (como por ejemplo, en el Anexo VII del Acuerdo de Bangui de la OAPI, que establece una duración de 70 años tras la muerte del autor). Por sugerencia del Convenio de Berna, la mayoría de los países calcula la duración a partir del 1 de enero siguiente a la muerte del autor o a cualquier otro acontecimiento pertinente.

Este principio general se complementa muchas veces mediante normas específicas que se aplican a algunas categorías de obras. La duración podría calcularse a partir del momento en que se da acceso a la obra o se publica (o incluso desde el momento en que se hace) en el caso de: obras anónimas o seudónimas (aplicable a todos los países estudiados); obras audiovisuales (Argelia, Brasil, China, Kenya); obras fotográficas (Argelia, Brasil, China, Kenya); obras colectivas (Argelia); obras creadas por encargo o pertenecientes a una entidad jurídica (Chile, China); obras no publicadas o de autoría desconocida (Dinamarca); obras

⁷⁹ Para consultar una explicación exhaustiva de la regla de comparación de plazos, véase S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, p. 117-142.

⁸⁰ J. REINBOTHE Y S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 117.

⁸¹ El código francés no prescinde de esa regla sino que la refuerza, al establecer que la duración de una obra cuyos autor y país de origen no sean europeos será la que imponga el país de origen sin que sea mayor que la duración determinada en Francia (véase el artículo L.123-12 del Código de Propiedad Intelectual de Francia).

⁸² Téngase en cuenta que la duración de la protección que se examina en este párrafo atañe únicamente a los derechos patrimoniales, mientras que la duración de los derechos morales se examinará en los párrafos siguientes.

creadas por encargo del Gobierno (Kenya), o amparadas en el Derecho de Autor de la Corona, según proceda (Australia).⁸³

También pueden establecerse plazos más cortos. En el Brasil, por ejemplo, se establece una protección corta, de un año, para publicaciones periódicas, como por ejemplo periódicos, y de dos años para las publicaciones anuales. Costa Rica aplica una duración de 25 años después de la publicación para las obras creadas por las autoridades públicas.

La Directiva europea de 1993 sobre la duración confiere una protección de derecho de autor de 25 años tras la publicación o la comunicación pública al editor de una obra del dominio público no publicada previamente.⁸⁴ Imaginemos que alguien encuentra un manuscrito desconocido de Victor Hugo y lo publica. Aunque esta obra haya pasado a formar parte del dominio público, al llevar Victor Hugo muerto más de 70 años, esa persona tendrá derechos exclusivos sobre esa obra durante 25 años. Dicha protección se limita, no obstante, a los derechos patrimoniales, lo que la equipara a un derecho conexo, basado en la inversión, más que a un auténtico derecho de autor, por falta de protección moral. Esta norma específica se ha establecido para incentivar la publicación y la disposición pública de obras que normalmente se considerarían pertenecientes al dominio público. Este asunto se examinará en los párrafos siguientes, puesto que supone en cierta medida una invasión del dominio público.

En algunos países se aplican normas muy particulares que complican aún más el cálculo de la duración de la protección por derecho de autor. En los Estados Unidos de América, las formalidades, hoy en día abolidas, que condicionaban las posibilidades de obtener derechos de autor todavía influyen en cierto modo en el cálculo de la duración de la protección.

Para las obras estadounidenses creadas a partir del 1 de enero de 1978, la protección por derecho de autor se aplica durante la vida del autor y 70 años después. Cuando se trata de una obra anónima o seudónima, o una obra efectuada por contrato con cesión automática de derechos, la protección se aplica durante 95 años después de la primera publicación o 120 años después de la creación de la obra, aplicándose el plazo que venza en primer lugar. Lo mismo se aplica a obras creadas pero no publicadas o registradas antes del 1 de enero de 1978, en que rige una norma especial en el caso de obras publicadas después de esa fecha pero antes de 2003, esto es, que el plazo no vencerá antes del final de 2047. Las obras creadas antes de 1978 pertenecerán o no al dominio público en función de que se hayan cumplido las anteriores formalidades. Si una obra se publica en ese período, y se informa debidamente al respecto, el primer plazo de protección de 28 años se prorroga automáticamente durante 67 años más (o únicamente si la prórroga se obtuvo siguiendo las debidas formalidades para obras publicadas entre 1923 y 1963). Las obras publicadas antes de 1923 pertenecen al dominio público. Cabe mencionar que estas normas, ya de por sí complicadas, se aplican únicamente a las obras de origen estadounidense, mientras que las obras de otros países se rigen por disposiciones aún más enrevesadas.⁸⁵

Así, en los Estados Unidos de América, para determinar la situación de una obra nacional con respecto al dominio público deben tenerse en cuenta muchos elementos, como la existencia y fecha de publicación, el cumplimiento con los requisitos de notificación aplicables, la existencia de una prórroga de la duración de la protección; en definitiva, información toda ella que puede ser difícil de obtener a los no especialistas.

En Australia la situación no es más sencilla. Además de la regla general de 70 años después de la muerte del autor, o de 70 años después de la primera publicación en el caso de obras anónimas o seudónimas, la protección se aplica a las obras publicadas por primera vez tras la muerte del creador, a grabaciones sonoras y a películas hechas a partir del 1 de mayo de 1969. Pero si el autor murió antes de 1955, la duración de la protección por derecho de autor sobre una obra publicada durante la vida del autor habrá vencido, debido al carácter no retroactivo de la prórroga de la duración establecida en 2005.

⁸³ En Australia, sin embargo, con las Prerrogativas legislativas de la Corona –y la legislación que de ellas se deriva– nace un derecho de autor de duración ilimitada.

⁸⁴ Véase el artículo 4 de la Directiva europea relativa al plazo de protección del derecho de autor.

⁸⁵ Si desea obtener información más completa sobre el modo de calcular la duración de la protección por derecho de autor en los Estados Unidos, véase: <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>.

Está en vigor el derecho de autor sobre obras escritas no publicadas, como puedan ser cartas no publicadas, excepto cuando se trate de fotografías tomadas antes de 1955, haya sido publicadas o no. En las obras efectuadas antes del 1 de julio de 1912 ya no rige el derecho de autor, a no ser que todavía subsista un derecho conferido sobre la obra por la Ley de Derecho de Autor de 1911.

El ejemplo de Australia pone de manifiesto una complicación que podría darse en muchos países a la hora de prorrogar el plazo de expiración del derecho de autor en virtud de nuevas leyes. Si se estipula que el plazo establecido por la nueva legislación no restaurará los derechos de autor sobre las obras que ya hayan pasado a formar parte del dominio público, dichas obras seguirán sin protección. Por ejemplo, en Chile hay controversia sobre la protección de la obra de la Premio Nobel Gabriela Mistral, que murió en 1957, momento en que la legislación de derecho de autor de Chile sólo aseguraba 30 años de protección tras la muerte del autor. En consecuencia, su obra pasó a formar parte del dominio público en 1988. Todavía no se ha resuelto la cuestión de si el derecho de autor sobre su obra, al igual que sobre otras que hayan pasado a formar parte del dominio público, quedó restaurado cuando la duración de la protección se amplió, en 1992, a 50 años tras la muerte del autor (y posteriormente a 70 años).

Muchos países establecen una regla específica favorable o contraria a la reconstitución del derecho de autor cuando se haya prorrogado la duración, pero puede ser difícil saber de su existencia y aplicarla.

Al establecer el plazo de protección de 70 años tras la muerte del autor para todos sus miembros, la Unión Europea optó por prever la reconstitución del derecho de autor sobre obras que todavía tuvieran protección en un país miembro de la Unión en el momento en que la Directiva entró en vigor. De ese modo, el derecho de autor de una obra que en un Estado estuviera en el dominio público podría quedar restaurado si dicha obra todavía tuviera protección en otro Estado. Para ello hay que averiguar si, en el momento en que se aprobó la Directiva, una determinada obra todavía tenía protección en algún Estado miembro (en aquel entonces la Unión Europea estaba constituida por 12 Estados miembros).

Estos dos ejemplos muestran que para determinar con precisión los contenidos del dominio público en relación con la duración de la protección es muchas veces necesario tener en cuenta las ampliaciones de los plazos del derecho de autor que se han aplicado en cada momento en el marco de distintas leyes.

En algunos países, la duración de la protección por derecho de autor también puede ampliarse mediante lo que se ha dado en llamar prórrogas relativas a períodos de guerra. Es el caso de Francia, en que, en virtud de dos leyes, una de 1919 y otra de 1951, se prorrogó por algunos meses la normal duración de la protección de derecho de autor sobre obras que, en el momento en que dichas leyes fueron promulgadas, no formaban parte del dominio público, a fin de compensar el hecho de que durante las dos Guerras Mundiales no fueron explotadas. Con la primera ley se añadieron seis años y, según distintos cálculos, 83 ó 152 días; con la segunda se añadieron ocho años y 120 días.⁸⁶ Si el autor había muerto luchando por Francia, ¡sus obras obtenían una prórroga del plazo de protección de 30 años! Este conjunto de prórrogas ha causado mucha controversia en Francia (al igual que en Bélgica, que estableció prórrogas similares), en particular en lo que respecta a su compatibilidad con el plazo de protección que actualmente se aplica por igual a todos los países de la Unión Europea. En 2007, la *Cour de Cassation* de Francia resolvió en parte la controversia en un asunto relativo a un cuadro de Verdi pintado por Boldini, que murió en 1931.⁸⁷ La obra pasaría normalmente a formar parte del dominio público el 1 de enero de 2002, pero los titulares de los derechos reivindicaron su derecho a beneficiarse de las prórrogas relativas a períodos de guerra, en cuyo caso la protección duraría hasta 2016. El Tribunal Supremo rechazó dicha prórroga alegando que en ese momento regía la protección de 70 años impuesta por la Directiva europea. Existe una excepción, en virtud del párrafo 1 del artículo 10 de la Directiva, que se aplica cuando un plazo de protección superior al plazo de 70 años tras la muerte del autor estuviera ya transcurriendo el 1 de julio de 1995 (fecha de entrada en vigor de la Directiva). En ese caso se aplicaría el plazo de protección más largo, de suerte que la

86

A. LUCAS Y H.J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 3ª ed., 2006, p. 513.

87

Cour de Cassation, 27 de febrero de 2007, D., 2007, p. 807.

excepción que se contempla en Francia con respecto a las prórrogas por períodos de guerra podría todavía aplicarse, aunque en raras ocasiones.

Chile es otro país que presenta peculiaridades en lo que respecta al plazo de protección por derecho de autor, que puede calcularse desde la fecha de la muerte del último familiar superviviente del autor, entre la esposa y las hijas (sólo si no están casadas). Esta extraña disposición (imparcial en lo que respecta al sexo de los familiares) podría ser pronto anulada mediante una ley que está en curso de elaboración.

Del análisis de estas leyes podría inferirse una contradicción del principio de creación automática del dominio público en función de la duración de la protección, según el cual, una vez transcurrido un determinado período de tiempo, las obras pasan a formar parte del dominio público. Son muchos los factores que pueden influir en que no se sepa con seguridad cuándo una obra pasa efectivamente a formar parte del dominio público, entre ellos, la posible ampliación legislativa de la duración.

Esto explica en parte por qué la repetida concesión de prórrogas sucesivas de los plazos de la protección ha despertado siempre una dura oposición. Se han alegado muchos motivos para probar que la concesión sucesiva de prórrogas responde a la necesidad de proteger a los creadores y a sus herederos y darles la opción de que participen en los beneficios de la explotación de sus obras, pero la mayor parte de las veces es el sector privado el que solicita que se amplíe el plazo de protección, esto es el mercado, a fin de obtener un monopolio ilimitado con respecto a algunas obras. Todo el mundo recordará la fuerte oposición que originó en los Estados Unidos de América la Ley de ampliación del derecho de autor de 1998 (conocida también como la Ley Sony Bono), por la que el plazo de protección de las obras protegidas por derecho de autor se amplió a 70 años tras la muerte del autor, como en Europa. Dicha ampliación fue impugnada ante el Tribunal Supremo basándose en su inconstitucionalidad (la Constitución de los Estados Unidos de América establece que el Congreso tiene la facultad de “fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles asegurando a autores e inventores, *durante un plazo limitado* el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”). En el asunto *Eldred v. Ashcroft*,⁸⁸ el Tribunal Supremo confirmó la ley: un “período limitado” no se consideraba como un período breve, sino únicamente como un período no ilimitado, diferencia sutil pero importante.

En lugar de defender un enfoque del plazo de protección que establecería una clara línea divisoria entre las obras protegidas y el dominio público, como en el asunto *Donaldson v. Beckett*, el Tribunal Supremo estadounidense ha aceptado que la duración del derecho de autor pueda ampliarse con regularidad siempre que el Congreso pueda aducir motivos fundamentados que justifiquen dicha ampliación. Así, se considera que las necesidades económicas son un motivo particularmente importante para prorrogar la protección. Como en el caso de Europa en el momento en que se aprobó la Directiva de 1993 sobre el plazo de protección, otro argumento de peso es el del incremento de la longevidad humana: el derecho de autor debería beneficiar al autor y a dos generaciones sucesivas de herederos, lo cual, por razones demográficas, no logra cumplirse con la regla de los 50 años. Pero lo que también cuenta como la “necesaria vida del derecho de autor” es la duración productiva de las obras, el período de tiempo en que tienen valor en el mercado. En otras palabras, si las obras siguen teniendo valor comercial, debería subsistir sobre las mismas el derecho de autor y ampliarse la duración de la protección de manera correspondiente. Según este punto de vista, el dominio público quedaría reducido a los restos de obras sin valor (al menos en términos económicos) y el régimen del derecho de autor se configuraría únicamente en función de las demandas del mercado; así, al dominio público irían a parar tan sólo los fracasos comerciales que no requieren atención. Lo que pone de manifiesto que, en lo que respecta al dominio público, la duración de la protección no constituye el principio predominante, y que la definición del dominio público en el marco del derecho de autor no es lo suficientemente sólida como para contrarrestar la continua ampliación de la protección de derecho de autor. En tales contextos legislativos rara vez se tiene en cuenta el efecto de la ampliación de un plazo en el dominio público.

Lo anterior implica también que el dominio público, una vez constituido por la regla del plazo de protección, no es inmutable, o más bien que el dominio público no termina nunca de adoptar una forma definitiva. Para expresarlo con sencillez, no se sabe en qué momento las

88

537 U.S. 186 (2003).

obras actuales pasarán a formar parte del dominio público, lo único que se sabe es que todas las obras acabarán formando parte del mismo en algún momento. Lo cual no confiere mucha solidez al dominio público.

4. Las creaciones excluidas o el dominio público por decisión política

El dominio público también se enriquece con elementos que están expresamente excluidos del ámbito de protección. Dichas exclusiones afectan a creaciones intelectuales que, aunque podrían cumplir los requisitos para recibir la protección que confiere el derecho de autor, quedan excluidas de dicha protección en aras del interés público general por decisión política. Estas obras excluidas constituyen lo que puede denominarse **dominio público político**.

El Convenio de Berna establece dos posibles exclusiones de la protección del derecho de autor.⁸⁹ Una es obligatoria y atañe a las noticias del día y los sucesos (párrafo 8 del artículo 2) y la otra es facultativa, y atañe a los textos oficiales de un Estado (párrafo 4 del artículo 2). Muchos países acatan lo estipulado en el Convenio en lo que respecta a ambas exclusiones. En algunos países las leyes pertinentes establecen otro tipo de exclusiones.

i) Textos oficiales

En el ámbito del derecho de autor, una forma tradicional de exclusión de la protección guarda relación con textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como con las traducciones oficiales de dichos textos, como se estipula en el párrafo 4 del artículo 2 del Convenio de Berna. El Convenio reserva también a los países la facultad de establecer la protección de discursos políticos y discursos pronunciados en el curso de procedimientos judiciales (párrafo 1 del artículo 2*bis*), al tiempo que establece que el autor de tales discursos tendrá el derecho exclusivo de reunirlos en colección (párrafo 3 del artículo 2*bis*).

El objeto de dicha exclusión es que documentos como leyes, sentencias judiciales y otro tipo de documentos oficiales estén disponibles al público, de suerte que sea efectiva la norma “el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento”. Otro argumento que podría alegarse es que, en la medida en que tales textos oficiales han sido promulgados por representantes elegidos por el pueblo, nadie puede apropiarse de ellos sino que deben constituir un bien común a todos los ciudadanos.

Aunque en el Convenio de Berna tengan carácter facultativo, muchos países prefieren no conceder protección a este tipo de documentos, ya sea mediante una exclusión legislativa expresa (como ocurre en Argelia, Brasil, China, Corea, Dinamarca, Estados Unidos de América, Italia, Malasia y Rwanda) o mediante jurisprudencia (Francia).

El alcance de la exclusión, y así el de la parte del dominio público compuesto por documentos oficiales, varía de un país a otro. Está establecido que, como mínimo, las leyes y otros reglamentos, así como las decisiones judiciales,⁹⁰ deben estar en el dominio público (Argelia, China, Corea, Francia, Italia y Rwanda). A veces, algunos países amplían la exclusión a obras elaboradas o financiadas por el Estado u otros organismos públicos (por ejemplo, Brasil, Estados Unidos de América, Malasia) o establecen cierto tipo de libertades para utilizar tales documentos administrativos (por ejemplo, Argelia, Dinamarca). También en el marco de la jurisprudencia se han excluido a veces materiales con valor normativo, como billetes de banco,⁹¹ exámenes oficiales de determinadas profesiones⁹² u opiniones emitidas por jueces.⁹³

⁸⁹ Otra exclusión figura en el párrafo 7 del artículo 2 del Convenio de Berna, que permite a los Estados excluir de la protección por derecho de autor a las obras de artes aplicadas a fin de aplicarles la protección específica que confieren los derechos de los dibujos y modelos industriales. En consecuencia, en los países en que se ejerce esta exclusión, las obras de artes aplicadas serán legalmente del dominio público desde un punto de vista del derecho de autor, pero por lo general estarán protegidas por los derechos de los diseños industriales, y, así, quedarán en la práctica fuera del dominio público.

⁹⁰ En lo que respecta a las traducciones oficiales de estos textos, véase J. GINSBURG Y T. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works – 1886-1986*, Oxford Press, 2006, § 8.108.

⁹¹ Véase, en Francia, *Cour de Cassation*, 5 de febrero de 2002, *R.I.D.A.*, Julio de 2002, p. 381 (orden de excluir los billetes de banco del derecho de autor, revocada por orden de 2005 por la que se confiere un derecho de autor sobre las monedas y billetes de banco a las instituciones que los producen).

Los únicos países que no se atienen a esa norma son los que aplican el Derecho de Autor de la Corona, como el Reino Unido o Australia, que en lugar de atribuir tales textos oficiales al dominio público les confieren un derecho de autor dependiente del Estado (Australia) o de la Reina (en el Reino Unido)). El Comité de Revisión de la Ley de Derecho de Autor de Australia ha criticado hace poco que se apliquen el Derecho de Autor de la Corona a los textos oficiales, y recomienda que se suprima dicha protección en aras del interés público, de modo que se pongan a disposición de la sociedad como cabe esperar en una democracia moderna.⁹⁴

En Chile, la situación es incierta, ya que, al no existir en la legislación de derecho de autor una disposición explícita de exclusión,⁹⁵ los textos oficiales podrían recibir protección, aunque no sea obligatorio. No obstante, en un litigio reciente sobre los discursos pronunciados por el Premio Nobel Pablo Neruda en su época de diputado, el Tribunal Supremo decidió que tales discursos forman parte del dominio público, argumentando que, en aras del adecuado funcionamiento de un sistema democrático, no debería aplicarse el derecho de autor a discursos de funcionarios públicos.

El carácter de bien público de los textos oficiales no ha impedido sin embargo que se cree una exclusividad privada sobre las colecciones de tales documentos, en particular en la Unión Europea mediante el *derecho sui generis* sobre bases de datos. Como puso de manifiesto un reciente dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁹⁶ quedaría probado que las importantes inversiones hechas en colecciones de leyes o sentencias de tribunales no sometidas a derecho de autor conferirían derechos exclusivos a tales colecciones de documentos, impidiendo la extracción y reutilización de una parte sustancial de ese material. En la medida en que cada vez hay un mayor acceso a los textos oficiales mediante bases de datos, lo que facilita su consulta y búsqueda, la concesión ilimitada de derechos *sui generis* sobre tales bases de datos, juntamente con el muy liberal enfoque del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que respecta al alcance de los derechos conferidos en esas condiciones,⁹⁷ podría perjudicar la pública disponibilidad que se asegura al integrar leyes, decisiones judiciales y otros textos del Estado en el dominio público. Lo cual constituye otro ejemplo de lo difícil que es asegurar la efectividad del dominio público.

ii) Noticias del día

La segunda exclusión que establece el Convenio de Berna, esta vez obligatoria, atañe a las “noticias del día o sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa” (párrafo 8 del artículo 2).

China, Corea, Costa Rica, Italia y Rwanda establecen expresamente dicha exclusión. Otros países la aplican basándose en la jurisprudencia o argumentando una falta de originalidad o basándose en la dicotomía idea/expresión.⁹⁸

Los motivos que justifican que las noticias del día formen parte del dominio público se basan más en la dicotomía idea/expresión que en la política pública. Por su propia naturaleza, la información, los simples hechos y las noticias no pueden recibir protección por derecho de

[Continuación de la nota de la página anterior]

⁹² Véase, en Francia, Tribunal de Gran Instancia de París, 9 de noviembre de 1988, *Cah. Dr. auteur*, febrero de 1989, p.16; CA París, 13 de junio de 1991, *D.* 1992, resumen, p. 12.

⁹³ Véase, en los Estados Unidos de América, *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 668, 8 L.Ed. 1055 (1834).

⁹⁴ Véase el informe del Comité de Revisión de la Ley de Derecho de Autor sobre los derechos de autor de la Corona, disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/other/clrc/18.pdf>.

⁹⁵ Esto podría cambiar, ya que la Ley de revisión de la Ley de Derecho de Autor, en curso de debate, incluye la exclusión de los actos oficiales de la protección por derecho de autor.

⁹⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 5 de marzo de 2009, *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*, C-545/07.

⁹⁷ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera de hecho que la simple consulta de una base de datos protegida podría, en algunos casos, tratarse como una infracción del derecho de extracción. Véase, TJCE, 9 de octubre de 2008, *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, el asunto dirimido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234 (1918).

autor,⁹⁹ lo que hace que pertenezcan al dominio público de carácter *ontológico* que hemos definido anteriormente.

iii) Otras exclusiones

Los Estados pueden invocar libremente otros motivos de interés público para excluir algunas creaciones de la protección y darles cabida en el dominio público. Pero el estudio de algunos países muestra que no suele ser frecuente.

Chile, por ejemplo, establece que son del dominio público las obras que hayan sido expropiadas por el Estado, excepto si la ley designa a un beneficiario de la protección de tales obras (artículo 11 de la Ley de Derecho de Autor). Este artículo se promulgó a principios de 1970, cuando Chile tenía un Gobierno socialista (antes del golpe de Estado de 1974) y refleja el espíritu de aquella época, cuando las expropiaciones de interés público eran una estrategia política. Pero hasta el momento no parece que se hayan dado casos en que se haya aplicado dicha disposición a obras creativas.

Otros dos países consideran que pertenecen al dominio público las obras de autores que hayan muerto sin herederos (véase el artículo 66 de la Ley de Derecho de Autor de Costa Rica y el artículo 45 de la Ley de Derecho de Autor del Brasil). En otros países regirán probablemente las normas que se aplican habitualmente a las sucesiones en suspenso, generalmente confiriendo el derecho de autor al Estado.

En Costa Rica y el Brasil, las obras sin derechohabientes se consideran del dominio público, lo que cabe interpretarse como una voluntad del Estado de no ejercer derechos privados sobre obras creativas, y considerarlas como bienes públicos, ya que su cesión al Estado les confiere la categoría de bienes colectivos. En ese sentido, el dominio público al que pertenecen se acerca más a la noción de dominio público que se utiliza en el derecho administrativo, referido a bienes que son propiedad del Estado y que se utilizan con fines colectivos.

Cabe citar, por último, que la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de América excluye de la protección del derecho de autor “toda parte de una obra [derivada] cuyo material [preexistente] haya sido utilizado de manera ilegítima” (apartado a) del artículo 103). Esta exclusión de obras derivadas infractoras refleja asimismo la existencia de un motivo de política pública en la medida en que disuade la infracción de los derechos de autor existentes.

5. La renuncia al derecho de autor o el dominio público voluntario

Una nueva cuestión que se plantea sobre la composición del dominio público es la relativa a la posibilidad de que el dominio público incorpore obras en que se haya renunciado al derecho de autor. Tales obras formarían parte de una especie de **dominio público voluntario**,¹⁰⁰ no por efecto de la ley sino por la simple voluntad de los propios autores.¹⁰¹

A diferencia de otros derechos de propiedad intelectual, como las patentes o las marcas, el derecho de autor se genera por el simple acto de creación (o de fijación según algunos sistemas jurídicos). Una vez concedido, no se podrá renunciar al “título”, ya que la “paternidad” es un factor consustancial al fenómeno de la creación. No entran en juego formalidades de registro ni tasas, costos, o conflictos con el orden público que pudieran anular la protección monopolística de la obra del autor. Aunque no hubiera querido gozar de dicha protección, el creador no puede desvincularse del régimen jurídico de protección exclusiva.

Para renunciar a los derechos sobre una obra y cederla al dominio público es necesario cumplir algún tipo de formalidad, algún tipo de acción positiva en que se opte por renunciar al derecho de autor. Cada vez es más frecuente que se cedan de esta forma obras al dominio público, fenómeno que forma parte de un movimiento de oposición general a la propiedad intelectual. A veces es la consecuencia de movimientos que han utilizado licencias de derecho de autor en regímenes de uso y acceso libres, como, por ejemplo, *Creative Commons* (véanse los párrafos que siguen), que ahora propone también una renuncia total al derecho de autor

⁹⁹ S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ O también *domaine public consenti*, según la expresión de S. CHOISY, *op. cit.*, p. 167; véase también, M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les oeuvres libres*, Tesis, Universidad de Montpellier, diciembre de 2006, sin publicar, p. 281 y siguientes.

¹⁰¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les oeuvres libres*, *op. cit.*, p. 420.

sobre una obra mediante una licencia estándar llamada *Creative Commons CCO*.¹⁰² El objeto de esta licencia es afirmar que el titular del derecho renuncia a todos sus derechos de autor y derechos conexos sobre una obra en la máxima medida que permite la ley. Hay otros tipos de renuncia al derecho de autor que pueden concretizarse en una licencia menos formalizada, o incluso en una simple declaración a tal efecto.

La diferencia entre este tipo de dominio público voluntario y las licencias de libre acceso o licencias de programas informáticos de dominio público es que el primero tiene por objeto una renuncia completa a la protección por derecho de autor, mientras que las segundas únicamente confieren libertad de uso de las obras pero conservan la existencia del ejercicio del derecho de autor¹⁰³ (véanse los párrafos que siguen). Las licencias de cesión de contenidos al dominio público se explican muchas veces como una opción de “ningún derecho reservado”, mientras que las tradicionales licencias de tipo *copyleft* son las licencias de “algunos derechos reservados” (el clásico ejercicio de la exclusividad del derecho de autor es la opción de “todos los derechos reservados”). El dominio público voluntario también debe distinguirse de las situaciones en que el autor no hace valer sus derechos contra infracciones de derecho de autor: dicha decisión no afecta a la existencia del derecho de autor, que sigue subsistiendo en la obra.¹⁰⁴

Algunos países incluyen, en sus respectivas definiciones del dominio público, este tipo de renunciaciones a la protección por derecho de autor. Entre los países estudiados es el caso de Chile (si bien la efectividad y alcance de la renuncia al derecho de autor es objeto de controversia) y también es el caso de Kenia. Este último *establece* algunos requisitos formales para que dicha renuncia sea válida y segura, al estipular que “la renuncia por parte de un autor o su derechohabiente al título de sus derechos deberá declararse por escrito y hacerse pública, y no será contraria a ninguna obligación contractual previa en relación con la obra” (párrafo 2 del artículo 45 de la Ley de derecho de autor de Kenia). La República de Corea admite que un autor ceda sus derechos al Ministerio de Cultura y Turismo, el cual confiará a la Comisión de Derecho de Autor de Corea la gestión del derecho de autor sobre las obras, aunque dicha gestión no tendrá fines de lucro.¹⁰⁵ Con todo, el derecho de autor sigue subsistiendo en la obra que no haya sido realmente destinada al dominio público.

Salvo en el caso de los países que permitan expresamente y dispongan formalmente destinar de este modo obras *protegidas* por derecho de autor al dominio público, la legitimidad y validez de las renunciaciones al derecho de autor plantea muchas preguntas.

En algunas legislaciones, no está claro si el titular del derecho puede renunciar al ejercicio completo de sus derechos exclusivos. Si se tienen en cuenta únicamente los derechos patrimoniales, la renuncia planteará la duda de cuál es el carácter del derecho de autor en sí mismo. ¿Debería considerarse como un derecho fundamental como sería el caso en algunos sistemas jurídicos? ¿Se puede renunciar legalmente a tal derecho? Por el contrario, si el derecho de autor se considera como un derecho de propiedad, la cuestión es menos complicada, ya que una de las características de ese tipo de derechos es la posibilidad de renunciar a la propiedad en sí (derecho de *abusus*).

Pero el asunto fundamental, y el más intrincado, lo constituyen los derechos morales. La protección moral, inherente a la persona del creador, se considera inalienable en muchos países, lo que impide automáticamente renunciar al interés moral en la creación. Así, aun cuando pueda renunciarse legalmente a los derechos patrimoniales, la obra seguirá estando protegida por el derecho moral, y el titular del derecho de autor podrá ejercerlo para conservar cierto control sobre su obra.

Otra pregunta que se plantea, admitiendo que se pueda renunciar totalmente al derecho de autor, es hasta qué punto dicha renuncia es irrevocable. ¿Puede el autor cambiar de opinión y volver a ejercer en algún momento su derecho exclusivo sobre la obra, impidiendo que pase a formar parte del dominio público? Tampoco aquí hay certezas. Todo dependerá de la posibilidad de revocar las licencias o las acciones unilaterales que el autor tenga que ejecutar para afirmar en la práctica la terminación de toda protección de su obra. Las respuestas pueden variar mucho de un sistema jurídico a otro.

¹⁰² Véase http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ.

¹⁰³ S. CHOISY, *op.cit.*, 168.

¹⁰⁴ M. CLÉMENT-FONTAINE, *op. cit.*, 286.

¹⁰⁵ Hasta el momento no se ha dado ningún caso de este tipo.

Permitir tal renuncia podría ser una tentación para los creadores que quieren promover y consolidar el dominio público en el marco del derecho de autor. Pero convendría actuar con especial precaución si se estableciera dicho mecanismo.

Primero, sólo deberían estar autorizados a ceder una obra al dominio público los autores, y no posteriores titulares de derechos, o únicamente con el consentimiento expreso e informado de aquellos.

Segundo, y en particular si el abandono de la protección por derecho de autor se considera irrevocable, debería supeditarse a un régimen preciso de requisitos formales, que tendría por objetivo asegurar el cumplimiento de la firme y libremente ejercida voluntad del autor a tal efecto y de informarlo de la irrevocabilidad de su decisión, en su caso. Es cada vez más frecuente que el sector privado presione a los autores para que disminuyan el grado de protección de sus obras, y dicho sector podría tener mucho interés en que aquellos renunciaran al derecho de autor a fin de explotar la obra libremente sin ningún tipo de limitaciones. La autonomía de los creadores –aspecto éste que podría justificar tal elección– es consecuencia de la exclusividad que les concede la legislación de derecho de autor. Pero no debería subestimarse la situación social o financiera que podría influir en su decisión a renunciar al derecho de autor.

Aun cuando se acepte esta renuncia, debe recordarse que la obra que se abandona al dominio público no está protegida contra posibles intentos de apropiación. Una vez que la obra pasa al dominio público, queda sujeta al régimen de libre uso, dejando abierta la posibilidad de que terceros hagan adaptaciones originales y, así, por leves que sean los cambios de tales adaptaciones, exploten la nueva obra y obtengan derechos de exclusividad sobre aquellas y las consiguientes ganancias. Esto explica que algunos autores, tratando de facilitar al público el acceso y uso libre de su obra, puedan preferir optar por licencias menos drásticas, que garanticen al público tales libertades y le permitan al mismo tiempo mantener cierto control sobre su obra, en lugar de renunciar totalmente al derecho de autor.

6. Conclusiones provisionales sobre los elementos que integran el dominio público.

Los elementos que integran el dominio público pueden representarse del siguiente modo:

Partes del dominio público	Composición	Límites variables
<i>Dominio público de la ontología</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Ideas, métodos, reglas, principios, estilos, hechos, información, etcétera. – Noticias del día. 	Apropiación de colecciones de datos mediante la protección de bases de datos no originales.
<i>Dominio público de los contenidos</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Obras no originales. – Obras de otros países en que no rigen los tratados aplicables. En algunos países: Obras no fijadas en un soporte material. En países en que hubo un régimen anterior de formalidades: Obras que en aquel momento no cumplieran las formalidades. 	<ul style="list-style-type: none"> - Bajo nivel de originalidad exigido. - Dificultad de la determinación de la originalidad. - Adhesión a tratados internacionales o a acuerdos bilaterales.
<i>Dominio público por temporalidad</i>	<ul style="list-style-type: none"> – 70 años a partir de la muerte del autor. – Reglas específicas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regla comparativa (artículo 7.8) del Convenio de Berna). - Prorrogación sucesiva del plazo de expiración del derecho de autor. - Medidas transitorias, reconstitución o no del derecho de autor.

Partes del dominio público	Composición	Límites variables
<i>Dominio público por política</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Textos oficiales En algunos países: – Obras expropiadas por el Estado. – Obras de autores muertos sin herederos. – Obras derivadas infractoras. 	Apropiación de colecciones de textos oficiales mediante la protección de bases de datos no originales.
<i>Dominio público voluntario</i>	Obras cedidas al dominio público.	Falta de certeza de su validez jurídica.

El anterior análisis subraya que la composición del dominio público se caracteriza por la imprecisión de sus contornos y su carácter variable. Son muchas las causas de tales características.

En primer lugar, como la aplicación de la protección por derecho de autor es territorial, el régimen de una obra variará en función de la ley del país en que se desea obtener la protección. Esto es, que la posible pertenencia de una obra al dominio público queda determinada también por la aplicación territorial de la ley, lo que a veces se complica debido a la interferencia de la ley del país de origen.

En segundo lugar, es difícil definir con precisión los contornos de algunas partes del dominio público, ya que los criterios de la concesión o la no concesión de protección son subjetivos e inciertos (por ejemplo, la determinación de la originalidad) o se basan en complicadas reglas (por ejemplo, el plazo de expiración del derecho de autor).

Por último, la protección de duración limitada del dominio público que establecen las leyes de derecho de autor, dominio público al que se considera generalmente como el reverso de la propiedad intelectual aunque sin que exista un régimen específico que asegure su conservación, facilita la recuperación de contenidos del mismo, como demuestran los casos de reconstitución del derecho de autor en obras del dominio público tras la ampliación de la duración de la protección del derecho, o los de obras de régimen incierto al haber sido cedidas por sus autores al dominio público.

La imprecisión de los límites del dominio público es uno de los principales problemas a la hora de determinar sus contenidos y facilitar el acceso a los mismos. Dicha imprecisión debilita además la capacidad del dominio público para afrontar las dificultades que plantean otros mecanismos jurídicos o técnicos, de los que nos ocuparemos a continuación.

D. Relatividad del dominio público

Por efecto de su definición negativa, los elementos pertenecientes al dominio público sólo quedarán libres de toda exclusividad en virtud de la legislación de derecho de autor. *De lege lata*, nada impide que se reserven o privaticen mediante otros mecanismos, en la medida en que el dominio público, definido negativamente, no sigue una regla absoluta de no exclusividad.

Esto significa que algunos materiales que pueden calificarse de materiales no protegidos por derecho de autor, y por consiguiente materiales pertenecientes al dominio público en la legislación de derecho de autor, pueden quedar protegidos por otros medios que pueden ser jurídicos, contractuales o técnicos. En consecuencia, los contornos del dominio público hasta ahora esbozados son tan sólo relativos, a partir de los cuales no puede establecerse un régimen incuestionable de no protección o de propiedad pública.

En esta parte se enumerarán las distintas dificultades que pueden afectar a las obras del dominio público y que podrían limitar más su carácter público y su accesibilidad. La mayoría de las veces puede afirmarse que la capacidad de otros medios para ejercer un control sobre los contenidos del dominio público es limitada y no afecta de manera importante el carácter público del dominio público ni la efectividad de su libre uso. Las leyes nacionales analizadas hasta el momento seguirán utilizándose como referencia en nuestro estudio.

1. Derechos morales perpetuos

La libertad de acceso y uso de las obras del dominio público puede verse reducida por efecto del ejercicio de un derecho moral perpetuo. En los Estados en que se reconoce la perpetuidad de los derechos morales, la adaptación de una obra que haya pasado a formar parte del dominio público podría quedar comprometida ante la oposición de los familiares lejanos del autor, si pudieran probar su derecho a heredar del autor el ejercicio del derecho moral sobre la obra. También podrían verse tentados a censurar la obra.

Así, la efectividad del libre uso de las obras del dominio público puede ser frágil y ningún usuario o autor de una obra derivada está a salvo de que se siga aplicando el derecho moral de integridad. Cuando esta perpetuidad afecta también al derecho de divulgación, en los casos en que dicho derecho existe, la legislación de derecho de autor proporciona una peligrosa arma a los herederos del autor para impedir que las obras póstumas o no publicadas queden a disposición del público, limitando el acceso con fines intelectuales a las obras del dominio público. El tercer derecho incluido en los derechos morales, el derecho de paternidad, tal vez sea menos problemático, puesto que no impedirá la ejecución de nuevas creaciones basadas en una obra del dominio público ni reducirá la explotación de dicha obra ni las posibilidades de acceder a la misma. Pero sí obligará a los creadores o explotadores ulteriores a atribuir debidamente la obra del dominio público a su autor.

El Convenio de Berna no impone ninguna duración del derecho moral ni tampoco prohíbe una regla de perpetuidad a ese respecto. Cabe señalar que el Anexo VII del Acuerdo de Bangui de la Organización Africana de Propiedad Intelectual, que sirve a sus miembros africanos como modelo legislativo de la propiedad literaria y artística, establece que los derechos morales no estarán limitados en el tiempo (véase el párrafo 2 del artículo 22).

En muchos países, la duración de los derechos morales se determina en función de la de los derechos patrimoniales, como ocurre en Australia, Corea o Malasia (en lo que respecta a los países analizados en el presente estudio). A veces puede justificarse mediante un régimen monista del derecho de autor, en que la dimensión moral del derecho de autor se considera parte integral de la dimensión patrimonial.¹⁰⁶ En otros países, la duración de la protección moral será distinta de la de la protección patrimonial. Los derechos morales pueden conferir una protección más breve, que termina con la muerte del autor, como es el caso de Corea (salvo en el caso de la protección contra el daño grave del honor del autor).

La disociación de los derechos patrimoniales y los derechos morales puede limitarse a algunos derechos de la protección moral. En Australia, por ejemplo, el derecho de integridad sobre una obra cinematográfica deja de tener vigor tras la muerte de su autor o sus autores, mientras que los demás derechos incluidos en los derechos morales se adaptan a la duración de los derechos patrimoniales. En China, el derecho de divulgación se sustrae de la regla de perpetuidad del derecho moral y se aplica hasta 50 años después de la muerte del autor. La situación en los Estados Unidos de América es más compleja: el derecho moral de paternidad y el de integridad sólo se confieren a obras de artes visuales, y su duración depende de la fecha de la creación de tales obras. Se aplica a lo largo de la vida del autor para las obras creadas después de 1990, pero para las obras creadas antes de esa fecha se aplica la misma duración que la protección que confieren los derechos patrimoniales sobre las obras visuales.

Francia es probablemente el primer ejemplo que puede citarse cuando se piensa en un derecho moral perpetuo. Pero la perpetuidad de la protección moral de las obras y de sus autores es una realidad en muchos países de todo el mundo, sin que todos ellos sean antiguas colonias francesas o sean países de tradición jurídica romanista. De entre los países analizados, Argelia, Brasil, Chile (aunque en este país es una cuestión problemática), China, Costa Rica, Dinamarca, Francia, Italia, Kenya y Rwanda no establecen limitación alguna de la protección de los intereses morales de los autores.

La situación en Chile es una vez más controvertida y poco clara. En la medida en que el artículo 11 de la Ley sobre el derecho de autor de Chile establece el libre uso de las obras que pertenecen al dominio público, con la condición de que se respeten los derechos de paternidad y de integridad de la obra, algunos estudiosos y expertos interpretan a partir del mismo una ausencia de la limitación en el tiempo del derecho moral. Otros entienden que la perpetuidad

¹⁰⁶ A. DIETZ, "Legal principles of Moral Rights (Civil Law) – General Report", en *The moral right of the author*, Congreso de ALAI, Antwerp, 1993, p. 67.

se aplicará únicamente a los derechos de paternidad e integridad, pero no a los de divulgación y de retirada de la obra (*droit de repentir*).

La subsistencia de protección moral también puede limitarse a las obras con un interés cultural primordial. Por ejemplo, la Ley sobre el derecho de autor de Dinamarca establece un derecho moral que es perpetuo, pero que se aplicará únicamente si se infringen los intereses culturales (véase el artículo 75). Se ha precisado que la finalidad de esa regla es proteger el patrimonio cultural, y que la regla sólo se aplicará a obras que se consideren parte de dicho patrimonio o, de no ser así, a obras de autores que hayan creado obras de valor.¹⁰⁷ Hasta el momento se han entablado dos procesos. En el primero, el Tribunal Supremo sentenció que se había cometido infracción del derecho moral en la adaptación de una obra musical que había pasado a formar parte del dominio público.¹⁰⁸ En otro pleito, celebrado en 1990, se determinó que no había habido infracción de la integridad de la Biblia en una película que incluía contenido pornográfico a la vida de Jesús.¹⁰⁹ Pero se consideró que la Biblia todavía conserva implícitamente la protección del derecho moral en virtud de la Ley de Derecho de Autor de Dinamarca (la dificultad estriba en saber quién tendrá derecho a ejercer tal derecho).

Con frecuencia, el objetivo oculto de las reglas de perpetuidad que se aplican a los derechos morales es defender la integridad de las obras consideradas como parte integrante del patrimonio cultural del Estado. Una muestra de ello es que el Estado o sus representantes, generalmente el Ministerio de Cultura, pueden ejercer el derecho moral para defender la integridad de las obras del dominio público, competencia que existe en Argelia (en ausencia de herederos legales, el derecho moral lo ejercerá la Office national des droits d'auteur et droits voisins); Brasil, (obligación del Estado de defender la integridad y la autoría de las obras del dominio público); Costa Rica (Ministerio de Cultura y Juventud); Dinamarca (sólo las autoridades públicas pueden ejercer la protección especial examinada anteriormente, pero no los herederos del autor); Italia (el Ministerio de Cultura en casos de interés público). En la mayoría de estos países nunca se ha ejercido esta competencia.

La OAPI sugiere que, al término del plazo de la protección de los derechos patrimoniales, se faculte al organismo nacional de gestión colectiva de derechos para asegurar el cumplimiento de los derechos morales de los autores.

También en Francia las autoridades públicas cumplen una función en la defensa del derecho moral perpetuo. El artículo L. 122-9 del Código de Propiedad Intelectual francés establece que el Ministerio de Cultura puede recurrir al tribunal de primera instancia en caso de abuso (presumiblemente cometido por los herederos de los autores) en el ejercicio del derecho de divulgación, incluso con respecto a obras del dominio público. A. Lucas considera que este artículo también puede aplicarse en otros casos de abuso cometido en el ejercicio de los derechos morales de un autor, post mortem auctoris.¹¹⁰ Así, el Ministerio de Cultura puede reclamar ante la justicia el respeto del derecho moral u obligar a los herederos a que desistan de negarse a divulgar la obra en caso de que estuviera en juego el interés público. Dicha intervención, por lo tanto, no se limita al ejercicio del derecho moral de los herederos legales de los autores, sino que también puede aplicarse a defender el interés del público de acceder a una obra póstuma que haya sido divulgada y publicada, a pesar de la oposición de los titulares de los derechos. Más que para sustituir al Estado en el ejercicio de un derecho moral perpetuo, esta competencia sirve para asegurar el equilibrio entre la salvaguardia del patrimonio cultural y el interés público de acceder a la cultura. Pero dicha posibilidad ha sido ejercida raras veces.¹¹¹

¹⁰⁷ T. Riis, *Intellectual Property Law: Denmark*, Kluwer Law International, 2ª edición, 2009.

¹⁰⁸ UFR (*Repertorio semanal de jurisprudencia de Dinamarca*), 1965, 137, citado por M. KOKTVEDGAARD, « Moral right – National Report for Denmark », en *The Moral right of the author*, Congreso de ALAI, Antwerp, 1993, 118.

¹⁰⁹ UFR (*Repertorio semanal de jurisprudencia de Dinamarca*), 1990, 856, Citado por M. Koktvedgaard, *ibidem*.

¹¹⁰ A. LUCAS Y H.J. LUCAS, *op. cit.*, p. 475.

¹¹¹ Otras personas han tratado de intervenir en tales debates, como el Centre National du Livre, competente jurídicamente para asegurar la integridad de obras literarias tras la muerte del autor, o como algunas sociedades colectivas, también en lo que respecta a obras literarias (intervención muchas veces rechazada por los tribunales). Por ejemplo, en un asunto judicial en el que una sociedad de gestión colectiva integrada por autores literarios intentó oponerse a la adaptación cinematográfica de *Les Liaisons dangereuses*, de Choderlos de Laclos, fallecido en 1803 (Cass., 6 de diciembre de 1966, D., 1967, *Jurisprudence*, P. 381, comentario de DESBOIS).

Cabe interpretar que dicha intervención del Estado o de las sociedades colectivas tiene por objeto superar la dificultad que plantea identificar a los herederos del autor fallecido. En tal caso, el derecho moral adquiere una dimensión más colectiva¹¹² y se convierte en “instrumento de observancia de la fidelidad”¹¹³. Pero también es, como se percibe claramente en el régimen de derecho de autor francés, una cuestión de política pública más relacionada con la protección del patrimonio nacional que con la salvaguardia de derechos individuales.¹¹⁴ Las autoridades públicas o los representantes de los autores actúan más bien como protectores de la integridad de los monumentos culturales y como defensores de los intereses colectivos.

Semejante justificación de política pública de salvaguardia de un derecho moral de perpetuidad podría convertir esa misma perspectiva de perpetuidad en libre uso del dominio público. En efecto, el hecho mismo de que el derecho de integridad esté concernido podría descartar la protección del derecho de exclusividad al amparo del derecho de autor, y llevar a la consideración de que éste debería ser principalmente un asunto de protección del patrimonio cultural, bajo la forma de derecho moral. Naturalmente esto solo podría darse en caso de interés público o si la obra corriera un grave riesgo. Hasta cierto punto, la protección del patrimonio cultural es en sí misma un instrumento de salvaguardia y amparo del dominio público,¹¹⁵ siempre que tales salvaguardia y amparo estén razonablemente ejercidas por las autoridades públicas y los herederos legales de los autores, controlados éstos últimos por las autoridades públicas si fuera necesario. Aunque nunca podría revestir la forma de veto a la adaptación de nuevas creaciones.

Aun cuando no se esté de acuerdo con esta idea, el recurso al derecho moral para prohibir la adaptación de una obra del dominio público está muy limitado. Un caso sonado se dio hace poco en Francia con *Les Misérables*, de Victor Hugo, en que uno de sus herederos trató de impedir que se publicara una secuela de la famosa novela. Los tribunales finalmente denegaron la demanda,¹¹⁶ alegando principalmente que una obra que pasa al dominio público queda libre para la adaptación sobre la base de la libertad de creación. El derecho moral sólo podrá invocarse para proteger el derecho de paternidad y el de integridad, pero sólo en el caso de que la adaptación infrinja efectivamente tales derechos, infracción que los herederos tendrán que probar demostrando cuál habría sido la postura del autor. La dificultad de aportar dicha prueba pone de manifiesto que el derecho moral perpetuo solo servirá en la práctica para impedir la realización de una adaptación que constituya un caso evidente de abuso de la libertad de utilizar obras del dominio público.

2. Dominio público de pago

El dominio público de pago (conocido también por el término original francés *domaine public payant*) es un sistema que obliga al usuario de los contenidos del dominio público a pagar una licencia obligatoria para poder reproducir o comunicar al público una obra, aunque ésta forme parte del dominio público. Los orígenes de esta idea pueden encontrarse en Victor Hugo. En uno de los discursos que pronunció en el Congreso Literario Internacional de 1878, el gran escritor señaló que el derecho de autor deja de tener vigencia cuando muere el autor o sus herederos directos, en beneficio del dominio público, del que era entusiasta defensor. También se pronunció a favor de establecer un dominio público de pago, que consistiría en el pago de una pequeña tasa cada vez que fuera a explotarse una obra del dominio público, fondo que serviría para respaldar a jóvenes escritores y creadores.¹¹⁷

La idea de recaudar algún tipo de tasa por la publicación de obras del dominio público en beneficio de las jóvenes generaciones de creadores, si bien no figura en la labor de los legisladores a los que Victor Hugo quiso convencer en aquella época, principalmente los redactores del Convenio de Berna, ha tenido, no obstante, cierta repercusión en la nuestra.

¹¹² A. LUCAS Y H.J. LUCAS, *op. cit.*, p. 428.

¹¹³ P. SIRINELLI, *Propriété Littéraire et droits voisins*, Dalloz, 1992, p. 89. Véase también, S. STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur*, PA Nordstedt, 1967, t. I, p.480.

¹¹⁴ A.M. CHARDEAUX, *Les Choses Communes*, LGDJ, 2006, p. 211. En ese sentido, véase también A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, estudio para la Comisión Europea, 1976, p. 165 (quien evoca un « tipo de protección de monumentos »), B. D'ORMESSON-KERSAINT, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵ M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁶ Cass. 30 de enero de 2007, *JCP G*, 2007, p.29, comentario de C. Caron; CA Paris, 19 de diciembre de 2008, *Communications – Commerce Electronique*, marzo de 2009, p. 26.

¹¹⁷ Véase el discurso de Victor Hugo del 25 de junio de 1878.

A menudo se cita a Italia como ejemplo de país occidental que aplica dicho régimen, denominado *Diritto Demaniale* (derecho de dominio). Pero su sistema de dominio público de pago se abolió en 1996.

Hoy en día, el sistema de dominio público de pago existe en algunos países, como Argelia, Kenya, Rwanda, Senegal, la República del Congo, Côte d'Ivoire y Paraguay. Las disposiciones del Acuerdo de Bangui y su Anexo sobre la propiedad literaria y artística, en que se sugiere el establecimiento de dicho régimen, explican la preeminencia de países africanos en esta lista.¹¹⁸

La legislación de Francia contempla el caso particular del dominio público de pago en relación con la falta de protección de obras divulgadas en primer lugar en un país que no confiere protección suficiente a las obras divulgadas en Francia (véanse los párrafos anteriores). En Francia, tales obras no sólo carecen de protección, salvo en lo que respecta a la protección de los derechos de integridad y de paternidad, sino que toda explotación en este país de tales obras requiere el pago de regalías de derecho de autor, que se recaudan en beneficio de algunas sociedades colectivas y del Centre National des Lettres.¹¹⁹ No obstante, este régimen peculiar nunca ha sido aplicado.

La instauración de un dominio público de pago podría constituir en la práctica un impedimento al libre uso de las obras de dominio público. El alcance de una interferencia de este tipo dependerá de las tasas que se impongan. Cabe señalar que el dominio público que quedaría afectado por el régimen de pago es únicamente el constituido por obras en que ya no rige el derecho de autor, y no el constituido por otro tipo de contenidos (exceptuando los países que aplican el mismo régimen a las expresiones del folclore).

En algunos países (como por ejemplo Argelia o Rwanda), sólo habrá que pagar por la utilización de contenidos con fines comerciales o de lucro. En la mayoría de los casos, deberá también respetarse la integridad y la paternidad de la obra. Normalmente el sistema funciona como una licencia obligatoria: el uso está condicionado al pago de la tasa prescrita, pero no es necesario disponer de una autorización previa (como ocurre con los derechos exclusivos). No obstante, en Argelia sí se aplica esto último. En tal caso, el libre uso de una obra del dominio público es incluso más limitado.

Los usos a los que afecta la tasa también varían. Las regalías, de cuya recaudación se encargan a menudo las sociedades de gestión colectiva de derechos o la administración responsable del derecho de autor (Como la Office national du droit d'auteur et des droits voisins de Argelia, que cumple también la función de sociedad colectiva), se destinarán por lo general a actividades de bienestar y culturales, por ejemplo, otorgar subvenciones a jóvenes creadores o ayudas sociales a creadores en situación precaria, o fomentar las obras creativas. A veces la financiación se destina a preservar el dominio público en sí mismo y no a ayudar a los creadores, como en Argelia. En tales casos, en vez de constituir un gravamen por la explotación del dominio público, las tasas percibidas pueden considerarse como un modo de financiar la protección de las obras del dominio público.

El monto de la tasa varía mucho de un país a otro. La OAPI recomienda que el monto de la tasa fijada sea la mitad del de la remuneración que normalmente se aplica para las obras que todavía tienen protección, lo que podría ser difícil de calcular.

Generalmente el sistema se aplica solamente a las obras nacionales. Italia fue la excepción a la regla, ya que la tasa afectaba también a las obras del dominio público de otros países.

A veces, el sistema del dominio público de pago se propone como modelo de protección de los conocimientos tradicionales contra la reutilización no supeditada a pago por parte de los empresarios de los países occidentales.¹²⁰ Esta idea está ya presente en algunos países en desarrollo que aplican la tasa de explotación tanto a las obras del dominio público como al material del folclore.

¹¹⁸ Véase el artículo 59.

¹¹⁹ Véase A. LUCAS Y H.J. LUCAS, *op. cit.*, p. 1.139.

¹²⁰ M. LEISTNER, "Analysis of different areas of indigenous resources – Traditional knowledge", en S. VON LEWINSKI, *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, Kluwer Law International, 2003, p. 84. Véase también el artículo 17 del modelo de ley sobre derecho de autor de Túnez de 1976.

A principios de 1980, la OMPI y la UNESCO¹²¹ investigaron el régimen de dominio público de pago. En aquella época, los países que aplicaban dicho sistema eran Argelia, Argentina, Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Italia, México, Portugal, Túnez, la URSS y Zaire.¹²²

En aquel momento se consideró una herramienta interesante, principalmente en los ámbitos social y cultural, que podría proporcionar algunos ingresos a los artistas, gremio muy precario en los países en desarrollo. Pero en aquel momento no se daba la importancia que se concede ahora a facilitar el acceso al dominio público. No parece que se haya evaluado realmente la eficacia de tales sistemas. La administración y recaudación de esas tasas podría suponer una ardua tarea para las sociedades de gestión colectiva, especialmente en los países en desarrollo. Y podría considerarse además como un impuesto adicional.

Aún más destacable es que el dominio público de pago se está convirtiendo en un modelo caduco debido al conflicto directo que plantea con el dominio público. Tal sistema de pago podría obstaculizar la consecución del objetivo que actualmente muchos países, y especialmente los países en desarrollo, tratan de lograr, esto es, equilibrar la propiedad intelectual fomentando el uso y acceso libres a los contenidos del dominio público. Además, el sistema contribuiría a que disminuyeran los incentivos destinados a particulares o editores que tratan de dar a conocer obras del dominio público facilitando al público nuevas publicaciones, especialmente si la tasa exigida por la explotación es alta. Como mínimo, debería limitarse a la explotación comercial, y a una remuneración razonable.

Por otra parte, si se suprimiera el dominio público de pago, habría que encontrar otros modos de financiar las actividades culturales o las necesidades sociales de los artistas, que podrían ser esenciales para los países más pobres en que tales actividades no son prioritarias. Los países en desarrollo podrían encontrarse ante el dilema de tener que elegir entre dos objetivos culturales básicos: apoyar la creación local o potenciar la accesibilidad del dominio público. Por otra parte, cabría contemplar la posibilidad de establecer un dominio público de pago como un modo de financiar la salvaguardia de las obras del dominio público, al compartir el peso de la financiación de la generalización del acceso a las obras del dominio público, principalmente por las bibliotecas digitales, con los explotadores comerciales de tales obras. Así, las tasas recaudadas dejarían de utilizarse para ayudar a los artistas y se invertirían en potenciar el dominio público.

3. La reconstitución del derecho de autor en algunas obras

Una vez que, con el paso del tiempo, una obra pasa a formar parte del dominio público, no deberían volver a ejercerse derechos de autor sobre la obra. No obstante, existen algunos mecanismos que pueden restaurar la protección por derecho de autor. La Directiva europea de 1993 sobre el plazo de protección por derecho de autor establece dos mecanismos que pueden restaurar el derecho de autor o un derecho similar sobre las obras del dominio público.

La Directiva exige a los Estados miembros que confieran una protección de 25 años de duración, limitada a los derechos patrimoniales del derecho de autor a “[t]oda persona que, después de haber expirado la protección de los derechos de autor, publique lícitamente o comunique lícitamente al público por primera vez una obra que no haya sido publicada previamente”.¹²³ La finalidad de este tipo de protección de obras póstumas, esto es, obras no publicadas durante el periodo normal de protección por derecho de autor que se confiere mientras vive el autor, es ofrecer un incentivo a los editores para que pongan a disposición pública estas obras del dominio público. No obstante, por efecto de la misma, tales obras dejan de estar en el dominio público, al quedar restaurado el correspondiente derecho de autor. Dado que no existe protección del derecho moral y que el derecho patrimonial se

¹²¹ Véase la labor del Comité de Expertos no Gubernamentales de la UNESCO sobre el “dominio público de pago”, *Boletín de derecho de autor*, XVI, nº 3, 1982, 49. Véase también A. DIETZ, “A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)”, *Boletín de derecho de autor*, 1990, XXIV, Nº 4, 13-28.

¹²² No se ha comprobado cuál es la situación actual de estos países, pero parece que el sistema ha sido abolido en muchos de ellos.

¹²³ Artículo 4 de la Directiva del Consejo 93/98/CEE (OJ L290, 24.11.1993), codificada por la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (versión codificada).

concede a la persona que invierte en la publicación (y no a los herederos del autor ya fallecido), este derecho de autor se asemeja más a un derecho conexo.

Este tipo de protección de las obras póstumas que se aplica en la Unión Europea favorece la publicación y disponibilidad de contenidos que, de no recibirla, no se divulgarían, y, al no conocerse, sería inútil su presencia en el dominio público. A tal efecto, la restricción que imprime en el propio dominio público puede considerarse como un mal necesario.

Esa misma Directiva permite también (aunque no obliga) a los Estados miembros establecer una protección de duración limitada de 30 años contados desde la publicación de “ediciones críticas y científicas de obras que hayan pasado a ser de dominio público”.¹²⁴ Concretamente, Italia ha sido uno de los países que ha aplicado tal protección y que confiere una protección de 25 años a ediciones críticas y científicas de obras que están en el dominio público (artículo 85*quarter* de la Ley de Derecho de Autor de Italia). Aun cuando no se cumpla el criterio de originalidad exigido para que una edición crítica reciba protección por derecho de autor, como se exige para cualquier adaptación de una obra del dominio público, este derecho especial (limitado a la explotación patrimonial) tiene por objeto proporcionar incentivos a los editores de las ediciones críticas de obras sin protección, como ocurre con las obras póstumas. El Tribunal Superior de Justicia de Italia ha determinado que no basta con reconstituir la obra original para que reciba protección, sino que el editor crítico tendría, por ejemplo, que recrear una parte perdida de la obra.¹²⁵

Este último tipo de protección crea menos interferencia con el dominio público que el régimen que se aplica a las obras póstumas, ya que sólo se protegerá la edición crítica, pero no la obra original en que se basa, que todavía pertenece al dominio público y puede utilizarse libremente.

4. Derechos de propiedad

Para acceder y utilizar una creación intelectual será necesario obtener acceso a la reproducción material de dicha obra. El propietario de la reproducción material de la obra puede controlar legalmente tal acceso. Tanto el derecho de autor como el dominio público, su elemento contrario, atañen únicamente a la obra inmaterial, y deben distinguirse –y deberán normalmente ejercerse separadamente– de la propiedad material. El control del acceso a las reproducciones materiales de las obras constituye un ejercicio legítimo de los derechos de propiedad.

Por lo general, el hecho de que se posean determinadas reproducciones no impedirá que pueda utilizarse y reproducirse libremente material que esté en el dominio público, puesto que son varias las reproducciones que puede haber en circulación. Aunque la Mona Lisa sea propiedad del Louvre, y el acceso a este cuadro no sea completamente libre, no es difícil reproducir y divulgar dicha obra, ya que existen muchas reproducciones de la famosa pintura.

No obstante, puede haber casos en que el derecho de propiedad plantee problemas en lo que respecta a la libertad del dominio público. Cuando no haya reproducciones de una obra, sino que sólo exista un ejemplar material de la obra, conservado por su propietario, para poder disfrutar de tal obra del dominio público será necesario tener acceso a ese ejemplar. Imaginemos un cuadro de Van Gogh del que no existe reproducción alguna y cuyo propietario tiene el control exclusivo. Como ocurría con las obras no publicadas mencionadas anteriormente, esta obra, aunque perteneciente en teoría al dominio público, no formaría en realidad parte del mismo, puesto que nadie podría utilizarla.

Para obligar al propietario de un importante bien cultural a facilitar el acceso al mismo habría que recurrir en primer lugar a disposiciones jurídicas sobre patrimonio cultural: el propietario no abandonaría su control sobre ese bien, pero podría al menos fomentar la puesta a disposición pública de algunas reproducciones de la obra. A nuestro juicio, esta cuestión guarda poca relación con el derecho de autor.

¹²⁴ Artículo 5.

¹²⁵ Cass. 17 de enero de 2001, n.º 559, BMG Ricordi s.p.s., Fundación Gioacchino Rossini y Azio Corghi c. *Ente Autonomo Teatro Regio di Torino*, en *Giur. It.*, 2001, p. 1.241, comentario de M. CROSIGNANI, *Edizione critica e diritto d'autore: un'antitesi superata?*

El derecho de propiedad también podría interferir con el dominio público de otra forma, como ha demostrado la reciente controversia relativa a derechos de imagen en Francia. En 1999, la Cour de Cassation de Francia concedió al propietario de la primera casa que liberaron las fuerzas aliadas en 1944 el derecho a oponerse a la reproducción de la imagen de la casa basándose en el derecho de propiedad, que afectaba también, según el tribunal, a las imágenes de aquella.¹²⁶ Este caso de jurisprudencia planteó un serio dilema en los ámbitos del derecho de autor y del dominio público. Si el propietario de la manifestación material de una obra (podría ser una casa cuyo diseño arquitectónico estuviera protegido por derecho de autor, pero también cualquier otro tipo de obra) está facultado para autorizar o prohibir la reproducción de tal manifestación, ¿qué queda del derecho exclusivo del autor de la obra? Y si la obra ya no está protegida por derecho de autor, ¿no supondría ese ejercicio del derecho de propiedad material el final del dominio público, puesto que toda reproducción sería incompatible con el monopolio del propietario? Muchos expertos en derecho de autor han denunciado esta nueva extensión del derecho de propiedad; por un lado, porque contraviene al principio básico que distingue la propiedad física de la propiedad intelectual, quedando el derecho sobre la imagen reservado a ésta última; por otro, porque pone en peligro el libre uso del dominio público.¹²⁷

Afortunadamente, unos años más tarde ese mismo tribunal emitió un fallo contrario, al conferir al propietario un derecho de este tipo únicamente cuando se infrinja un determinado derecho o interés, como el derecho a la intimidad o a impedir acciones que perjudiquen injustificadamente el disfrute de la propiedad, o cuando se viole la propiedad al tomar o explotar la imagen. Esta es la lógica aplicación de la cohabitación de dos derechos, en que no está permitido ejercer un derecho cuando contraviene el ejercicio y disfrute de otro. Pero el derecho de propiedad ya no confiere por sí mismo un derecho de exclusividad sobre la imagen de un bien.

La salvaguardia del dominio público debería distanciarse de este tipo de esfuerzos por parte de los propietarios de reproducciones materiales de obras sin protección de obtener algún tipo de exclusividad sobre la imagen de sus bienes.

5. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad puede ejercerse incluso en la forma de publicación o comunicación de algunas obras, incluso cuando han pasado a formar parte del dominio público. Esto atañe principalmente a la información confidencial o correspondencia privada, cuya divulgación podría dañar los intereses privados de la familia del autor o de sus allegados. En lo que respecta al derecho de propiedad, examinado anteriormente, la explotación del dominio público no podrá ser tan absoluta como para dañar los derechos a la intimidad o los intereses de terceros.

Italia aporta un ejemplo de ello al prescribir el consentimiento de los autores o de sus sucesores antes de la publicación de cartas privadas o memorias familiares confidenciales, independientemente de que todavía estén protegidas por derecho de autor o que formen parte del dominio público (artículos 93 a 95 de la Ley de Derecho de Autor de Italia).

6. Medidas tecnológicas de protección

La evolución digital ha venido aparejada de la generalización de medidas tecnológicas aplicadas a obras digitales para protegerlas contra usos no autorizados. Basándose en la criptografía u otro tipo de medios tecnológicos, en los últimos años se han establecido sistemas como la llamada gestión de derechos digitales o las medidas tecnológicas de protección para hacer frente a la espinosa cuestión de la protección y gestión del derecho de autor en el entorno digital. Es cada vez más frecuente que tales herramientas técnicas vayan incorporadas en los soportes físicos de creaciones como DVD, programas informáticos o videojuegos, así como en la difusión por Internet de música, noticias, películas, libros o imágenes. La finalidad de tales medidas es controlar el uso de la obra, por ejemplo, impidiendo el acceso a la misma por personas no autorizadas, impidiendo la ejecución de copias o permitiendo únicamente los usos por los que se ha pagado una tasa, o también

¹²⁶ Cass., 10 de marzo de 1999, Boletín Civil I, N° 87, p. 58.

¹²⁷ Cass. Asamblea Plenaria., 7 de mayo de 2004, *D.*, 2004, Jurisp., p. 1.545, comentario de J.-M. BRUGUIÈRE.

imponiendo que una obra se vea o escuche mediante un dispositivo específico o en una región determinada.

Suele ocurrir que en la aplicación de medidas tecnológicas de protección no se distinga entre el material protegido por derecho de autor del que carece de esta protección.¹²⁸ Las medidas se aplican indiferentemente a obras en que todavía rige el derecho de autor como a obras que han pasado a formar parte del dominio público. Por ejemplo, un sitio Web dedicado a difundir libros por Internet podría utilizar sistemas técnicos que impidieran la copia, impresión o intercambio de los mismos. Por lo general, este tipo de protección técnica afectará del mismo modo a un libro publicado recientemente por un autor vivo y a una obra de Shakespeare. Los sistemas de bloqueo tecnológico también pueden ejecutarse para proteger material que no puede recibir protección por derecho de autor, como obras no originales, noticias o textos oficiales. La falta de exclusividad jurídica puede compensarse aplicando a dicho material una medida de protección tecnológica. Es decir que la exclusividad jurídica queda remplazada por la exclusividad fáctica o técnica que impone la medida tecnológica.

Esta es una de las posibles formas de intrusión en el dominio público que ha sido más duramente criticada en los últimos años.¹²⁹ Ya en 1996, la Junta de Asesoría Jurídica de la Comisión Europea advertía que “el uso generalizado de dispositivos tecnológicos de protección podría dar lugar a la creación de facto de nuevos monopolios de información. Esto sería especialmente problemático con respecto a los materiales del dominio público”.¹³⁰

En cierta medida, la restricción de acceso a los contenidos del dominio público por efecto de las medidas tecnológicas puede ser relativa, al menos si puede accederse fácilmente al material afectado por tales medidas en formatos o soportes sin protección. Que un vendedor de libros por Internet aplique a las obras de Shakespeare un mecanismo de control de acceso podría no plantear problemas si existe fácil acceso a tales obras en otros sitios. A este respecto, la diferencia entre el acceso al soporte de una obra y la utilización que se haga de esa obra es pertinente. A los proveedores de contenidos no se les puede impedir que exijan una remuneración por los bienes o servicios que venden, ni tampoco puede impedirse que perciban dicha remuneración mediante herramientas de control de acceso. No obstante, se rescatarán obras del dominio público de un modo más directo si sólo están disponibles en formatos protegidos tecnológicamente. En tal caso, el acceso al dominio público se verá amenazado injustificadamente.

Técnicamente, restringir el libre uso de obras del dominio público una vez que se ha obtenido legalmente acceso, tras haber hecho el pago correspondiente, es más difícil. Indudablemente, toda medida tecnológica que limite el uso de una obra, por ejemplo su reproducción o comunicación, será contraria a la esencia del dominio público y erigirá una nueva exclusividad sobre contenidos que deberían ser de uso público. Percibir una remuneración por facilitar el acceso a una reproducción digital de una obra de Shakespeare podría ser una vía legítima, mientras que impedir a los compradores legítimos copiar tales obras podría considerarse como una restricción injustificada del libre uso del dominio público.

Además de la mercantilización tecnológica del contenido digital, existe una vía suplementaria aplicada a reforzar la protección. Desde el momento en que se recurre a la tecnología para potenciar el ejercicio efectivo del derecho de autor, esa misma tecnología podrá utilizarse también para anular la protección tecnológica. Esto originó la creación de disposiciones contra la elusión de la protección, que actualmente han instaurado muchos países siguiendo los tratados de la OMPI de 1996, que obligan a prohibir la elusión de medidas tecnológicas aplicadas a proteger el derecho de autor. Dicha legislación tiene un efecto doble: por un lado admite y justifica el establecimiento de sistemas tecnológicos de bloqueo en las manifestaciones creativas, por otro, los consolida, al sancionar a todo aquel que intente eludir la medida tecnológica de protección. Con cada una de las distintas medidas que se apliquen podrá producirse una incursión en el dominio público.

¹²⁸ K. KOELMAN, “The Public Domain Commodified: Technological Measures and productive Information Use”, en *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 105-119.

¹²⁹ Véase, por ejemplo, Y. BENKLER, “Free as the air to common use...” *op. cit.*, p. 354-446; J. BOYLE, “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”, *Law and Contemp. Probs.*, 2003, vol. 66, p. 33; P. SAMUELSON, “Mapping the Digital Public Domain...”, *op. cit.*, p. 147-171.

¹³⁰ Respuesta de la Junta de Asesoría Jurídica de la Unión Europea al Libro Verde sobre el derecho de autor y los derechos conexos en la sociedad de la información. (Traducción de la Oficina Internacional).

En primer lugar, la finalidad de la mayoría de las disposiciones contra la elusión es salvaguardar el libre acceso a las obras del dominio público. Como sostiene acertadamente P. Goldstein:

“El problema del artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, y de toda legislación de aplicación que se base en dicho artículo, está en su asimetría: la disposición prohíbe la descodificación de material protegido por derecho de autor, pero no prohíbe la codificación de material no protegido por derecho de autor. [...] Sólo una medida que efectivamente declarara ilícita la codificación de los elementos del dominio público fácilmente separables del producto lograría el equilibrio del derecho de autor, ya que los contenidos protegidos por derecho de autor quedarían codificados y los del dominio público serían contenidos de libre acceso.”¹³¹

La defensa de la instauración de mecanismos jurídicos que regulen la aplicación de medidas tecnológicas de protección al material del dominio público podría basarse en la exigencia que imponen los Tratados de la OMPI, a saber: “[...] una protección adecuada de tales medidas de protección”. Que la protección sea adecuada o no podría determinarse teniendo en cuenta el Preámbulo de los tratados, en que se insiste en “[...] la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información [...]”. En la medida en que el dominio público, así como su salvaguardia y el fácil acceso al mismo, tiene una importancia central en lo que respecta al acceso a la información y al interés público, toda medida relacionada con la elusión de medidas tecnológicas de protección podría remitirse al Preámbulo para regular el recurso a restricciones técnicas aplicadas al uso del dominio público.

Puede observarse una útil analogía con la solución que se aplicó en la Unión Europea para salvaguardar las excepciones del derecho de autor del efecto de las restricciones tecnológicas. El párrafo 4 del artículo 6 de la Directiva de 2001 sobre los derechos de autor en la sociedad de la información exige que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para que los usuarios puedan disfrutar de algunas excepciones fundamentales cuya aplicación se haya visto impedida por efecto de medidas tecnológicas de protección.¹³² Los Estados miembros han respondido a esta obligación o bien estableciendo procedimientos de mediación o arbitraje entre los beneficiarios de la excepción y los titulares del derecho de autor que hayan aplicado medidas tecnológicas excesivamente restrictivas o bien facilitando medios judiciales o administrativos de reparación a los usuarios que no hayan podido beneficiarse de la excepción. En caso de impedimento injustificado del libre uso de contenidos del dominio público, podría ofrecerse una solución similar, en la que se tuvieran en cuenta los intereses legítimos de los proveedores de servicios que ofrecen tales contenidos a los usuarios.

Por otra parte, la legislación contra la elusión prohíbe tanto los actos de elusión de medidas tecnológicas como las actividades preparatorias de tales actos, esto es, cualquier acto de distribución o fabricación de dispositivos que posibiliten o faciliten la elusión de la protección. Normalmente, dicha prohibición no debería tener efecto alguno en el acceso a los contenidos del dominio público y su libre utilización, ya que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y los países que lo aplican limitan la prohibición de actividades de elusión a las medidas tecnológicas aplicadas a obras protegidas por derecho de autor. En consecuencia, sortear el control de acceso o el mecanismo anticopia incorporado en la obra del dominio público no constituirá un delito.

Con todo, el dominio público puede sufrir alguna consecuencia indirecta. Las restricciones tecnológicas pueden afectar principalmente a obras del dominio público que vayan acompañadas por una creación nueva protegida por derecho de autor. Imaginemos que al libro electrónico de una obra de Shakespeare se le añade una pequeña introducción, o que se ofrece en una traducción al español nueva.¹³³ La mera presencia de un elemento protegido

¹³¹ P. GOLDSTEIN, “Copyright and Its Substitutes”, *Wis. L. Rev.*, 1997, p. 869. En esa misma línea, W. GORDON, “Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract”, *Chi.-Kent L. Rev.*, 1998, p. 1480, nota 50.

¹³² Véase S. DUSOLLIER, “Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2003, p. 62-83.

¹³³ Véase J. GINSBURG, “Access to copyrighted works in the “digital millennium””, en S. DUSOLLIER (ed.), *Copyright – a Right to control the access to Works? Cahiers du CRID*, N° 18, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 63.

por derecho de autor en el soporte físico afectado por una medida tecnológica de protección bastaría para que la elusión se considerarse ilegal.

Por otra parte, la prohibición de comercializar dispositivos que faciliten la elusión no depende del modo en que sus compradores los utilicen posteriormente. Aunque se utilicen principalmente para eludir las medidas tecnológicas aplicables a elementos del dominio público, dicho uso no planteará diferencia alguna en lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de tales dispositivos. Si el comercio de dispositivos que faciliten el acceso a obras del dominio público, pese a la aplicación de sistemas tecnológicos de bloqueo muy restrictivos, es ilegal, el único recurso que les quedará a los usuarios es disponer de conocimientos técnicos para esquivar por su cuenta tales bloqueos, lo que no les resultará fácil.

Así, aunque en principio no fuera ese el objetivo perseguido, las disposiciones contra la elusión de la protección podrían incidir en el acceso y uso libres de las obras pertenecientes por su naturaleza al dominio público o de las que han pasado a formar parte del mismo.

7. Derechos conexos

Los derechos conexos pueden recaer en las obras del dominio público, lo que en principio podría suponer una limitación del libre uso de tales obras, pero debería ser una limitación leve en cierto grado. Los derechos de los intérpretes o productores que ejecutan o producen una obra del dominio público atañen a material nuevo, esto es, a la interpretación o la grabación nueva de sonidos.¹³⁴ La obra del dominio público, aun cuando sea el objeto de la interpretación o la grabación, subsistirá en otras formas y medios, y, en cierta medida, podrá usarse en tales formas y medios sin infringir los derechos que se hayan constituido por efecto de tales actos.

No obstante, a la hora de evaluar el régimen jurídico de un bien cultural en relación con el dominio público, debería tenerse en cuenta la subsistencia de derechos conexos, para lo cual sería necesario distinguir entre la obra creativa subyacente, cuya protección podría haber caducado ya, y su interpretación o producción en una grabación. Un disco de Bach estará libre en lo que respecta a la música en sí, pero en lo que respecta a la interpretación o grabación sí regirá algún tipo de exclusividad.

Los derechos sui generis sobre bases de datos, cuando existen, podrían ser más problemáticos en lo que respecta al dominio público que se crea a partir del derecho de autor. Estos derechos protegen bases de datos no originales, especialmente en la Unión Europea y en Corea, cuando para crearlas es necesario efectuar una inversión sustancial. Generalmente, la duración de la protección es de 15 años contados desde que se crean las bases de datos, duración que podrá renovarse en caso de que fueran necesarias nuevas inversiones sustanciales.

Las bases de datos que reciben este tipo de protección pueden ser una compilación de elementos de obras del dominio público, desde simples datos hasta creaciones que estén excluidas de la protección por derecho de autor, como los textos oficiales, u obras en que el derecho de autor ya haya expirado. Así, mediante los derechos sui generis que recaen en estos elementos sin protección puede rescatarse algún tipo de exclusividad, aspecto éste criticado a menudo por considerarse una intrusión injustificada en el dominio público.¹³⁵ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido un amplio alcance de este derecho, sin tener en cuenta el contenido sustantivo o sin protección de los materiales que conforman la base de datos.¹³⁶

También en este caso debería atenuarse y formularse más adecuadamente tal amenaza.

¹³⁴ Es menos probable que los derechos de los productores de películas se apliquen a obras del dominio público, ya que deberían ejercerse en la primera fijación de una película, y no en las ediciones o digitalizaciones nuevas de películas antiguas.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, M. DAVIDSON, "Database Protection : The Commodification of Information", *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, 167-190; J. BOYLE, *The public domain ...*, *op. cit.*, 207-213.

¹³⁶ Véase, a tal efecto, TJCE, asunto 444/02 *Fixtures Marketing Ltd*, p. 19-21; o, más recientemente, en un asunto relativo a una base de datos sobre textos legislativos, TJCE, 5 de marzo de 2009, *Apis-Hristovich*, C-545/07, p. 69-70.

La protección que confiere el derecho sui generis sólo se aplicará a la base de datos en tanto que compilación de elementos, y no a cada uno de los elementos en sí. Los meros hechos o datos integrados en una base de datos pueden utilizarse individualmente sin infringir el derecho sobre la base de datos. No obstante, hay dos elementos que podrían plantear algunos problemas. De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, un elemento puede constituir por sí mismo una parte sustancial de la base de datos, y, como tal, estar protegido contra su extracción o reutilización si para obtenerlo, verificarlo o presentarlo ha sido necesario efectuar una inversión sustancial.¹³⁷ Pero es un caso que se da muy raras veces. Hace poco, el TJCE recordó esta posibilidad, al admitir que “el hecho de que parte de los materiales contenidos en una base de datos sean oficiales y accesibles al público no exime al tribunal nacional de la obligación [...] de verificar si los materiales supuestamente extraídos o reutilizados a partir de la base de datos constituyen una parte sustancial, desde el punto de vista cuantitativo, de los contenidos de la misma, o, según el caso, si constituyen una parte sustancial, desde el punto de vista cualitativo, de la base de datos, en la medida en que representan, en lo que respecta a su obtención, verificación y presentación, una inversión humana, técnica o financiera considerable”.¹³⁸

Más preocupante es la posibilidad de que los datos individuales sólo adquieran valor cuando se utilicen como una compilación o en correlación entre unos y otros. En ese caso, será necesario extraer un conjunto de datos, lo que podría constituir una infracción del derecho que rige sobre la base de datos. Volviendo al ejemplo de una base de datos sobre textos legislativos de un país, la extracción de todo un conjunto de leyes relativas a un ámbito determinado puede ser pertinente en lo que respecta al acceso público a textos oficiales, pero lo más probable es que forme parte del ámbito de los derechos sui generis. En tal caso, los derechos de protección de la base de datos acarrearán un perjuicio preocupante para el carácter público de los datos o elementos integrados en la base de datos.

Otro motivo de preocupación es la posibilidad de que el derecho sui generis tenga una duración ilimitada. En efecto, la duración inicial de 15 años puede prorrogarse cada vez que se efectúe una inversión sustancial para actualizar la base de datos. En la Unión Europea, no parece que esta ampliación de la duración afecte sólo a los nuevos elementos resultantes de la inversión, sino a la base de datos en su conjunto, incluidos los elementos antiguos. Lo cual no tiene justificación, y una protección más razonable, que respetara la lógica de la duración limitada de los derechos de propiedad intelectual y del dominio público, sería limitar la concesión de otro plazo de 15 años únicamente al objeto de la nueva inversión sustancial.¹³⁹

Por último, la base de datos podría resultar un obstáculo real al libre uso del dominio público cuando sea la única fuente de información o datos no protegidos.¹⁴⁰

8. Otros derechos de propiedad intelectual

Al dominio público en el marco del derecho de autor también pueden afectar otros derechos de propiedad intelectual que podrían subsistir en las obras del dominio público. Por ello, el uso de ese material no estará supeditado al derecho de autor, pero sí podrían aplicársele otros derechos exclusivos que confieran otros sistemas de propiedad intelectual.

Generalmente, el problema no se planteará respecto a derechos sobre diseños o a los que confieren las patentes. En primer lugar, en la medida en que el plazo de expiración de tales derechos es más corto que el del derecho de autor, es raro, o más bien imposible, que una obra que haya pasado a formar parte del dominio público tras la expiración del plazo del derecho de autor pueda rescatarse de aquel por efecto de un derecho de patente o de diseño. La divulgación previa de una obra anula su novedad, lo que, en la mayoría de los casos, impide que se amplíe su protección mediante la atribución de derechos de diseño o de patente, una vez vencido el plazo del derecho de autor. Por otra parte, es difícil que una obra literaria o artística que ha sido acreedora de protección por derecho de autor cumpla también las condiciones para que pueda ser considerada como una invención técnica con posibilidades de obtener protección por patente.

¹³⁷ *The British Horseracing Board and Others*, citado anteriormente, p. 71. (Una parte insignificante desde el punto de vista cuantitativo de los contenidos de una base de datos puede representar, en lo que respecta a su obtención, verificación o presentación, una importante inversión humana, técnica o financiera).

¹³⁸ Apis-Hristovich, p. 74.

¹³⁹ E. DERCLAYE, *The legal protection of databases*, Edward Elgar, 2008, p. 140.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 280.

En lo que respecta a la interferencia entre el autor y el derecho sobre un diseño, es difícil imaginar que una obra que no cumpla el criterio de originalidad necesario para recibir protección por derecho de autor sea lo suficientemente nueva y cumpla el requisito de carácter distintivo, condiciones ambas necesarias para recibir protección como diseño.

En realidad, el problema principal en lo que respecta al dominio público está en la protección de marca. El nombre o el aspecto visual de un personaje, un dibujo o la forma de un objeto podrían ser registrados como marca, incluso después de que el derecho de autor aplicable a tales obras haya caducado. Mediante la protección de marca, el propietario de la marca podría en teoría prohibir el libre uso de ese nombre, imagen o forma. Imaginemos que la imagen de Mickey Mouse se registra como marca visual (lo está en muchos países). Cuando el derecho de autor sobre el ratoncillo caduque (¡si alguna vez sucede!, Disney todavía podría recurrir a la marca registrada, sin limitación en el tiempo, para impedir que se utilice la imagen del famoso dibujo.

En principio, una obra que haya pasado a formar parte del dominio público está libre para todo tipo de usos. Así, esta libertad de utilización incluye también el registro de la obra como marca, sin que el antiguo titular del derecho pueda hacer nada para impedir tal registro¹⁴¹ (salvo en el caso de que haga valer un derecho moral, si fuera perpetuo, y si el registro pudiera perjudicar a la integridad de la obra). En los registros de marcas pueden encontrarse muchos ejemplos de obras del dominio público registradas como marca, desde dibujos animados hasta héroes de cómics, obras musicales¹⁴² o cuadros famosos.

Ahora bien, la amenaza de reconstitución indebida de un monopolio sobre una obra de dominio público está limitada, en muchos aspectos, por los mismos principios de la legislación sobre marcas.

Una primera característica de la protección de marcas es el requisito de que las mismas deben tener un carácter distintivo: el signo para el que se reclama protección debe ser tal que distinga suficientemente a los ojos del consumidor los bienes o servicios que representa. Imágenes o sonidos de gran popularidad probablemente no presenten esta distinción requerida, puesto que el público estará más acostumbrado a percibirlos como expresiones creativas y en contextos culturales diversos, y no como indicaciones del origen comercial de los productos aludidos,¹⁴³ salvo que admitan un significado secundario. En muchos casos, el valor primario de creación que cumple la obra, sea ésta de dominio público o no, será un obstáculo para el registro válido de la marca. Por ejemplo, los nombres “Tarzán” o “Harry Potter” se rechazaron como marcas válidas en los países del Benelux, ya que el público los asocia principalmente a personajes, obras y autores, y no al proveedor de los productos relacionados con dicha marca.¹⁴⁴

Esto puede ser particularmente cierto en el caso de acondicionamientos distintivos o marcas que reproducen la forma del producto. Puede pensarse que la forma tridimensional de un producto es original y, como tal, estaría protegida por el derecho de autor. Luego el registro de una marca puede mantener la protección una vez que haya vencido el plazo del derecho de autor. Sin embargo, el registro de una forma tropieza con más limitaciones aún. Además de su necesario carácter distintivo y la dificultad que representa la aplicación de este requisito a las formas de un producto,¹⁴⁵ podrían darse algunos casos excluidos, como ocurre en la Unión Europea para las formas que añaden un valor sustancial al producto. Las esculturas célebres sin duda podrían considerarse excluidas, ya que su valor sustancial es el de su forma como tal. En cuanto a la forma de ciertas obras de artes aplicadas, como los muebles de diseño reconocible, es plausible suponer que dicho diseño otorga un valor sustancial al producto,

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, el Tribunal Federal de Patentes de Alemania, 25 de noviembre de 1997, *GRUR*, 1998, 1021 (sobre el registro como marca de la *Mona Lisa*); Tribunal de Justicia del Benelux, 27 de mayo de 1999, 248 (registro de las primeras notas de *Para Elisa*, de Beethoven).

¹⁴² Al menos en los países que admiten el registro de sonidos como marcas.

¹⁴³ A. KUR, “General Report – Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply?”, en *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Actas de las sesiones de la ALAI de 2001, Nueva York, p. 600.

¹⁴⁴ *Gerechthof Amsterdam*, 26 de julio de 2001 y 6 de noviembre de 2003, ambos casos citados y examinados en V. VANOVERMEIRE, *Inschrijving als merk van een in het publiek domeingevallen werk*, A. CRUQUENAIRE & S. DUSOLLIER (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009, p. 185.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de Alemania, *GRUR*, 1952, 516, que excluye la apariencia de figuras de porcelana típicas, por carecer de carácter distintivo.

independientemente de que posea o no un carácter distintivo para el público.¹⁴⁶ Esta exclusión también planteará algunas dificultades a la hora de registrar personajes tridimensionales.

Por otra parte, la legislación sobre el derecho de autor sólo admite el registro de un signo específico, lo que puede limitar la protección de una marca que representa a un personaje.¹⁴⁷ Dicho de otro modo, no podría registrarse el personaje del ratón Mickey como tal, sino únicamente su representación concreta (especialmente en la Unión Europea, donde se requiere una representación gráfica). A decir verdad, la protección se extenderá a signos parecidos a la marca registrada, en caso de existir el riesgo de confusión para el público. Pero el alegato no tendrá andamio al registrarse obras pictóricas como marcas, puesto que éstas tienen una sola representación.

Una última limitación fundamental a la protección de marcas es su principio de especialidad. La evaluación del necesario carácter distintivo tendrá lugar a la luz de los productos y servicios para los cuales se registra la marca, mientras que la protección otorgada sólo regirá para los productos así definidos. Por consiguiente, el ratón Mickey bien podría registrarse como marca, sea como nombre o como imagen, pero esto sólo valdrá para ciertos productos o servicios determinados. La célebre Lechera de Vermeer, por ejemplo, se ha registrado como una marca válida de productos lácteos. Por consiguiente, su registro no afecta indebidamente al carácter de dominio público de la obra en sí, la cual podrá seguir utilizándose libremente, reproducirse o servir de base para cualquier creación derivada. La única limitación se refiere a su utilización para productos lácteos en los territorios donde la marca en cuestión tiene validez. El monopolio adquirido con el registro de la marca, como demuestra este caso, es de alcance limitado y sólo representa una intrusión parcial en el dominio público, constituido éste según los principios del derecho de autor.

No obstante, esta conclusión tranquilizadora podría no ser cierta en algunos casos. Por un lado, en muchos países la protección irá más allá del ámbito de las especialidades al tratarse de marcas famosas y bajo ciertas condiciones, particularmente en el caso de debilitamiento o atentado a la reputación de la marca en cuestión. Los tribunales habrán de cuidarse de no aplicar de forma demasiado amplia la noción de debilitamiento o atentado a la reputación de una marca de renombre, cuando la misma está hecha de una obra de dominio público cuya libre utilización en la expresión creativa pudiera el propietario de la marca considerar perjudicial para la reputación de la misma.

Por otro lado, los propietarios de marcas se verán inducidos a registrar sus signos para muchas clases de productos, con lo cual, en realidad, estarían invalidando el principio de especialidad. Peor aún, el registro de una marca para una clase de productos muy relacionada con la obra en sí y su valor creativo probablemente menoscabe la libre utilización de la obra de dominio público. Un ejemplo podría ser el eventual registro comunitario del nombre "Mickey Mouse" como marca de productos y servicios del capítulo 41, es decir, para "educación, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales"; o bien "Tintin", invocando el mismo capítulo, con el fin de "impartir educación y formación, enseñanza, esparcimiento, organización de actividades y exposiciones con fines culturales, didácticos y educativos, parques de diversiones, producción cinematográfica con actores o animación, edición y difusión de libros, diarios y periódicos". Semejantes registros de personajes tan conocidos permitirían a los propietarios de los derechos, en caso de aceptarse el registro de la marca y poseer ésta un carácter suficientemente distintivo (algo que no siempre ocurre, como hemos visto), impedir la reproducción de los mismos héroes en libros o películas una vez vencido el plazo de su protección en virtud del derecho de autor.

En esto reside el verdadero riesgo que, para el dominio público, se desprende del monopolio de una marca. A fin de prevenir la contaminación del dominio público por esta renovada mercantilización, debería denegarse el registro de una marca que conduzca a restaurar un monopolio similar al que anteriormente producía el derecho de autor e impida la utilización de la obra en la expresión creativa. Tal denegación podría basarse en el interés público o general. Existen casos en la jurisprudencia, en que se ha procurado evitar la superposición de derechos de propiedad intelectual sucesivos en detrimento del dominio público. En un caso presentado al Tribunal de Justicia europeo, el Abogado General sostuvo

¹⁴⁶ V. VANOVERMEIRE, *op. cit.*, p. 190 y sig.

¹⁴⁷ A. V. GAIDE, *Copyright, trade mark and trade dress: Overlap of conflict for cartoon characters*, en *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Actas de las sesiones de la ALAI 2001, Nueva York, p. 557.

que “el interés público no tendría que tolerar el riesgo, por pequeño que sea, de que los derechos de marca invadan indebidamente el terreno de otros derechos exclusivos limitados en el tiempo, toda vez que, de hecho, los fabricantes cuentan con otros mecanismos eficaces para indicar el origen de un producto”.¹⁴⁸ Aquí la marca se utilizó para obtener una nueva reserva en relación con una invención cuya patente había expirado, pero la afirmación es lo suficientemente amplia como para consagrarse como principio general, aplicable también al dominio público en virtud del derecho de autor.

IV. INICIATIVAS Y HERRAMIENTAS QUE PERMITEN UN MAYOR ACCESO, USO, IDENTIFICACIÓN Y UBICACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Últimamente han surgido diversas iniciativas privadas destinadas a promover un mejor acceso a las obras creativas y su libre utilización, con lo cual se alienta el desarrollo del dominio público. Las licencias abiertas han desempeñado un papel mayor; si bien su objeto generalmente no incumbe al dominio público, tal modelo de concesión de licencias otorga libertad de uso mediante un enfoque de las condiciones más flexible que en el caso del dominio público. Otras herramientas se han elaborado también para facilitar la identificación, ubicación y recopilación de materiales de dominio público, de modo que su funcionamiento sea más eficaz.

A. *Copyleft* y licencias de código abierto o de libre acceso

1. Concepto

Descontentos por la extensión actual de la propiedad intelectual, algunos creadores han elaborado regímenes sustitutivos de ejercicio del derecho de autor. El primero de ellos, y el más conocido, es el movimiento de programas abiertos, nacido en los años 80 con el objeto de contrarrestar el ejercicio del derecho de autor de propietario en el terreno de los programas informáticos, que muchos consideraban excesivo y exagerado, en el lado opuesto de lo que necesitaría la comunidad de diseñadores y usuarios de programas. Se crearon muchas licencias cuyo rasgo común era el de otorgar mayores libertades básicas a los licenciarios, como el derecho de reproducción, comunicación o distribución gratuita de las obras al público, junto con la obligación para el licenciante de suministrar el código fuente del programa.

La primera idea inspiró y dio su nombre a un movimiento de mayor amplitud, cuya finalidad esencial era utilizar el derecho de autor para poner a disposición obras propias, otorgando amplias libertades de uso al público. El movimiento adoptó diversas denominaciones. “Código abierto” es el término genérico que abraza a un sinnúmero de licencias que rigen el uso gratuito. El régimen insiste en la obligación fundamental que se desprende de este tipo de licencias: la de suministrar el código fuente del programa. El movimiento de promoción de programas comunes, o sus respectivas licencias, suele conocerse con la sigla F/OSS, por “free/open–source software” (programa de código libre/abierto), o FLOSS, por “free, libre, open source software”.

Si bien los principios de código abierto se han extendido más allá de los programas informáticos, estas iniciativas de código abierto se han apartado del elemento “código fuente” para preferir los conceptos de “acceso abierto” o “contenido abierto”. Se destaca así el carácter abierto del recurso, ya reside éste en su acceso o en su utilización. Siguiendo el ejemplo de un conjunto de textos que aplican el concepto económico de “común” a la propiedad intelectual, muchos proyectos también han adoptado este término para expresar la nueva comunidad de recursos que podría germinar del acceso abierto y el intercambio de iniciativas. La expresión “iniciativas en patrimonio común” ha servido a veces para designar proyectos compartidos en el terreno del derecho de autor o las patentes.¹⁴⁹

También extraído del concepto de programas de código abierto, el término inglés *copyleft* ha ganado notoriedad en los sistemas de acceso abierto y en la literatura que los describe. Resulta de un juego de palabras basado en la palabra que designa al derecho de autor (*copyright*), sustituyendo *right* (que también quiere decir “derecha”) por *left* (“izquierda”),

¹⁴⁸ ECJ, *Linde AG, Winward Industries Inc. y Radio Uhren AG*, 8 de abril de 2003, C-53/01 a C-55/01, Opinión del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, de 24 de octubre de 2002 (29).

¹⁴⁹ Véase ROBERT P. MERGES, “A New Dynamism in the Public Domain”, *U. Chi. L. Rev.*, 2004, Vol. 71, p. 813.

con lo que se alude también a la lucha entre el progreso y las fuerzas conservadoras (representadas éstas, según los defensores de la idea, por el “ala derecha” y la concepción del derecho de autor de propietario); también contrapone “right” (un derecho) a “left” como participio pasado del verbo to leave (abandonar o renunciar), aplicado a los derechos de propiedad.

La producción mancomunada se ha abierto camino incluso en el entorno de las patentes.¹⁵⁰ Algunos proyectos de biotecnología han intentado aplicar los principios de distribución libre y producción colectiva que promueve el sistema de programas de código abierto, a los resultados de la investigación biotecnológica.¹⁵¹

Los programas, obras o invenciones distribuidos al público bajo un régimen de licencias de código abierto o copyleft se consideran muchas veces como de dominio público. Tal conclusión es errónea, ya que la decisión de conceder una licencia respecto de una obra en régimen de copyleft no equivale a renunciar al derecho de autor sino por el contrario a su ejercicio, pero en condiciones diferentes. Basada en licencias que otorgan el derecho de reproducción, distribución, comunicación y, a veces, modificación de la obra, en beneficio de cualquier usuario de la misma, la concesión de licencias de acceso abierto puede entenderse como un acto que persigue objetivos similares a los del dominio público, es decir la promoción de la puesta a disposición sin restricciones, el uso y la explotación de expresiones creativas. En tal sentido, crea una especie de dominio público generado y desarrollado por el mismo monopolio, de modo que quizá sea plausible incluirlo en el dominio público funcional ya definido. Tanto en el plano del derecho de autor como en el de las patentes, la estrategia copyleft permite crear una esfera de libre uso sin renunciar a la exclusividad sobre la creación intelectual. Además, a veces impide que otros se apropien de la creación para su usufructo en calidad de propietarios, ya que les impone la ulterior distribución de las obras bajo las mismas condiciones de concesión de licencia (véase *infra*). En tal sentido, frustra todo intento de mercantilización, fenómeno que muchas veces atenta contra los elementos colocados en el dominio público.

El movimiento por el acceso abierto que consagran estas licencias específicas también procura ampliar el dominio público por motivos ideológicos. Todas estas iniciativas privadas, desde el código abierto en los programas hasta las patentes abiertas, comparten el deseo de subvertir el régimen de propiedad intelectual por dentro. En el discurso del acceso abierto, el derecho de autor se ejerce para compartir y socializar la propiedad intelectual, en oposición a su significado de exclusividad que la caracteriza. Estos sistemas de concesión de licencias buscan producir una modificación normativa en la manera en que se ejercen los derechos de propiedad intelectual. El intercambio se defiende como una nueva norma del derecho de autor. El movimiento por el acceso abierto difunde sus alegatos y opiniones con gran vigor. Sus partidarios no sólo ejercen de manera diferente el derecho de autor, también esperan que su modelo produzca un cambio real y duradero en la propia ley.

2. Presentación de los regímenes de licencia más importantes

i) Programas de código abierto

Hoy la historia de los programas de código abierto se conoce perfectamente y está muy bien documentada. Como reacción al desarrollo anticipado de prácticas de concesión de licencias destinadas a limitar los “derechos de uso” de los programas, así como en respuesta al ocultamiento creciente de los códigos fuente, Richard Stallman concibió un nuevo modelo de distribución de programas, más a tono con los hábitos de la comunidad de programadores. Este marco sustitutivo se denominó “programa libre”, para expresar la libertad de acceso y uso de los programas.

¹⁵⁰ S. BOETTIGER & D. BURK, “Open source patenting”, *Journal of International Biotechnology Law*, Nov./Dic. de 2004, p. 221.

¹⁵¹ Por ejemplo, el proyecto BIOS (“Innovación biológica para una sociedad abierta”) pone a disposición instrumentos de investigación biológica bajo un régimen de licencias similar al de los programas de código abierto. Las condiciones de la licencia imponen que han de compartirse las mejoras introducidas, e impiden que los licenciarios se apropien del “meollo” fundamental de la tecnología y sus mejoras. Los licenciarios también deben comprometerse a no obstaculizar el uso que de la tecnología hagan los demás con el objeto de crear otros productos.

Luego la historia de los programas de código abierto siguió rumbos diversos. Richard Stallman fundó la Free Software Foundation, que elaboró y hoy sigue administrando la “licencia pública general” (GPL), la primera licencia basada en los principios de programas libres. Cuando un estudiante inventó el sistema operativo Linux, esto dio lugar a todo un linaje de productos de mercado basados en la idea de programas libres, con lo que quedó demostrado el posible éxito comercial del nuevo modelo. Un cisma se produjo en 1998, cuando programadores menos radicales lanzaron la Open Source Initiative con el objeto de elaborar principios de código abierto que no sólo fueran vistos como una alternativa frente a las prácticas de la industria de programas sino que pudieran integrarse en su estrategia comercial. Fueron ellos quienes introdujeron el concepto de “código abierto”, con el que, en lugar de hacer hincapié en la libertad de uso, destacaban la necesidad de poner a disposición el código fuente del programa. La iniciativa también dio a luz la Open Source Definition (OSD),¹⁵² que define los elementos y disposiciones fundamentales que una licencia debería contener para merecer el atributo de código abierto. La definición consta de diez “mandamientos”, que constituyen una especie de certificación del sello. Estos principios combinan cuatro libertades básicas que han de estar presentes en toda licencia de código abierto: 1) libertad de explotar el programa, por cualquier usuario y cualquiera sea su cometido (ya sea con fines comerciales o no); 2) derecho de acceso al código fuente; 3) libertad de redistribuir copias del programa, y 4) libertad de introducir mejoras al programa y publicarlas, si así lo desea.

Posteriormente, el movimiento de programas de código fuente abierto dio nacimiento a más de un centenar de licencias de código abierto utilizadas en todo el mundo. Las GPL tienen hoy a su cargo la porción mayor de las licencias empleadas en el mercado. En su mayoría, estas licencias tienen su origen en la doctrina jurídica y los trabajos publicados en los Estados Unidos de América. A nivel de la Comisión Europea se ha elaborado recientemente una licencia europea, la licencia pública de la Unión Europea (EUPL), aplicable a los programas de manera compatible con el marco reglamentario de la UE.¹⁵³

ii) El bien común creativo

Lawrence Lessig, célebre especialista en derecho del ciberespacio, continuó la labor de Richard Stallman y, en general, del movimiento en favor de los códigos abiertos, al imaginar el traslado del modelo copyleft diseñado para el trabajo con programas libres, a otros tipos de creación.¹⁵⁴ En 2001 elaboró el proyecto y fundó la organización Creative Commons (CC). Su objetivo principal coincide con el del movimiento de programas libres, es decir, conceder al usuario libertades básicas de reproducción y distribución de una obra protegida por el derecho de autor, pero con la mira puesta en licencias aplicables no sólo a los programas informáticos, sino a cualquier tipo de obra literaria o artística.

Además de crear licencias aplicables fuera del ámbito de los programas, Creative Commons se aparta del modelo de código abierto que allí se utiliza, puesto que permite al autor escoger el tipo de licencia. Cada tipo otorga ciertos derechos específicos al usuario. A la hora de decidir la concesión de una licencia bajo el régimen CC, el autor puede optar por limitar o no el uso de la obra para fines no comerciales, o bien obligar al usuario a otorgar el mismo grado de libertad de uso en caso de modificar la obra y comunicar al público la obra derivada. Cualquiera sea la opción escogida por el autor al conceder una licencia CC, la obra deberá atribuírsele en todas las formas de divulgación.

Creative Commons ofrece seis licencias diferentes, a elección del autor, agrupadas en tres pares de características básicas: Comercial/No comercial, Obras derivadas/No obras derivadas, y Compartir bajo la misma licencia/No compartir.¹⁵⁵ Todas ofrecen al usuario condiciones de licencias de aplicación mundial, gratuitas, sin exclusividad y de validez perpetua, a los efectos de reproducir, exhibir, ejecutar o interpretar, comunicar y distribuir copias de la obra. Según el tipo de licencia escogido, también puede incluir el derecho a crear

¹⁵² Véase, en el marco de Open Source Initiative (OSI), la Open Source Definition, en <http://www.opensource.org/docs/definition.html>





¹⁵³ Véase ><http://ec.europa.eu/idabc/Espl>>.

¹⁵⁴ L. LESSIG, *Free Culture*, op. cit., pp. 183-200.

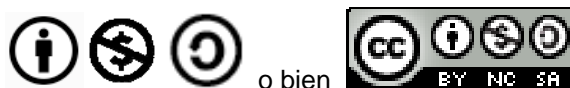
¹⁵⁵ Para una lista de las licencias e información básica sobre cada una de ellas, así como los enlaces a informaciones adicionales, véase Creative Commons Licenses en Creative Commons, <http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licenses>.

obras derivadas o a utilizar la obra con fines comerciales. Los derechos no expresamente eximidos por el licenciante están reservados, con excepción de las limitaciones al derecho de autor no afectadas por la licencia. Las licencias de tipo “Share Alike” exigen que toda distribución ulterior de obras derivadas se atenga a las mismas condiciones de licencia.

Seguidamente, cada licencia luce una etiqueta con ciertos símbolos representativos de los derechos básicos que otorga:

	Attribution (Reconocimiento)
	Non Commercial (No comercial)
	No Derivative Work (Sin obras derivadas)
	Share Alike (Compartir bajo la misma licencia)

Por consiguiente, una obra puesta a disposición en Internet (u otro sitio con el mismo fin) bajo las condiciones de licencia que implican reconocimiento, usos no comerciales y redistribución en las mismas condiciones aparecería para el usuario con los siguientes símbolos:



Gracias al éxito del proyecto *Creative Commons* y su pictografía, el usuario que acceda a una obra dotada de logos como éstos reconocerá inmediatamente las condiciones de uso y difusión de la obra. El usuario en cuestión también recibirá un resumen de los términos de la licencia, que se ilustra a continuación:



Reconocimiento-NoComercial 3.0 Unported

Usted es libre de:



copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra



hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).



No comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Share Alike — If you alter, transform, or build upon this work, you may distribute the resulting work only under the same or similar license to this one.

With the understanding that:

Waiver — Any of the above conditions can be waived if you get permission from the copyright holder.

Other Rights — In no way are any of the following rights affected by the license:

- Your fair dealing or fair use rights, or other applicable copyright exceptions and limitations;
- The author's moral rights;
- Rights other persons may have either in the work itself or in how the work is used, such as publicity or privacy rights.

Notice — Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal (la licencia completa).

Advertencia

Licencia CC en su versión “humanamente legible”.

El licenciatarario puede asimismo obtener el texto íntegro de la licencia, donde se enumeran todos sus derechos y obligaciones. Será algo así:



Reconocimiento-NoComercial 3.0 España

CREATIVE COMMONS CORPORATION NO ES UN DESPACHO DE ABOGADOS Y NO PROPORCIONA SERVICIOS JURÍDICOS. LA DISTRIBUCIÓN DE ESTA LICENCIA NO CREA UNA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE. CREATIVE COMMONS PROPORCIONA ESTA INFORMACIÓN TAL CUAL (ON AN "AS-IS" BASIS). CREATIVE COMMONS NO OFRECE GARANTÍA ALGUNA RESPECTO DE LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA, NI ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA POR DAÑOS PRODUCIDOS A CONSECUENCIA DE SU USO.

Licencia

LA OBRA O LA PRESTACIÓN (SEGÚN SE DEFINEN MÁS ADELANTE) SE PROPORCIONA BAJO LOS TÉRMINOS DE ESTA LICENCIA PÚBLICA DE CREATIVE COMMONS (CCPL O LICENCIA). LA OBRA O LA PRESTACIÓN SE ENCUENTRA PROTEGIDA POR LA LEY ESPAÑOLA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y/O CUALESQUIERA OTRAS NORMAS QUE RESULTEN DE APLICACIÓN. QUEDA PROHIBIDO CUALQUIER USO DE LA OBRA O PRESTACIÓN DIFERENTE A LO AUTORIZADO BAJO ESTA LICENCIA O LO DISPUESTO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

MEDIANTE EL EJERCICIO DE CUALQUIER DERECHO SOBRE LA OBRA O LA PRESTACIÓN, USTED ACEPTA Y CONSIENTE LAS LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE ESTA LICENCIA, SIN PERJUICIO DE LA NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO EXPRESO EN CASO DE VIOLACIÓN PREVIA DE LOS TÉRMINOS DE LA MISMA. EL LICENCIADOR LE CONCEDE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN ESTA LICENCIA, SIEMPRE QUE USTED ACEPTE LOS PRESENTES TÉRMINOS Y CONDICIONES.

1. Definiciones

- a. La *obra* es la creación literaria, artística o científica ofrecida bajo los términos de esta licencia.
- b. En esta licencia se considera una *prestación* cualquier interpretación, ejecución, fonograma, grabación audiovisual, emisión o transmisión, mera fotografía u otros objetos protegidos por la legislación de propiedad intelectual vigente aplicable.
- c. La aplicación de esta licencia a una *colección* (definida más adelante) afectará únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos. En este caso la colección tendrá la consideración de obra a efectos de esta licencia.
- d. El *titular originario* es:

Texto de una licencia CC (fragmento).

Licencias CC se han venido aplicando en todo el mundo a una vasta gama de obras protegidas. La internacionalización del recurso de licencias CC se vio facilitada por la creación de una red de secciones nacionales de *Creative Commons*. Aunque originado en los Estados Unidos, el proyecto buscó desde un principio adaptarse a los diferentes marcos reglamentarios nacionales. Con tal fin, la organización ha solicitado a los equipos nacionales que traduzcan las licencias a sus idiomas, adaptándolas a sus sistemas jurídicos. Ahora es posible proponer obras bajo un régimen de licencias CC adaptadas a la legislación y el idioma de más de cincuenta países, un tercio de los cuales son países en desarrollo.¹⁵⁶ Dado que el equipo de *Creative Commons* sigue y controla la traducción de las licencias y su adaptación a las legislaciones nacionales, todas las licencias se conciben de manera compatible, tanto con las licencias genéricas como entre sí, y de modo que todos los interesados tengan los mismos derechos y obligaciones. En comparación con la mayoría de las licencias de código abierto, probablemente las licencias CC sean de más fácil aceptación para autores y usuarios, ya que los interesados pueden comprender el lenguaje de las licencias y estar seguros de que las mismas se atienen a las leyes de los países respectivos.

¹⁵⁶

La lista de países puede obtenerse en <http://creativecommons.org/worldwide>.

En cierta medida, puede decirse que *Creative Commons* responde de manera eficaz a las necesidades de algunas comunidades de creadores que podrían considerar el uso compartido como la manera normal de difundir su creación artística, informativa, científica o funcional.

Otras licencias libres han surgido para la creación artística, como en Francia, en 1999, *Licence Art Libre*, pero su uso no ha llegado a tener el alcance de *Creative Commons*.

iii) Acceso abierto para publicaciones científicas

Las ideas de acceso abierto han llegado también al campo de las publicaciones científicas, desarrollándose una estrategia destinada a contrarrestar la mercantilización creciente de las ediciones científicas y, por consiguiente, la menor disponibilidad de informaciones científicas.¹⁵⁷ En el ámbito de la literatura científica, la doctrina del acceso abierto se ha aplicado mediante la introducción de la distribución electrónica gratuita de revistas especializadas en casi todos los campos de la ciencia y la creación de registros centrales de periódicos de acceso abierto como OpenDOAR (Open Directory of Open Access Repositories), que contiene más de 14.000 fuentes de bases de datos o publicaciones periódicas de acceso abierto de universidades.

Ha ayudado a la expansión de las ideas del acceso abierto en el campo de las publicaciones científicas el hecho de que muchos centros de investigación, universidades, bibliotecas, instituciones de financiación de la investigación y editoriales han adherido a la Declaración de Berlín sobre Acceso Abierto al Conocimiento en Ciencias y Humanidades. La Declaración requiere de los autores asociados a las entidades signatarias que garanticen a todos los usuarios el derecho mundial de acceso libre a su obra y establece que las obras deben depositarse, como mínimo, en una base de datos que admita el acceso libre, la distribución sin restricciones, interoperabilidad y conservación durante mucho tiempo.¹⁵⁸ La publicación de resultados de la labor científica o artículos especializados de acceso abierto es cada vez más la norma en la investigación científica. No se ajusta a ningún marco particular de concesión de licencias de acceso abierto, sino que recurre a sistemas de licencias ya existentes, como Creative Commons, o bien deja que los mismos autores o depositarios del acceso abierto establezcan sus propias reglas de acceso.

3. Características esenciales de las licencias *copyleft*

Pese a su diversidad de objetivos y formas, las iniciativas de acceso abierto o *copyleft* presentan ciertas características comunes.

i) La afirmación del derecho de propiedad intelectual

El objetivo del acceso abierto no es, como dijimos, el de dejar la obra en el dominio público o desprotegerla ante la ley. Por el contrario, generalmente las licencias de código abierto reafirman el derecho del autor sobre la obra que regulan.

Todas las licencias de tipo *copyleft*, de los programas informáticos de código abierto al régimen de *Creative Commons*, afirman el derecho de autor que es intrínseco a la obra. Por ejemplo, el Preámbulo de la Licencia Pública General declara que los programadores que usan la licencia pública general de GNU protegen sus derechos en dos niveles: 1) afirmando el derecho de autor sobre el programa, y 2) ofreciendo esta licencia con la autorización legal de copiar dicho programa, distribuirlo y/o modificarlo.¹⁵⁹ Similarmente, las licencias de *Creative Commons* insisten en que la obra está protegida por el derecho de autor y/u otra legislación aplicable, prohibiéndose todo uso de la obra diferente del que autoriza la licencia o la legislación sobre derecho de autor. El usuario no tiene otro derecho que los expresamente otorgados por la licencia y los que le confiera la legislación local (por ejemplo, sobre uso leal u otras limitaciones del derecho de autor).

¹⁵⁷ A. GUADAMUZ GONZÁLEZ, "Open Science: Open source licenses in scientific research", *N.C.J.L. & Tech.*, 2006, Vol. 7, p. 332.

¹⁵⁸ El texto completo de la Declaración de Berlín sobre Acceso Abierto al Conocimiento en Ciencias y Humanidades puede obtenerse en http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin_declaration.pdf.

¹⁵⁹ Véase la GPL, versión 3.0, en <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>.

Por lo tanto, el principio de la licencia se basa enteramente en el derecho del autor, quien autoriza expresamente cierto uso. A menudo se describe el acceso abierto o las licencias copyleft como la opción “algunos derechos reservados”, mientras que el ejercicio tradicional del derecho de autor sería lo que corresponde a “todos los derechos reservados”. Tal afirmación del derecho de autor se consideró indispensable en el proyecto de código abierto, ya que le permite requerir de los usuarios que respeten la lógica de la libertad de uso y distribuyan toda versión modificada del programa en las mismas condiciones y suministrando el código fuente. Estas condiciones debían cumplirse para poder beneficiarse del uso libre y los privilegios de reproducción, que otorga en primer lugar el propietario de los derechos de autor. En cambio, si se pusiera el programa en el dominio público, los usuarios podrían vender sus copias sin divulgar el código fuente o sin garantizar una amplia libertad de uso, o ganar algún monopolio respecto del programa al introducir leves modificaciones. En consecuencia, el ardid que permite esta propagación de las libertades así otorgadas, o de otro modo esta manera de lograr el beneficio público y el acceso compartido a la obra, se encontró en el derecho de autor en sí. Los derechos exclusivos siguen teniendo vigencia en las obras con licencia copyleft, pero los derechos de acceso y uso de los contenidos creados en el marco del monopolio exclusivo se entregan al gran público.

Se pensó que la simple cesión de obras al dominio público o su puesta a disposición sin ninguna clase de restricciones pondría en peligro la sostenibilidad de su existencia disponible para el público. Cualquier modificación de la obra podría generar un nuevo derecho de autor, negociable en condiciones de licencia de propietario, o hasta podrían suministrarse copias de una obra no protegida con arreglo a contratos restrictivos o introduciendo medidas tecnológicas de bloqueo.

De ahí que la estrategia escogida por el movimiento copyleft fuese la de aprovechar la exclusividad a que da lugar el derecho de autor a los efectos de garantizar y mantener el acceso público a las obras y a toda creación derivada de ellas. Dicho de otro modo, las iniciativas basadas en el usufructo común, en lugar de un dominio público irrestricto, crean más bien un “usufructo común autovinculante”.¹⁶⁰

Sin embargo, algunas licencias sugieren la posibilidad de dedicar la obra al dominio público, renunciando a los derechos de autor reconocidos. Por ejemplo, Creative Commons ofrece un tipo de licencia denominada CC0,¹⁶¹ mediante la cual es posible poner la obra en el dominio público y eximir todos los derechos relacionados con el derecho de autor, en la medida permitida por la ley. Más arriba hemos examinado las dificultades jurídicas a que tal dedicación al dominio público puede dar lugar en muchas jurisdicciones.

ii) El uso revertido de la exclusividad

Los derechos exclusivos al amparo del derecho de autor son esencialmente derechos por los cuales se autoriza o prohíbe la reproducción o la comunicación al público de una obra. El acceso abierto consiste en el ejercicio del derecho a autorizar el uso de la obra, lo que puede estar sujeto a ciertas condiciones, estipuladas en la licencia de acceso abierto. El autor o inventor que opta por un régimen de acceso abierto ejerce su derecho a no excluir a nadie y otorgar libertad de uso, algunas veces limitado a determinados fines o con la obligación de otorgar la misma libertad al reencaminar la obra a otros usuarios.

Por consiguiente, la exclusividad que confiere la propiedad intelectual no se concibe como un poder exclusivo sino como la libertad o el poder que tiene el monopolio para abstenerse de excluir. No es una paradoja, si nos atenemos a la idea de que la propiedad intelectual se refiere a la exclusividad y no a la exclusión, dos términos que no son sinónimos. La exclusividad es la capacidad de excluir, pero no conlleva necesariamente a la exclusión.

Esto es a la vez igual y diferente comparado con el dominio público, que se caracteriza por una ausencia de exclusividad y donde ningún usuario puede estar excluido del uso de una obra no protegida. El régimen de licencias de acceso abierto logra el mismo resultado, pero basándose en la exclusividad que otorga la protección del derecho de autor.

¹⁶⁰ A. KAPCZYNSKI, S. CHAIFETZ, Z. KATZ & Y. BENKLER, “Addressing global health inequities: An open licensing approach for University innovations”, *Berkeley Tech. L.J.*, 2005, Vol. 20, p. 1072.

¹⁶¹ Véase <http://creativecommons.org/publicdomain/>.

iii) La ausencia de discriminación

Otro rasgo característico de la mayoría de las iniciativas de acceso abierto es el trato igualitario de que son objeto todos los usuarios que deseen utilizar un producto lanzado con licencia copyleft. La libertad ofrecida ha de beneficiar a todos los usuarios por igual, ya sean individuos, instituciones de enseñanza superior o empresas, e independientemente del contexto de utilización, sea con fines comerciales o no. La no discriminación es incluso una de las condiciones indispensables de toda licencia de código abierto en los programas informáticos.

El principio de trato igual, tanto en lo que se refiere a los usuarios como para los distintos tipos de uso, se somete a ciertas condiciones bajo algunos regímenes de acceso abierto. Las licencias Creative Commons son un buen ejemplo de trato diferenciado. Una de las opciones básicas a disposición del autor es la de permitir la libertad de uso y reproducción únicamente con fines no comerciales, o sea admitiendo la discriminación, no respecto del tipo de usuario pero sí en cuanto al objeto de uso. Esto se aparta del principio de dominio público, donde la libertad no discrimina entre diferentes tipos de usuarios o contextos de utilización.

Complica el caso la ausencia de una definición de lo que se entiende por “no comercial” en las licencias Creative Commons, ya que no existe seguridad sobre qué tipos de uso están permitidos.¹⁶² En efecto, lo no comercial es un criterio raramente utilizado en la legislación sobre derecho de autor y su alcance es más bien incierto.

iv) El efecto viral o efecto *copyleft*

Un rasgo importante de algunas licencias de acceso abierto es el requisito de que los licenciarios distribuyan la obra u obras derivadas de ella bajo el mismo sistema de copyleft, con lo cual se excluye un regreso al sistema de propietario. Esto ha dado lugar al efecto viral o efecto copyleft, en cuanto a que la distribución “libre” de obras se expande en forma epidémica por la cadena de distribución y a través de las sucesivas modificaciones de la obra inicial. Es necesario conjugar las libertades garantizadas al licenciario con la obligación de otorgar las mismas libertades a los usuarios siguientes de la obra. Luego la licencia se aplica automáticamente, a lo largo de la cadena de distribución, para toda nueva copia de la obra y a sus obras derivadas o adaptaciones de la primera versión. La persona responsable de una modificación de la obra protegida con arreglo al derecho de autor pero desarrollada y distribuida según un modelo libre ya no puede imponer restricciones que no sean las que permitía la primera licencia. Se dice pues que la concesión de licencias de tipo copyleft contamina cada obra derivada. Para decirlo en lenguaje sencillo, este mecanismo es similar a la consigna de “prohibido prohibir”, y su objetivo es mantener la libertad de uso de la obra así licenciada, incluso con los aportes de modificación o mejoras ulteriores.

La disposición sobre copyleft no constituye un elemento necesario de las licencias de acceso abierto en general, ni siquiera las de los programas de código abierto. En Creative Commons, sólo las licencias del tipo “Compartir en las mismas condiciones” (Share Alike) producen la referida contaminación.

Esta difusión de tipo viral contribuye a propagar la pasión por lo compartido y el afecto por la obra en sí, cuya situación está ahora determinada por la naturaleza del copyleft, a mitad de camino entre la protección del derecho de autor de tipo exclusivo y el dominio público totalmente libre. Permite también que la licencia, normalmente limitada a las partes que son objeto de contrato,¹⁶³ sea vinculante para cualquier usuario de la obra. Para ello, el régimen de licencias copyleft suele considerarse un instrumento privado de solicitudes, en el sentido de que “el proceso de creación de normas sobre el uso de la información se privatiza y el poder

¹⁶² Véase, al respecto, el estudio efectuado por Creative Commons sobre el significado de “no comercial”, en http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial.

¹⁶³ Conviene observar que toda salvedad en una licencia es un asunto controvertido. En los EE.UU., por ejemplo, la licencia no se considera un contrato propiamente dicho, como en los países de tradición jurídica romanista, y ninguna salvedad es jurídicamente aplicable. Donde se le considera un contrato, valen todos los principios generales de un contrato, incluido el de relatividad, por la que únicamente las partes que hubieran consentido en el contrato deberán atenerse a todos los derechos y obligaciones que de él se desprendan.

jurídico capaz de definir los límites del acceso público a la información se delega a agentes privados”.¹⁶⁴

Para que la expansión viral de los sistemas de código abierto o de acceso abierto funcione, es necesario que los contratos incluyan la obligación para el usuario de estampar una mención de licencia en las copias. Luego el usuario distribuye las copias de la obra o sus mejoras o modificaciones introducidas. Como resultado de esto, todo usuario subsiguiente se encontrará con esta licencia cuando pretenda utilizar el material en cuestión. Al describir este proceso, Margaret Radin dice que es un “intento de hacer valer compromisos mediante un objeto de naturaleza digital”.¹⁶⁵ En los contratos de efecto viral, las condiciones del contrato acompañan la obra o el programa difundidos,¹⁶⁶ el contrato opera con un activo digital y la licencia está incorporada al objeto que se propone regular. Llega incluso a funcionar con versiones modificadas o mejoradas de la obra o del programa a los que estaba destinada originariamente. Por ello, el sistema copyleft transforma el mero efecto de una solicitud privada –normalmente aplicable únicamente a las partes que participan en dicho instrumento de solicitudes que es el contrato– en una característica aplicable al recurso intelectual como tal y a cualquier usuario. La protección pasa de un contrato a lo que extrañadamente se parece al derecho de propiedad (o más bien a una variedad de la condición de dominio público), válido frente al resto del mundo. Similarmente a lo que ocurre con el material de dominio público, la libertad de uso puede beneficiar a cualquiera y es inherente a la obra en sí.

Sin embargo, la reglamentación de la obra protegida por el derecho de autor con arreglo al contrato copyleft no llega al alcance global del dominio público en materia de libertad de uso y de acceso. Aun cuando pretenda propagarse mediante la distribución y modificación de los objetos abarcados, la perpetuación automática de una licencia copyleft depende de muchos factores: la obligatoriedad de las licencias, la definición exacta de las obras derivadas que su contenido pudiera propiciar, la compatibilidad de las diversas licencias aplicables a múltiples porciones de una creación, así como la capacidad de aplicación mundial.¹⁶⁷ Comparativamente, una obra situada en el dominio público puede accederse y utilizarse sin ningún tipo de condiciones o reservas (salvo las posibles intrusiones analizadas antes).

Aunque similares en apariencia y con el mismo objetivo perseguido, las licencias de acceso abierto son por lo tanto menos “públicas” que el dominio público, y su alcance es diferente. No obstante, el reconocimiento y estímulo de los modelos de acceso abierto, con el consentimiento de los autores, extendería las libertades de uso y de acceso respecto de los contenidos creativos, promoviendo así el dominio público.

B. Datos sobre el material de dominio público

Para identificar los componentes del dominio público en el derecho de autor es necesario considerar, como hemos visto, muchos elementos, tales como la determinación de la legislación aplicable, las disposiciones legislativas del caso, ciertos datos sobre la obra, su autor, fecha y país de publicación, el cumplimiento de algunas formalidades, etc. Estos datos esenciales son necesarios, principalmente, a los efectos de determinar la duración del derecho de autor y, por consiguiente, lo que hemos denominado temporalidad del dominio público.

Algunos de estos datos son fácilmente asequibles, otros no. Como el derecho de autor se confiere sin más formalidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna, por lo general no hay una agencia o registro central donde se recopilen todos los datos sobre las obras. Ahora bien, para determinar la fecha de expiración del derecho de autor de una obra es posible recurrir a diversas instituciones. Las bibliotecas poseen ricas colecciones y bases de datos donde figuran las fechas de publicación, los nombres de los autores y, de conocerse, sus fechas de deceso. Los catálogos de bibliotecas y otras instituciones reúnen datos completos e invaluable sobre las obras que conservan. Tal es el caso de las

¹⁶⁴ N. ELKIN-KOREN, “A public-regarding approach to contracting over copyrights”, en R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST & D. LEENHEER ZIMMERMAN (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, 2001, p. 192.

¹⁶⁵ M.J. RADIN, “Human, computers and binding commitment”, *Ind. L.J.*, 2000, Vol. 75, p. 1132.

¹⁶⁶ Esto es particularmente válido en *Creative Commons*, donde el proceso de creación de la licencia cuyas condiciones básicas ha escogido el autor es totalmente automático y se suministra con la obra una versión del código digital de la licencia, para fijar a la obra. El producto de la licencia se ofrece junto con el producto de la obra.

¹⁶⁷ Para una exposición más detallada de este aspecto, véase S. DUSOLLIER, “Sharing access to intellectual property through private ordering”, *Chicago-Kent Law Review*, 2007, Vol. 82, p. 1391-1435.

bibliotecas nacionales a quienes la ley encomienda administrar el depósito legal, cuando procede. También las sociedades recaudadoras poseen ricos datos sobre las obras que administran. Las casas editoriales, los productores, así como los archivos y registros del derecho de autor, toda vez que existan, pueden constituir otras tantas fuentes útiles de información acerca de las obras protegidas por el derecho de autor.

El problema mayor es la disparidad de fuentes de datos. Recientemente han surgido muchos proyectos que procuran constituir una fuente convergente única de la información. Por ejemplo, en la Unión Europea el proyecto ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works) reúne a bibliotecas nacionales, editoriales, organizaciones de escritores y organizaciones de gestión colectiva de derechos, con el objeto de encontrar vías que permitan identificar a los titulares y sus derechos respectivos y aclarar la situación de toda obra.¹⁶⁸ Hace poco la Comisión Europea ha anunciado, además, que prevé la creación, bien de un Registro Europeo de obras o bien de una red de registros.¹⁶⁹

Muchos de estos intentos se han originado en la necesidad de resolver el problema de las obras huérfanas: ayudando a identificar a los titulares de los derechos de una obra probablemente se alivie el peso de las obras calificadas de huérfanas, pero además esto podría facilitar el reconocimiento de que una creación ha pasado a ser de dominio público. Por consiguiente, la elaboración en curso de datos sobre obras huérfanas abrirá una promisoriosa ruta hacia la aclaración de los contenidos de dominio público.

La evolución de la digitalización permite también presentar estos datos en formato electrónico incorporado a las obras. La “información sobre la gestión de derechos” abarca este aspecto en los Tratados de la OMPI de 1996, que requieren de los Estados que prohíban la eliminación o manipulación de dichas piezas de información. Sin embargo, la prohibición se aplica únicamente a la información relativa a las obras protegidas. Debería plantearse asimismo la cuestión de su posible ampliación a la información sobre creaciones no protegidas y la condición de dominio público.

Cuando los datos sobre la situación de una obra se convierten al formato electrónico para ser leídos mediante dispositivos de búsqueda u otros soportes lógicos, hablamos de “lenguajes de expresión de derechos (REL)”. Inicialmente creados para sustentar los sistemas de gestión digital de derechos y limitados a datos sobre obras protegidas y sus condiciones de uso, hoy se utilizan cada vez más para informar a los usuarios de la situación de una obra en materia de dominio público o de las condiciones de licencia abierta que se le aplican. Por ejemplo, en el marco del proyecto Creative Commons se ha diseñado un sistema de información denominado ccREL para comunicar en metadatos las condiciones de las licencias aplicables a las obras con arreglo a muchos tipos de licencias CC. El sistema ccREL permite a las computadoras interpretar los términos de la licencia que fijan al material hallado en Internet. Algunos motores de búsqueda, como Google, ya procesan esta información y ofrecen la posibilidad de buscar en Internet únicamente los recursos que pueden obtenerse gratuitamente por contar con licencia conforme a los términos de Creative Commons. Los lenguajes de expresión de derechos relativos al dominio público están menos desarrollados y, por lo que sabemos, no activan los motores de búsqueda.

Una cuestión relevante para estos datos sobre dominio público, ya sea en formato analógico o digital, es su recopilación colectiva, normalización e interoperabilidad. Muchos proyectos actuales han puesto la preocupación de la interoperabilidad en el centro de sus objetivos.

Son también dignas de mención las cuestiones ligadas al control y la responsabilidad que pueden surgir en el proceso de certificación de una obra como perteneciente al dominio público. Dado que la evaluación de la condición de dominio público de una obra puede ser engañosa, la certificación de que una obra ha dejado de estar protegida puede dar lugar a errores en el etiquetado de la misma. El tema requiere más estudio.

Un ejemplo de ello es la primera versión del Acuerdo sobre la función de búsqueda de libros de Google,¹⁷⁰ por la cual las obras consideradas de dominio público en virtud de la legislación de los EE.UU. aparecerían en su integralidad al buscarse por este dispositivo. El Acuerdo ofrecía a Google un puerto seguro para cualquier difusión de un libro que se hubiera

¹⁶⁸ Véase, para más información, <http://www.arrow-net.eu>.

¹⁶⁹ *European Voice*, 1 de octubre de 2009.

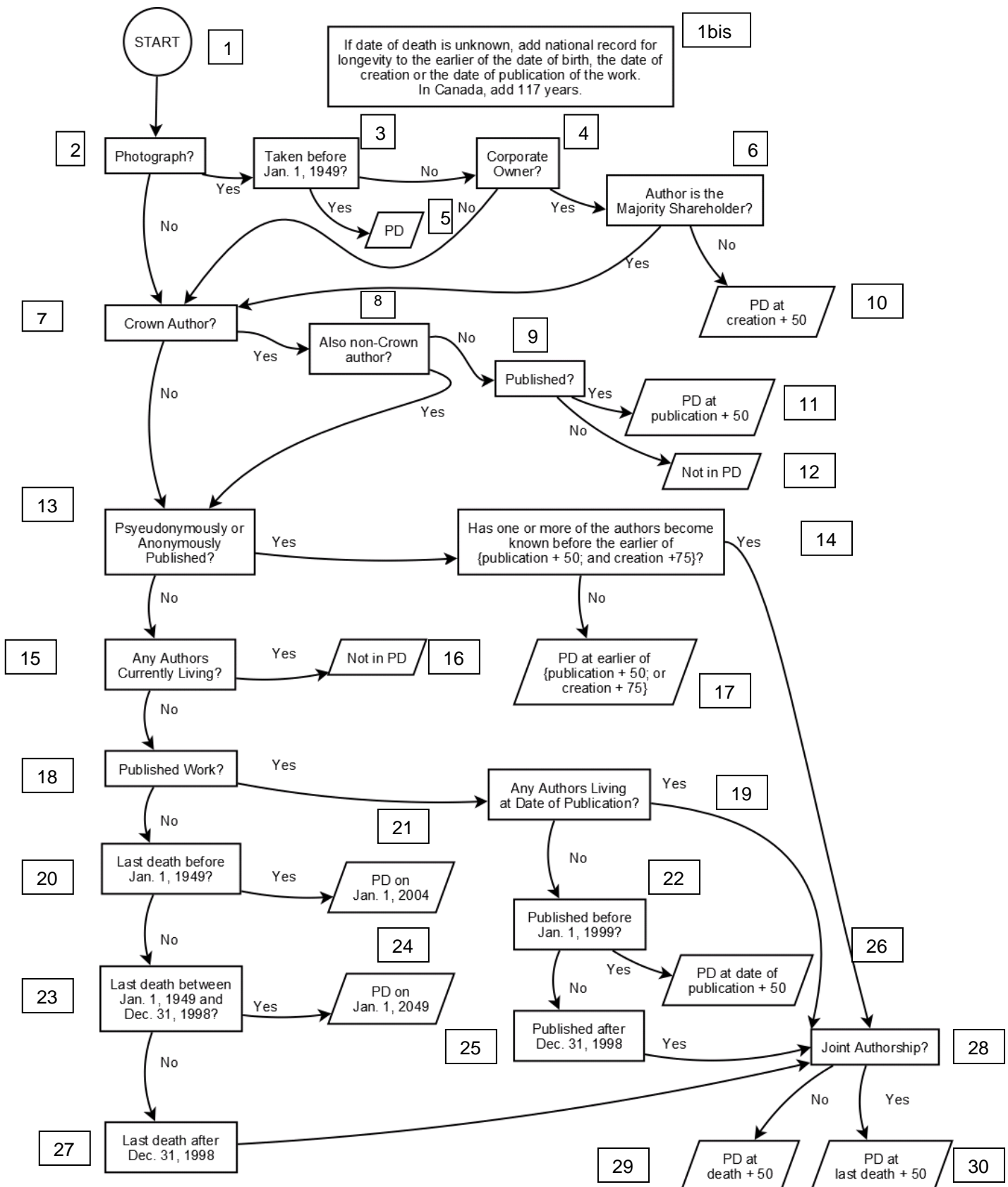
¹⁷⁰ Véase http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement.

certificado como de dominio público, de conformidad con los principios establecidos en el Apéndice 5 de la primera versión del Acuerdo. De hecho estos principios encargan a la propia Google la determinación de la condición de los libros. Para ser más exactos, bastará que por lo menos dos personas (contratadas por Google) lleguen a la misma conclusión sobre los datos necesarios al comprobar la condición de un libro, para que esta conclusión se acepte. Desde luego, ello no excluye la posibilidad de cuestionar el carácter protegido de una obra, pero exime a Google de toda responsabilidad por el uso de las obras con anterioridad al momento en que se conozca con exactitud su situación legal. Este ejemplo ilustra el creciente papel de las entidades privadas en la determinación del dominio público de las obras, así como de los sistemas establecidos, exclusivamente basados en métodos de solicitud privada, para eximir a las personas que efectúan tal determinación de toda responsabilidad por los posibles errores y contravenciones del derecho de autor.

C. Calculadores de dominio público

Los calculadores de dominio público son herramientas técnicas de reciente aparición, creadas en su mayor parte por particulares u organismos no gubernamentales, con ayuda de las cuales es posible calcular el momento en que una obra protegida pasa a ser de dominio público. Estos calculadores tienen por objeto calcular automáticamente la duración de la protección de una obra en una jurisdicción dada, con lo cual puede determinarse su condición de obra protegida o de dominio público.

Suelen desarrollarse en dos etapas. En primer lugar se reúnen las informaciones necesarias sobre las disposiciones legales relativas al plazo del derecho de autor y éstas se organizan en diagramas a través de una serie de preguntas destinadas a determinar qué reglas específicas son aplicables.



(1) INICIO

(1bis) Si la fecha de fallecimiento no se conoce, emplear el índice nacional de longevidad correspondiente a la fecha más temprana entre la de nacimiento, la de creación de la obra y la de publicación en el Canadá, añadiendo 117 años.

(2) ¿Se trata de una fotografía?

(3) ¿Tomada antes del 1 de enero de 1949?

(4) ¿Es el propietario una empresa?

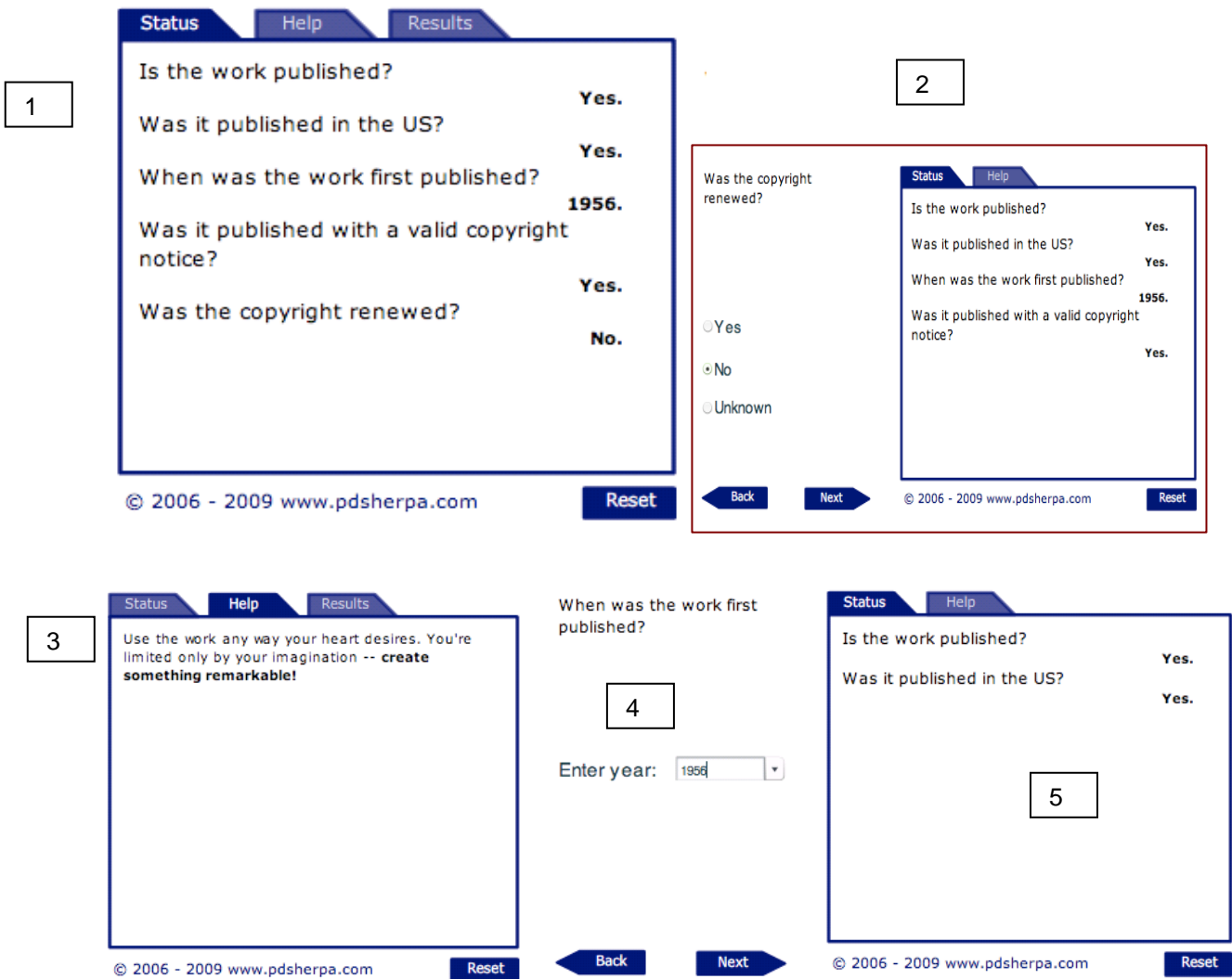
- (5) DP (dominio público)
- (6) ¿Es el autor el principal accionista?
- (7) ¿Se ampara en el Derecho de Autor de la Corona (DAC)?
- (8) ¿Es también autor fuera del DAC?
- (9) ¿Ha publicado?
- (10) DP a 50 años de creación
- (11) DP a 50 años de publicación
- (12) No DP
- (13) ¿Publicación seudónima o anónima?
- (14) ¿Ha llegado alguno de los autores a ser conocido antes de la fecha más temprana entre la de “publicación + 50 años” o la de “creación + 75 años”?
- (15) ¿Vive todavía alguno de los autores?
- (16) No está en el DP
- (17) Entró en el DP en la fecha más temprana entre la de “publicación + 50 años” o la de “creación + 75 años”
- (18) ¿Obra publicada?
- (19) ¿Vivía alguno de los autores en la fecha de publicación?
- (20) ¿Falleció el último antes del 1 de enero de 1949?
- (21) Entró al DP el 1 de enero de 2004
- (22) ¿Publicada antes del 1 de enero de 1999?
- (23) ¿Falleció el último entre el 1 de enero de 1949 y el 31 de diciembre de 1998?
- (24) Entrada en el DP el 1 de enero de 2049
- (25) ¿Publicada después del 31 diciembre de 1998?
- (26) Entrada en el DP en la fecha de publicación + 50 años
- (27) ¿Falleció el último después del 31 de diciembre de 1998?
- (28) ¿Coautoría?
- (29) Entrada en el DP en la fecha de fallecimiento + 50 años
- (30) Entrada en el DP en la fecha del último fallecimiento + 50 años

Ejemplo de diagrama de flujo elaborado en el Canadá por Access Copyright, Creative Commons del Canadá, Creative Commons Corp. y Fundación Wikimedia (versión de 16 de diciembre de 2008).

Seguidamente, estos diagramas de flujo se transforman en códigos y algoritmos, a fin de tratar automáticamente la información proporcionada por un usuario acerca de una obra y devolver una respuesta sobre la situación desde el punto de vista del derecho de autor.

Public Domain Sherpa es un calculador de dominio público que funciona en la Web, aplicable a la jurisdicción de los Estados Unidos.¹⁷¹ Suministra la condición de una obra creativa sobre la base de una serie de preguntas y etapas, como se ilustra a continuación.

¹⁷¹ Véase <http://www.publicdomainsherpa.com/calculator.html>.



1. (Pestañas:) Condición – Ayuda - Resultados
 ¿Se ha publicado la obra? Sí
 ¿Se ha publicado en los EE.UU.? Sí
 ¿Cuándo se publicó la primera edición? 1956
 ¿Se publicó con una mención válida de reserva de los derechos de autor? Sí
 ¿Se han renovado los derechos de autor? No
 (Botón:) Restablecer

2. ¿Se han renovado los derechos de autor?
 (Debajo) Sí – No - No se sabe

 (Pestañas:) Condición - Ayuda
 ¿Se ha publicado la obra? Sí
 ¿Se ha publicado en los EE.UU.? Sí
 ¿Cuándo fue publicada? 1956
 ¿Se publicó con una mención válida de reserva de los derechos de autor? Sí
 (Botones:) Volver Siguiete Restablecer

3. (Pestañas:) Condición – Ayuda - Resultados
 Puede Ud. usar la obra como mejor le plazca. Los únicos límites son los que le imponga su imaginación... **¡Cree algo notable!**
 (Botón:) Restablecer

4. ¿Cuándo se publicó la primera edición?
 Introducir año: 1956
 (Botones:) Volver Siguiete

5. (Pestañas:) Condición - Ayuda
 ¿Se ha publicado la obra? Sí
 ¿Se ha publicado en los EE.UU.? Sí
 (Botón:) Restablecer

Vale decir que los calculadores de dominio público combinan dos series de datos. Por un lado, los datos que ingresa el usuario para recabar la condición de una obra, datos que pueden estar relacionados, según la jurisdicción de que se trate, con la fecha de fallecimiento del autor, la fecha de la primera edición o de creación, o el cumplimiento de ciertas formalidades, si son requeridas. Por otro lado, los datos relacionados con las disposiciones legales en vigor, que puede incorporar al algoritmo el programador del calculador.

La *Open Knowledge Foundation*, establecida en el Reino Unido, es uno de los mayores creadores de calculadores de dominio público. Trabaja en colaboración con juristas, científicos y grupos de interés afines y ha iniciado el diseño de instrumentos del género para más de 17 países.¹⁷²

Estos calculadores sólo indicarán la condición de dominio público a partir de la expiración de los derechos de autor, de modo que determinarán si las obras en cuestión entran o no en la categoría que hemos denominado dominio público por temporalidad. Ésta es la parte más complicada de las estimaciones del dominio público pero, a la vez, la más objetiva, ya que, contrariamente al caso de dominio público definido con arreglo a la falta de originalidad, la temporalidad se basa en datos precisos, como la fecha de fallecimiento del autor o de la publicación de la obra.

El principal valor añadido de estas herramientas técnicas es que ayudan a resolver el complejo problema de la aplicación de las normas relativas a la duración del derecho de autor con el concurso de respuestas informatizadas, adaptadas a muchas jurisdicciones cuyas disposiciones pertinentes puede no conocer el usuario potencial de la obra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, fuera de sus ventajas obvias, todo calculador de dominio público tiene también sus propias limitaciones.

En primer lugar, para que el programa funcione correctamente y sea capaz de proporcionar respuestas precisas, los datos ingresados en el algoritmo, tanto sobre la legislación sobre derecho de autor como los relacionados con la solicitud acerca de la obra, tienen que ser completos y exactos. En países donde el cálculo de los plazos del derecho de autor responde a muchos factores, algunos datos pueden ser desconocidos para el usuario o difíciles de obtener. Quien haya intentado alguna vez determinar el estado en materia de derecho de autor de una obra norteamericana publicada antes de 1978 sin conocer exactamente si se había publicado con la correspondiente mención de reserva de los derechos de autor y si éste se renovó posteriormente, sabe de qué estamos hablando. La certidumbre jurídica se verá en aprietos, de producirse errores en los datos relativos a la obra o a las disposiciones pertinentes del derecho de autor. En esto último, los creadores de calculadores de dominio público tendrán que asegurarse de que, si procede, se tuvieron en cuenta parámetros adicionales como el posible restablecimiento del derecho de autor al prorrogarse su plazo o la consideración de los posibles plazos diferentes para obras extranjeras.

Quienes utilicen calculadores también deberían tener clara la distinción entre una obra de arte y sus distintas expresiones. Una obra literaria, por ejemplo una novela, puede derivar a diversas traducciones o adaptaciones. Al recabar la condición de dominio público de una creación, debemos distinguir entre la obra original y su traducción. Mientras una de ellas puede ser de dominio público, la otra no. Los calculadores de dominio público deberían contener preguntas que permitan establecer tales distinciones.

Más importante aún, los calculadores de dominio público se diseñan siguiendo una jurisdicción determinada, lo cual está perfectamente justificado ya que, como hemos visto, los límites del dominio público sufrirán variaciones en función del país para el cual se recaba información sobre la protección de una obra. Pero esta territorialidad plantea muchos problemas. Cuando un usuario tiene el propósito de crear algo a partir de una obra de dominio público o utilizar ésta de cualquier otro modo, debe tener la seguridad de que la obra en cuestión no está protegida en ninguno de los países donde prevé su explotación. El resultado

¹⁷² Para más información sobre este proyecto, véase <http://wiki.okfn.org/PublicDomainCalculators>.

afirmativo proporcionado por un calculador de dominio público podría no valer para otro país. Tampoco debe soslayarse en los cálculos el cotejo de plazos que dispone el párrafo 8 del Artículo 7 del Convenio de Berna y muchos países aplican (véase supra). Ahora bien, esto requeriría la integración en el algoritmo de todas las reglas de duración aplicables en otros países, si se quiere cotejar el plazo establecido por la *lex loci protectionis* con el que prescribe el país de origen.

¿Podrían resolverse los problemas prácticos que plantea la territorialidad inherente a los calculadores elaborando un “supercalculador” internacional? Quizá, pero habría que esperar la compleción de los proyectos nacionales, para luego encargar a un organismo internacional que lleve a cabo esta pesada tarea.

En conclusión, los calculadores de dominio público tal vez nunca lleguen a la perfección y, a lo sumo, suministrarán una respuesta aproximada acerca de la situación de una obra en materia de dominio público. En la mayoría de los casos es posible determinar la condición de una obra como protegida o no, pero siempre existirá una zona gris donde no será posible dar respuestas definitivas, ya sea porque faltan algunos datos decisivos sobre la obra o porque el caso involucra a muchas jurisdicciones.

D. Sistemas de registro

Hoy se ofrece en Internet un número creciente de sistemas privados de registro de obras. Por lo general, no tienen por objeto certificar el carácter público o protegido de una creación sino suministrar informaciones electrónicas sobre derechos y un lenguaje para incorporar a las obras de manera permanente. Este registro puede servir asimismo de prueba en los tribunales, frecuentemente mediante un certificado de registro con firma digital. Globalmente, las empresas que ofrecen estos servicios se ocupan de obras protegidas por el derecho de autor y de obras con licencia de acceso abierto o en régimen de *copyleft*, pero no precisamente de las obras de dominio público, salvo las obras entregadas al dominio público por los propios autores. Entre las compañías o sitios Web especializados en etiquetado y registro de obras de licencia abierta se encuentran *SafeCreative*, establecida en España¹⁷³ (colabora estrechamente con *Creative Commons*), *Registered Commons*,¹⁷⁴ y *Numly*.¹⁷⁵

Bases de datos y motores de búsqueda de material de dominio público

A partir de los calculadores de dominio público, lenguajes de información sobre los derechos y otros datos, que permiten determinar la condición de una obra, algunos sitios Web ofrecen actualmente bases de datos de obras que se encuentran en el dominio público, con el objeto de su promoción. Célebres ejemplos de estas bases de datos son el Proyecto Gutenberg,¹⁷⁶ especializado sobre todo en obras literarias y que permite la descarga de libros, o la base de datos de obras en el dominio público creada por *Open Knowledge Foundation*,¹⁷⁷ así como la *Public Domain Movie Database*.¹⁷⁸ Otros sitios se especializan en la distribución de obras todavía protegidas pero con licencia al amparo de *Creative Commons* u otros sistemas de licencias gratuitas. Un ejemplo es *Jamendo*, que ofrece gratuitamente música.¹⁷⁹

Estas bases de datos suelen estar limitadas por la cuestión recurrente del dominio público, o sea su territorialidad. La mayor parte de las veces sólo determinan que una obra se encuentra en el dominio público de una jurisdicción, pero recomiendan a los usuarios que comprueben la situación nuevamente para toda otra jurisdicción. Por ejemplo, en el sitio del proyecto Gutenberg usted podrá descargar gratuitamente el *Ulises* de James Joyce, que se declara de dominio público en virtud de la legislación estadounidense. Habiendo fallecido Joyce en 1941, no estará en el dominio público en Europa antes de 2012. Puesto que la condición de una obra puede variar de un país a otro, las bases de datos de referencia serán en todo caso fiables para una sola jurisdicción, según las disposiciones vigentes y el

¹⁷³ Véase <http://www.safecreative.org>.

¹⁷⁴ Véase <http://www.registeredcommons.org>.

¹⁷⁵ Véase <http://www.numly.org>.

¹⁷⁶ Véase <http://www.gutenberg.org>.

¹⁷⁷ Véase <http://www.publicdomainworks.net>.

¹⁷⁸ Véase <http://pdmdb.org>.

¹⁷⁹ Véase <http://www.jamendo.org>.

calculador de dominio público empleado. Los usuarios no siempre tienen en cuenta esta limitación.

Muchos de estos proveedores tienen también especial cuidado en establecer una cláusula de descargo de toda responsabilidad al certificar la condición de una obra y recomiendan a sus usuarios efectuar sus propias indagaciones si tienen la intención de explotar públicamente la obra.

No hay que olvidar que las primeras bases de datos sobre obras de dominio público tal vez sigan siendo las viejas bibliotecas y otras instituciones del patrimonio cultural. Su transformación en bibliotecas digitales suele tener por premisa el carácter de dominio público de una gran parte de sus colecciones. Basten dos ejemplos: la Biblioteca Digital *Europeana*,¹⁸⁰ creada por la Unión Europea y que funciona como portal en dirección de las instituciones nacionales, ya facilita acceso gratuito a más de 5 millones de obras; la Biblioteca Digital Mundial de la UNESCO¹⁸¹ ya contiene 1.250 textos fundamentales del patrimonio mundial. Tales proyectos financiados con fondos públicos sin duda serán parte esencial de las políticas destinadas a mejorar el acceso al material situado en el dominio público.

E. Conclusión provisional sobre los instrumentos del dominio público

Todos los instrumentos diseñados para determinar, certificar o registrar la condición de una obra como protegida o no representan cierto costo, que a veces toman a su cargo particulares u organizaciones no gubernamentales, o bien instituciones públicas como bibliotecas o registros nacionales. Todo proyecto destinado a promover el dominio público tendrá necesariamente que resolver la cuestión financiera o encontrar vías para estimular la participación de agentes privados.

También debería constituir un objetivo esencial el lograr la participación de los países en desarrollo, que no tienen las mismas oportunidades ni posibilidades para elaborar costosos instrumentos sobre el dominio público.

V. PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y RECOMENDACIONES

La demanda de una protección positiva del dominio público que lo preserve frente a la privatización es de vieja data. En su artículo fundador sobre el dominio público, D. Lange ya había pedido el reconocimiento y la condición jurídica para el dominio público en 1981.¹⁸² Esta condición jurídica no se ha establecido todavía, ni nacionalmente ni a nivel internacional. No obstante está surgiendo cierta protección de obras en el dominio público, en la jurisprudencia como en trabajos teóricos, lo cual podría servir de base para elaborar algunos principios clave y recomendaciones para la preservación y mejor disponibilidad y uso del dominio público.

A. La protección actual del dominio público

En los países considerados a los efectos del presente estudio, el dominio público parece ganar importancia, tanto en la jurisprudencia como en la legislación.

Algunos países han incorporado a sus leyes sobre derecho de autor una referencia expresa y una definición del dominio público. Así ocurre en Argelia, Brasil, Chile, Costa Rica, Kenya y Rwanda.¹⁸³ En la mayoría de los casos, la definición consiste principalmente en describir el alcance del dominio público, sin detenerse en las consecuencias de orden normativo. A veces la ley recuerda también el principio de libre uso vinculado al dominio público, como en Chile (Art. 11, última cláusula: "Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra") o Costa Rica (Art. 7: "Toda persona puede utilizar, libremente, en cualquier forma y por cualquier proceso, las obras intelectuales pertenecientes al dominio público").

¹⁸⁰ Véase <http://www.europeana.eu>.

¹⁸¹ Véase <http://www.wdl.org>.

¹⁸² D. LANGE, "Recognizing the public domain" en *Law and Contemporary Problems*, 1981, Vol. 55, p. 147.

¹⁸³ Para completar la lista de definiciones, véase el Anexo III del presente estudio.

En Francia, algunos autores¹⁸⁴ han emprendido la elaboración de una protección positiva del dominio público sobre la base del concepto de cosas comunes o “bienes comunes” con arreglo al derecho civil, noción que figura en el Artículo 714 del Código Civil (y también está difundida en otros sistemas que se inspiran en el de Francia). Estos “bienes comunes” se definen como “bienes que no pertenecen a nadie y son de uso común a todos”.

El hecho de considerar el dominio público, tanto en el derecho de autor como en el de patentes, un bien común o *res communis*, en el sentido jurídico del término, no da lugar a muchas controversias. Lo que sí es nuevo es el intento de otorgar a esta calificación un estatuto que inmunice al dominio público contra todo intento de recuperación o apropiación.¹⁸⁵ La definición del dominio público como *res communis* implica dos consecuencias. La primera es la prohibición de recuperar la obra en su integridad, si bien puede concebirse una recuperación parcial (como se ha visto supra con las marcas registradas basadas en obras pertenecientes al dominio público). La segunda consecuencia es la garantía de uso colectivo de la obra: cada persona en el público estaría facultada para utilizar, modificar, explotar, reproducir y crear obras derivadas a partir de cualquier material de dominio público. La esencia colectiva de los bienes comunes implica, además, la obligación de su preservación, tal como ocurre con los bienes comunes del medio ambiente.

Si el objetivo de un régimen aplicable al dominio público consiste en garantizar la libertad de acceso y uso y prevenir toda exclusividad de recursos, la condición jurídica de los bienes comunes, tal como se entiende en el derecho francés (o al menos defienden los citados autores), puede facilitar los primeros elementos. Basándose en la definición del dominio público como “bien común”, la jurisprudencia podría prohibir todo intento de reconstitución en él de un monopolio.

Hay ejemplos de acción en esta dirección. Siempre en Francia, un tribunal ha limitado el ejercicio del derecho de autor de dos autores que habían restaurado una plaza pública en Lyon, la Place des Terreaux, a la que añadieron una obra de arte contemporáneo: el tribunal dictaminó no obstante el carácter esencialmente de dominio público de los edificios históricos que componen dicho espacio.¹⁸⁶ Los autores querían hacer valer sus derechos de autor sobre su obra original de reconstitución, frente a una empresa que vendía tarjetas postales con una reproducción de la plaza que incluía su obra protegida. El alegato central de la sentencia fue que la condición de dominio público de los edificios necesariamente limita y restringe el ejercicio del derecho de autor de los artistas de una obra derivada, en la medida requerida por la libre reproducción de una obra de dominio público. De lo contrario, indirectamente se restablecería un derecho de autor sobre una obra de dominio público en beneficio de los autores de su reconstitución o de toda modificación ulterior. Esta sentencia se confirmó en el curso de una apelación, principalmente por otros motivos, aunque el Tribunal de Apelaciones declaró que “la protección conferida a los autores del nuevo diseño de la plaza no debería menoscabar su disfrute en común”,¹⁸⁷ con lo cual se proclama la protección positiva del dominio público y su inherente uso colectivo.

Tal razonamiento debería aplicarse únicamente cuando el ejercicio del derecho de autor de una obra derivada impidiera completamente el libre uso del dominio público. No debería entenderse como una anulación de los derechos exclusivos y legítimos de los autores de cualquier obra creada sobre un material de dominio público. El caso francés de la Place des Terreaux es notable en este sentido. Las tarjetas postales en cuestión no representaban únicamente o siquiera principalmente la obra contemporánea, sino que ésta aparecía integrada al espacio histórico, de modo que era imposible reproducir la plaza sin incluir incidentalmente la imagen de la obra protegida.

En un caso que analizamos antes, que implicaba el derecho moral perpetuo, el Tribunal de Casación de Francia halló suficientes motivos serios en los alegatos sobre el dominio

¹⁸⁴ S. CHOISY, *op. cit.*; M. A. CHARDEAUX, *op. cit.*, §230.

¹⁸⁵ Esta interpretación se debe principalmente a M.A. CHARDEAUX, “Les choses communes”, *op. cit.*

¹⁸⁶ TGI de Lyon, 4 de abril de 2001, *RIDA*, octubre de 2001, nota de S. CHOISY.

¹⁸⁷ Lyon, 20 de marzo de 2003, *Communications – Commerce Electronique*, septiembre de 2003, nota de C. CARON. El Tribunal de Casación confirmó la sentencia sobre la base de una justificación totalmente diferente, eludiendo toda mención a la condición de dominio público de la obra primaria. Véase Cass., 15 de marzo de 2005, en http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_632.html.

público para limitar el reclamo de los herederos de Victor Hugo, que pretendían prohibir una adaptación de una de las novelas célebres de este autor.¹⁸⁸

La jurisprudencia de los Estados Unidos contiene abundantes opiniones que recuerdan el principio de libre usufructo de obras o invenciones de dominio público y la consiguiente prohibición de restablecerles protección en grado de exclusividad, particularmente por ley de un Estado.¹⁸⁹

Algunas trazas de condición positiva del dominio público pueden también encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para ser más precisos en algunas opiniones formuladas por el Abogado General. Ya hemos citado anteriormente la opinión del Abogado General en un asunto relacionado con una marca y el interés público de prohibir el registro de una marca que diera lugar a la reconstitución de un monopolio para una invención cuya patente había vencido.¹⁹⁰ Sus alegatos son bastante generales y pueden aplicarse a cualquier intento de recuperar, mediante el registro de una marca, la exclusividad sobre una obra que hubiera pasado al dominio público. También aquí la prohibición de registro de una marca debería entenderse limitada únicamente a los casos en que un nuevo derecho menoscaba la condición de dominio público de una obra al reservar todos los usos de la misma (véase supra la exposición relativa a las marcas).

Algunos países van más allá en su esfuerzo por preservar el dominio público frente a toda intención de reapropiación. En Chile está en debate un proyecto de modificación de la Ley sobre el derecho de autor y se prevé la introducción de nuevas calificaciones de delito para reprimir los intentos de reapropiación de una obra que haya pasado al dominio público. Un nuevo artículo 80 sancionaría:

- a todo aquel que de manera consciente reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público bajo un nombre distinto al de su autor verdadero;
- a todo aquel que de manera fraudulenta reclame derechos económicos por una obra perteneciente al dominio público.

Esta protección tiene dos puntas. Por un lado, se refiere al derecho moral de paternidad al sancionar a todo aquel que falsamente se atribuya una obra perteneciente al dominio público. Por el otro, prohíbe restablecer una exclusividad respecto del material de dominio público al sancionar a quien pretenda reclamar derechos exclusivos sobre dicho material. No parece reprimir a nadie que reclame una remuneración por suministrar obras de dominio público, lo que haría perder el interés en la explotación comercial de obras de dominio público, por falta de incentivos. Según la formulación de esta disposición, al parecer sólo se califica de delito la reconstitución arbitraria de cierta exclusividad en relación con la obra.

Todos estos ejemplos documentan el interés renovado por la formulación de un régimen positivo capaz de inmunizar al dominio público contra las intrusiones indebidas o excesivas. También suministran ideas interesantes para ir construyendo el edificio de un tal régimen.

B. Objetivos esenciales de un sólido dominio público

La apreciación del valor y contenidos del dominio público ha demostrado que, si por un lado un dominio público sano y floreciente desempeña un papel decisivo en la participación cultural y democrática, el desarrollo económico, la educación y el patrimonio cultural, por el otro una organización deficiente de dicho dominio público en la mayoría de las leyes sobre derecho de autor y su definición negativa como el reverso de la protección del derecho de autor, son elementos que debilitan tal objetivo.

¹⁸⁸ Cass. 30 de enero de 2007, *JCP G*, 2007, p. 29, nota de C. CARON.

¹⁸⁹ Véase, por ejemplo, el caso *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting*, 376 U.S. 234, 1964 (“...cuando un artículo no está protegido por una patente o en virtud del derecho de autor, la ley del Estado no puede prohibir a otros que lo copien. Prohibir la reproducción sería interferir en la política federal, expresada en el Artículo 1 de la Constitución y las reglamentaciones federales de aplicación, de permitir el libre acceso para copiar cualquier cosa que las leyes federales sobre patentes y derechos de autor hayan dejado en el dominio público”), así como las demás sentencias citadas en T. OCHOA, *op. cit.*, p. 248.

¹⁹⁰ Opinión del Abogado General R.J. Colomer, 24 de octubre de 2002, en el caso *Linde*, C-53/01 a C-55/01 (29), sentencia del Tribunal de Justicia europea de 8 de abril de 2003.

La identificación de los muchos componentes del dominio público no es tarea fácil y se complica aún más debido a los principios de territorialidad de la legislación pertinente. Además, su definición basada en lo que no está protegido por derechos de propiedad intelectual pone el ámbito del dominio público a la merced de las fluctuaciones del alcance del propio derecho de autor, a través de una apreciación benévola de los requisitos para la protección o las prórrogas sucesivas de su duración, a veces establecidas con retroactividad. Una vez en el dominio público, las obras o sus partes sin protección, de autores cuyos derechos han caducado, no encuentran un estatuto legal que garantice su libre uso y prevenga nuevas reservas o exclusividades, invocando otros derechos de propiedad intelectual, a través de la reconstitución del derecho de autor, o mediante la inclusión de medidas tecnológicas.

Una política adecuada para el dominio público consistiría, en primer lugar, en ayudar a identificarlo e integrarlo en un régimen jurídico específico, a fin de salvarlo del basural o terreno baldío de la protección del derecho de autor en el que se encuentra la mayor parte de las veces. Par ello es necesario dar cuerpo al dominio público, tanto en lo que se refiere a su identidad como en lo tocante a su condición jurídica.

Ser el reverso de la protección del derecho de autor no debería equivaler necesariamente a convertirse en la parte sin ningún valor de la propiedad intelectual. Dado que la propiedad intelectual se caracteriza por la exclusividad y la rivalidad, el dominio público debería al contrario operar sobre la base de la no exclusividad y la no rivalidad. Estas características son típicas de todo bien común, cuya salud está en el uso colectivo y no en las rivalidades de uso, así como en la ausencia de toda apropiación.

La eficacia de estos principios de no exclusividad y no rivalidad consolidaría el dominio público y debería expresarse a través de normas que rechacen toda reserva exclusiva y faciliten el libre uso¹⁹¹ y el acceso común.

Esto abarcaría los siguientes principios centrales con vistas a un sólido dominio público, que se ajustan a la Recomendación 20 del Programa para el Desarrollo:

- Necesidad de certidumbre en la identificación del material de dominio público: en aras del desarrollo económico, la creación ulterior, el uso para la enseñanza o el consumo sobre la base del dominio público, un paso importante será la posibilidad de identificar el contenido del dominio público de la manera más precisa y exacta posibles. Evaluar el alcance del dominio público nunca será una ciencia exacta, como tampoco lo es el determinar el alcance del derecho de autor. Pero es necesario aclarar o simplificar las normas jurídicas, y elaborar y facilitar los instrumentos que posibiliten tal identificación.
- Necesidad de disponibilidad y durabilidad del material de dominio público: el hecho que, teóricamente, una obra pertenezca al dominio público no será de mucho valor si el acceso a la misma y su uso no son efectivos. Una política a favor del dominio público debería aumentar el volumen de materiales disponibles en el dominio público, la efectividad de su acceso y su durabilidad. Este último aspecto significa que el dominio público debería estar disponible para su reutilización y explotación, y que su contenido debería conservarse y mantenerse, para beneficio de las futuras generaciones.
- Principio de no exclusividad en virtud de la ley debería aplicarse al dominio público: debería establecerse por ley la norma de libre uso del dominio público, sosteniéndola con la prohibición formal de mercantilización o reconstitución privada de elementos de dominio público.
- Principio de no rivalidad, amparado por la ley y aplicable al dominio público: la ausencia de protección por el derecho de autor debería dar lugar a un uso efectivamente colectivo de los recursos de dominio público, lo que implicaría asimismo una garantía de acceso al apoyo u al uso del material de dominio público, sin ninguna discriminación.

¹⁹¹ Por “libre” (“free”) se entiende sobre todo el uso sin obstáculos creados por reservas legales o técnicas, y no tanto la ausencia de remuneración, aun cuando la lógica del dominio público conduzca también a reducir el costo de la obra, limitándolo al costo de su producción.

Estos cuatro principios pueden apoyarse en cierto modo en las teorías económicas sobre los bienes comunes, materiales o inmateriales, que insisten en la equidad, la eficiencia y la sostenibilidad de los recursos explotados en común.¹⁹² El conocimiento en común no está sujeto a los mismos riesgos que los bienes materiales en común, ya que no sufren destrucción ni degradación. Sin embargo, la sostenibilidad de los bienes comunes inmateriales, como el conocimiento o el dominio público, requerirá proteger su acceso efectivo y preservarlos del olvido. La organización de depositarios del dominio público constituiría un elemento fundamental de tal preservación. Esta tarea se ha venido encomendando a través de los siglos a las bibliotecas, responsables hoy de manera creciente de la catalogación, el mantenimiento y la puesta a disposición del conocimiento en el entorno digital. Por consiguiente, ellas deberían estar involucradas en todo esfuerzo orientado a impulsar la existencia de un rico dominio público.¹⁹³

Los principios mencionados podrían conducir a las siguientes recomendaciones.

C. Recomendaciones

La construcción de un régimen positivo favorable al dominio público, capaz de sostener los principios aquí puestos de relieve, requerirá tanto la adopción de preceptos normativos en las leyes sobre derecho de autor como el establecimiento de condiciones materiales que permitan un acceso efectivo a los recursos de dominio público, su aprovechamiento y preservación.

Es por ello difícil formular recomendaciones precisas de carácter normativo, puesto que el esfuerzo ha de ser omnipresente y podría ir más allá de algunas modificaciones de forma de la legislación sobre propiedad intelectual. También es posible que la acción sea más apropiada a nivel nacional. Las recomendaciones que siguen no se proponen en ningún modo abarcar el alcance o duración del derecho de autor, ya que es ésta una cuestión que incumbe principalmente a las políticas nacionales de los Estados.

A nivel internacional, podrían plantearse las siguientes ideas:

- En lo que respecta a la identificación del dominio público:
 - La territorialidad aplicada a la determinación del dominio público debería analizarse más a fondo. Es difícil proponer recomendaciones en este terreno, puesto que la sustitución de la *lex loci protectionis* por la ley del país de origen sólo resolvería la incertidumbre. En lugar de tener que vérselas con diversas legislaciones al proponerse la explotación de un material creativo en varias jurisdicciones, el usuario tendría que determinar la situación de los recursos utilizados de conformidad con la legislación de los países de origen, incluso si la explotación prevista sólo ocurriría en un único país.
 - La dificultad del principio de comparación de los plazos de protección en virtud del Artículo 7.8 del Convenio de Berna merece, al menos, estudiarse.
 - La renuncia voluntaria del derecho de autor sobre ciertas obras y su dedicación al dominio público debería reconocerse como un ejercicio legítimo de la paternidad de la obra y de exclusividad del derecho de autor, en la medida autorizada por las leyes del país (quizás con exclusión de todo abandono de los derechos morales), a condición de responder al consentimiento expreso, informado y libre del autor. Tal vez podrían efectuarse más investigaciones sobre este punto.
 - Podría preverse una excepción o atenuación de la *lex locis protectionis*, de modo que se reconozca mutuamente la validez de toda dedicación al dominio público que sea válida en el país de origen de la obra.

¹⁹² Véase, por ejemplo, C. HESS & E. OSTROM, "Understanding knowledge as a commons – From theory to practice", *MIT Press*, 2006, 5-6.

¹⁹³ Esta cuestión ya ha sido desarrollada de manera teórica por C. HESS y E. OSTROM, quienes han analizado el modelo de biblioteca como institución de recursos de uso común para el conocimiento (véase C. HESS & E. OSTROM, "Ideas, artifacts, and facilities: Information as a common-pool resource", en *Law and Contemporary Problems*, 2003, Vol. 66, 111-145).

- Debería estudiarse internacionalmente la cuestión de las obras huérfanas o, por lo menos, reconocerse la condición de obra huérfana aplicada en un país, por las demás Partes en el Convenio de Berna (salvo que la identificación o ubicación del autor pueda resolverse en otro país). La OMPI debería ayudar a crear redes de información sobre obras, a fin de facilitar la identificación de los autores de las obras huérfanas. Esto pondría en evidencia si dichas obras están protegidas o no.
- Los esfuerzos a nivel internacional deberían estar orientados a desarrollar instrumentos técnicos o informáticos para identificar los contenidos del dominio público, en particular en lo que se refiere a la duración del derecho de autor de que se trate. Dichos instrumentos pueden constituir colecciones de datos sobre obras, bases de datos de obras de dominio público o calculadores de dominio público. De particular importancia es el carácter longitudinal de las operaciones y de las referencias a estos instrumentos.
- Podrían modificarse los Tratados de la OMPI de 1996, a fin de incorporar a la definición de la “información sobre gestión de derechos” toda información electrónica correspondiente a obras situadas en el dominio público.
- En lo que respecta a la **disponibilidad y durabilidad del dominio público**:
 - Debería ampliarse la disponibilidad del dominio público, especialmente a través de la cooperación con instituciones encargadas del patrimonio cultural y la UNESCO (a través de su labor dedicada a la preservación del patrimonio cultural inmaterial).
 - Debería alentarse el depósito legal a nivel nacional, lo que podría involucrar cierta asistencia financiera y logística a los países en desarrollo. Internacionalmente, deberían establecerse catálogos y referencias cruzadas de las obras depositadas.
 - El papel de las instituciones dedicadas al patrimonio cultural, en primer lugar las bibliotecas, en el etiquetado, catalogación, preservación y puesta a disposición de obras de dominio público, debería ser objeto de reconocimiento y apoyo, particularmente en el entorno digital.
 - Debería efectuarse una investigación con el fin de identificar los medios a disposición para promover la divulgación y explotación de materiales de dominio público desde el punto de vista de su financiación e incentivos. Parte de esta investigación podría tener por objeto el instrumento de “dominio público de pago”, por el cual los usuarios comerciales de obras de dominio público contribuyen, mediante una suma mínima, a los gastos de recopilación y mantenimiento del material de dominio público a cargo de instituciones oficiales. Cuando el derecho moral es a perpetuidad, deberían existir métodos para controlar los posibles abusos en el ejercicio del derecho de divulgación o de integridad.
 - Toda extensión del alcance o la duración del derecho de autor y derechos conexos, internacional y nacionalmente, debería tener en cuenta los efectos empíricos en la durabilidad del dominio público.
- En lo que respecta a la **no exclusividad y no rivalidad del dominio público**:
 - Deberían hallarse medios jurídicos capaces de prevenir una nueva exclusividad sobre obras que hayan pasado al dominio público, que pudiera provenir de la aplicación de otro derecho de propiedad intelectual (marcas o derechos en las bases de datos), derechos de propiedad, otros derechos atribuidos por ley o como resultado de medidas de protección técnica, toda vez que esta exclusividad sea similar en alcance o efecto a la de un derecho de autor o menoscabe el uso leal o simultáneo de la obra de dominio público.
 - Los Tratados de la OMPI de 1996 deberían modificarse con el fin de prohibir todo impedimento técnico a la reproducción, comunicación al público o puesta a disposición de una obra que haya pasado al dominio público. No existen bases legales para la imposición de medidas de protección técnica al dominio público, ya que la condición de dominio público debería garantizar el derecho de reutilización, modificación, reproducción y comunicación. Podría asimismo

aclararse que es posible proteger técnicamente una obra contra la elusión únicamente es objeto del derecho de autor una parte sustancial del contenido digital que se protege. Las medidas tecnológicas destinadas principalmente a proteger obras de dominio público con una presencia secundaria o insignificante de obras protegidas por el derecho de autor no deberían beneficiarse de protección legal.

- Como los países signatarios del Convenio de Berna deben respetar en su territorio la protección de la propiedad intelectual en la medida reconocida por otros países, deberían reconocer la condición de dominio público que hayan definido otros países y prevenir la privatización de lo que constituye en otros sitios un objeto de dominio público.

[Siguen los Anexos]

ANEXOS – Análisis comparativos

Se han estudiado las siguientes leyes nacionales sobre el derecho de autor:¹⁹⁴

- **Argelia:** Ordenanza sobre el derecho de autor, 19/07/2003 – 1424, N° 03–05 (Ordonnance n° 03–05 du 19 Joumada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative aux droits d’auteur et aux droits voisins)
- **Australia:** Ley del Derecho de Autor de 1968, ley N° 63 de 1968, modificada por la ley N° 113 de 2008 (Copyright Act 1968 as amended up to Act No. 113 of 2008)
- **Brasil:** Ley N° 9610 del 19 de febrero de 1998, sobre el derecho de autor y derechos conexos (Lei N° 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998–Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências)
- **Chile:** Ley N° 17.336 (1970) sobre Propiedad Intelectual, última modificación por Ley–19928 de 31.01.2004
- **China:** Ley sobre el derecho de autor de la República Popular China, aprobada por la 15ª sesión del Comité Permanente del VII Congreso Nacional del Pueblo el 7 de septiembre de 1990, modificada por la Decisión de Revisión de la Ley sobre el derecho de autor de la República Popular China, adoptada por la 24ª sesión del Comité Permanente del IX Congreso Nacional del Pueblo el 27 de octubre de 2001
- **Corea:** Ley de Derecho de Autor de Corea (Copyright Law of Korea, as last amended by Law No. 8101, December 28, 2006)
- **Costa Rica:** Ley N° 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos, última modificación por ley N° 8039 del 10 de octubre de 2000
- **Dinamarca:** Ley unificada N° 763 sobre el derecho de autor, del 30 de junio de 2006
- **Estados Unidos de América:** Ley del Derecho de Autor de los Estados Unidos y leyes conexas (Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code)
- **Francia:** Código de la Propiedad Intelectual del 1 de julio de 1992, última modificación de 2009 (Code de la Propriété Intellectuelle)
- **Italia:** Ley N° 663 de 22 de abril de 1941 sobre la protección del derecho de autor, última modificación de 2008 (Legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)
- **Kenya:** Ley de Derecho de Autor (Copyright Act n°12, 2001).
- **Malasia:** Ley de Derecho de Autor N° 332 (Copyright Act 1987, as last amended by Act A1139/2002)
- **Rwanda:** Ley sobre la protección de la propiedad intelectual (Law on the Protection of Intellectual Property of 31st March 2008)

[Sigue el Anexo I]

¹⁹⁴ El análisis de las leyes nacionales se ha beneficiado de la ayuda de los siguientes expertos: Alberto Cerda (Chile), Heyyoon Choi (Corea), Jessica Coates (Australia), Prof. Andrew Christie (Australia), Andrés Guadamuz (Costa Rica), Marisella Ouma (Kenya), Prof. Marco Ricolfi (Italia), Prof. Thomas Riis (Dinamarca), Manuela Rotolo (Brasil), Myriam Sanou (para el análisis de las disposiciones de la OAPI, Rwanda, Argelia y Kenya), Stefano Sciacca (Italia), Kuljit Singh (Malasia) y Prof. Hong Xue (China).

ANEXO I – Composición del dominio público (DP)

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Argelia	Obras literarias y artísticas nacionales con plazo de protección vencido (Art. 8)	Ideas (no explícito) Noticias del día (Art.47)	No obras originales (Art. 3 de la Ley)	NO	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales (Art.162)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes (Art. 54–55) – Obras colectivas, firmadas con pseudónimo o anónimas, obras audiovisuales, obras póstumas publicadas más de 50 años después de la muerte (Art. 56–58, 60) – Fotografías y obras de artes aplicadas, creadas más de 50 años antes (Art. 59) 	Leyes, reglamentos, decisiones administrativas de organismos públicos, sentencias judiciales, y sus traducciones (Art.11)	–	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Australia	–	Ideas (no explícito)	No obras originales (Art. 32)	Obras no fijadas	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (Art. 33) – Obras póstumas publicadas por primera vez más de 70 años antes – Obras anónimas o con pseudónimo publicadas más de 70 años antes – Grabaciones sonoras, películas producidas más de 70 años antes (si la copia es posterior al 1 de mayo de 1969) – 50 años desde la primera edición de materiales de ministerios u organismos de la Commonwealth o estatales – Obras publicadas antes de 1955, de autores fallecidos antes de 1955 – Obras anónimas o pseudónimas publicadas antes de 1955 – Fotografías creadas antes de 1955 	NO (Derecho de Autor de la Corona)	–	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Brasil	<p>Art. 45:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Obras cuya protección ha vencido – Obras de autores fallecidos sin dejar herederos – Obras de autores desconocidos (folclore) 	<ul style="list-style-type: none"> – Ideas, procedimientos normativos, sistemas, métodos o proyectos matemáticos, concepciones (Art.8. I) – Diagramas, planes o reglas de acción mental, juegos de cartas o negocios (Art. 8.II) – Información de uso en común como las de calendarios, agendas, registros o leyendas (Art. 8.V) – Explotación industrial o comercial de ideas contenidas en obras (Art. 8.VII) – Contenido científico o técnico de obras (Art. 7.3) 	No obras originales (no explícito)	–	<ul style="list-style-type: none"> – Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales o de países que no protegen a autores brasileños (Art.1) 	<ul style="list-style-type: none"> – Títulos de publicaciones periódicas; transcurridos un año o dos en el caso de publicaciones anuales (Art.10) – Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (Art.41–42) – Obras anónimas o seudónimas publicadas más de 70 años antes (Art.42) – Obras audiovisuales y fotografías difundidas por primera vez más de 70 años antes (Art.44) – Obras pertenecientes al dominio público al 20 de junio de 1998 	<ul style="list-style-type: none"> – Obras subvencionadas por la Unión, los Estados, el Distrito Federal o los municipios (Art.6) – Textos de tratados o convenios, leyes, decretos, reglamentos, sentencias judiciales y otros instrumentos de carácter oficial (Art. 8.IV) 	<ul style="list-style-type: none"> –Obras de autores fallecidos sin dejar herederos (Art. 45) – Obras de autores desconocidos sujetos a protección legal o del patrimonio étnico y tradicional (Art.45) – Formularios en blanco para llenar con informaciones científicas y de otra índole, así como las instrucciones con tal fin (Art. 8.III) – Nombres aislados, con sus títulos (Art. 8.VI) 	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
China	–	<ul style="list-style-type: none"> – Ideas (Art.3) – Noticias sobre asuntos de actualidad (Art. 5.2) – Calendarios, tablas numéricas y formularios de uso general, fórmulas (Art. 5.3) 	No obras originales	–	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales (Art.2)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes – Obras en propiedad de personas jurídicas, obras creadas en el marco de un empleo, obras cinematográficas y fotográficas publicadas 50 años antes 	Leyes, reglamentos, resoluciones, decisiones y ordenanzas de los órganos del Estado; otros documentos de carácter legislativo, administrativo o judicial, así como sus traducciones oficiales (Art.5.1)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras cuya publicación o distribución está prohibida por la ley (Art.4) 	No está claro
Corea	–	Ideas Noticias, reportajes y sucesos comunes	No obras originales	NO	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales (Art.3)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes (Art. 39) – Obras anónimas o seudónimas publicadas más de 50 años antes (Art.40) – Obras realizadas por un empleado en el marco de sus obligaciones y dadas a conocer o creadas más de 50 años antes (Art.41) – Películas exhibidas o producidas más de 50 años antes (Art.42) 	Art.7 – Constitución, leyes, tratados, decretos, ordenanzas y reglamentos – Avisos publicados por el Gobierno o autoridades locales – Sentencias judiciales – Traducciones o recopilaciones de dichos documentos oficiales producidas por el Estado o las autoridades locales	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos sin dejar herederos (Art. 49.1) – Obras pertenecientes a una persona jurídica disuelta (Art. 49.2) 	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Costa Rica	–	Ideas, procesos, métodos y conceptos matemáticos en sí (Art. 1) Noticias del día (Art.67)	No obras originales (Art.1)	–	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales (Art.3)	– Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (Art.58–59) – Diccionarios, enciclopedias y obras colectivas publicadas más de 70 años antes (Art.60) – Obras cinematográficas distribuidas al público más de 70 años antes (Art.61) – Obras anónimas o seudónimas publicadas más de 70 años antes (Art.62) – Obras del Estado publicadas más de 25 años antes (Art.63)	No está claro	– Obras de autores fallecidos sin dejar herederos y no heredadas por el Estado (Art.66)	No está claro
Dinamarca	–	Ideas (Art.1)	No obras originales	NO	No obras de fuera de la UE y no abarcadas por tratados internacionales (Art.87–88)	– Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (Art.63.1) – Obras anónimas o seudónimas comunicadas al público más de 70 años antes (Art.63.2) – Obras de paternidad desconocida no comunicadas todavía al público y creadas más de 70 años antes (Art.63.4)	Actos, ordenanzas administrativas, sentencias judiciales, órdenes administrativas, sentencias judiciales y otros documentos oficiales similares (Art.9)	–	No está claro (probablemente no)

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Estados Unidos de América	–	Idea, procedimiento, proceso, sistema, método operativo, concepto, principio o descubrimiento (§102.b)	No obras originales (§102.a)	Obras no fijadas	Obras extranjeras publicadas sin protección de un instrumento internacional o no abarcadas por una proclamación presidencial (§104)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras creadas en los EE.UU. después del 1.1.1978, de autores fallecidos hace más de 70 años – Obras anónimas / seudónimas estadounidenses, obras para préstamo publicadas por primera vez más de 95 años antes o creadas más de 120 años antes. – Obras de los EE.UU. creadas antes del 1.1.1978 pero no publicadas, de autores fallecidos hace más de 70 años (pero no en el dominio público antes de 2048 si fueron reeditadas antes de 2003) – Obras de los EE.UU. publicadas antes de 1978 con una mención apropiada y publicadas más de 95 años antes. – Obras publicadas entre 1923 y 1977, sin mención de reserva de los derechos de autor – Obras de los EE.UU. publicadas entre 1923 y 1963, con mención de derechos de autor pero cuyos derechos de autor no se renovaron – Obras de los EE.UU. publicadas antes de 1923 – Obras de otros países (reglamentación especial) 	Obras del Gobierno de los Estados Unidos (§105)	Obras derivadas infractoras	Obras dedicadas al dominio público

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Francia	–	Ideas Noticias Información	No obras originales	NO	Obras de países que no dan protección suficiente a las obras francesas (L.111–4)	– Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (L.123–1 y 123–2) – Obras anónimas, seudónimas o colectivas publicadas más de 70 años antes (L.123–3)	Actos legislativos y reglamentos, sentencias judiciales, obras de valor normativo	–	No está claro
Italia	–	Ideas Noticias	No obras originales (salvo fotos no originales protegidas durante 20 años – Art.87)	NO	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales, de países que no dan protección a las obras italianas (Art. 185–187)	– Obras de autores fallecidos más de 70 años antes (Art.25–26) – Obras colectivas, anónimas y seudónimas, publicadas más de 70 años antes (Art.26–27)	Actos oficiales del Estado y las administraciones públicas	–	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Kenya	Art.45: – Obras cuyo plazo de protección haya vencido – Obras respecto de las cuales los autores hubieran renunciado a sus derechos – Obras extranjeras no beneficiadas de protección en Kenya	Ideas Información y noticias	No obras originales	Obras no fijadas	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales (Art. 23.1)	Art. 23(2): – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes – Obras audiovisuales y fotografías creadas o comunicadas más de 50 años antes – Grabaciones sonoras y programas de radiodifusión, grabados o transmitidos más de 50 años antes – Obras anónimas y seudónimas publicadas más de 50 años antes (Art.23.3) – Obras creadas por encargo del Gobierno y realizadas más de 50 años antes (Art. 25.2)	Actos oficiales	–	– Obras respecto de las cuales los autores hubieran renunciado a sus derechos, por escrito y públicamente (Art.45.1b) y 2)

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Malasia	–	Ideas, procedimientos, métodos operativos o conceptos matemáticos en sí (Art. 7.2.A)	No obras originales (Art. 7.3.a)	Obras no fijadas (Art. 7.3.b)	Obras extranjeras no abarcadas por tratados internacionales o por un reglamento adoptado por el ministro competente (Art. 59.A)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes (Art. 17.1) – Obras anónimas/seudónimas publicadas o comunicadas más de 50 años antes (Art. 17.3) – Grabaciones sonoras distribuidas o fijadas más de 50 años antes (Art. 19) – Programas de radiodifusión emitidos más de 50 años antes (Art..20) – Películas distribuidas más de 50 años antes (Art.22) – Obras de organismos gubernamentales e internacionales publicadas más de 50 años antes (Art..23) 	–	–	No está claro

País	Definición del DP	DP ontológico	Materia objeto de DP			DP temporal	Política de DP		DP voluntario
			Originalidad	Fijación	Obras extranjeras		Duración del derecho de autor	Textos oficiales	
Rwanda	<ul style="list-style-type: none"> – Obras cuyos plazos de protección han vencido – Obras extranjeras (Art. 6.9) 	Art. 198: – Idea, procedimiento, sistema, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimiento de simples datos, aun expresados, descritos, explicados, ilustrados o integrados en una obra – Diarios, noticias comunicadas al público	No obras originales (Art. 195)	–	Obras extranjeras no beneficiadas de protección mediante un instrumento internacional o provenientes de países que no dan protección similar a las obras ruandesas (Art. 8)	<ul style="list-style-type: none"> – Obras de autores fallecidos más de 50 años antes (Art. 217–218) – Obras anónimas/seudónimas, publicadas, creadas o comunicadas más de 50 años antes (Art.219) – Obras colectivas, obras audiovisuales y obras póstumas, publicadas, creadas o comunicadas más de 50 años antes (Art.220) – Obras de artes aplicadas creadas más de 25 años antes (Art.221) 	Textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, y sus traducciones (Art. 198)	–	No está claro

[Sigue el Anexo II]

ANEXO II – Intrusiones en el dominio público

País	Derecho moral perpetuo	Dominio público pago	Reconstitución del derecho de autor	Derecho de privacidad	Derechos conexos	Medidas tecnológicas
Argelia	SI	Sí (limitado a una explotación sin fines de lucro)	NO	–	Intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión	
Australia	NO	NO	NO	–	Grabaciones sonoras, películas de cine, televisión, radiodifusión sonora, ediciones publicadas de obras	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
Brasil	Sí	NO	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
Chile	Sí (controvertido)	NO	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión	NO protección de medidas tecnológicas
China	Sí (salvo derecho de divulgación)	NO	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión	
Corea	NO	NO	NO	–	Interpretación y ejecución, grabaciones sonoras, radiodifusión	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
Costa Rica	Sí	NO	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión	

País	Derecho moral perpetuo	Dominio público pago	Reconstitución del derecho de autor	Derecho de privacidad	Derechos conexos	Medidas tecnológicas
<i>Dinamarca</i>	Sí (únicamente en caso de perjuicio al interés cultural)	NO	Protección por 25 años de las obras póstumas	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión Fotografías Derechos <i>sui generis</i> para bases de datos Grabaciones sonoras	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Estados Unidos</i>	NO	NO	NO	–		Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Francia</i>	Sí	(únicamente obras de países que no otorgan suficiente protección a las obras de origen francés, pero nunca se ha aplicado)	Protección por 25 años de obras póstumas	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión Derechos <i>sui generis</i> para bases de datos	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Italia</i>	Sí	Suprimido en 1996	– Protección por 25 años de obras póstumas – Protección por 25 años de críticas publicadas de obras de dominio público	Uso de la correspondencia confidencial o privada de dominio público sujeto al consentimiento de la familia	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas, organismos de radiodifusión Derechos <i>sui generis</i> para bases de datos Fotografías no originales	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Kenya</i>	Sí	Sí	NO	–	Interpretación y ejecución, grabaciones sonoras, radiodifusión	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Malasia</i>	NO	NO	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, grabaciones sonoras, películas, radiodifusión	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor
<i>Rwanda</i>	Sí	Sí (para explotación sin fines de lucro)	NO	–	Intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión	Sólo aplicables a obras protegidas por el derecho de autor

[Sigue el Anexo III]

ANEXO III – Protección positiva del dominio público

País	Definición de DP	Protección específica	Dominio público pago	Protección por la jurisprudencia
<i>Argelia</i>	Obras artísticas y literarias cuyo plazo de protección ha vencido (Art. 8)	–	SÍ	
<i>Australia</i>	–	–	NO	
<i>Brasil</i>	– Obras cuya protección ha vencido – Obras de autores fallecidos sin herederos – Obras de autores desconocidos (folclore) (Art. 45)	–	NO	
<i>Chile</i>	Art. 11 (patrimonio cultural común): – Obras cuya protección ha vencido – Obras de autores desconocidos (incluido folclore) – Obras cuyos autores han renunciado al derecho de autor – Obras extranjeras	– Uso libre para todos – Se prevé calificación de delitos para prohibir la atribución falsa o el reclamo de derechos de exclusividad sobre obras de dominio público	NO	
<i>China</i>	–		NO	
<i>Corea</i>	–		NO	
<i>Costa Rica</i>		Uso libre de obras en el DP	NO	
<i>Dinamarca</i>	–		NO	
<i>Estados Unidos</i>			NO	No monopolio por ley de Estado
<i>Francia</i>	–		NO	Jurisprudencia emergente
<i>Italia</i>	–		NO (suprimido)	
<i>Kenya</i>	Art. 45.1: obras cuyo plazo de protección ha vencido Obras extranjeras no beneficiadas de protección en Kenya		SÍ	
<i>Malasia</i>	–		NO	
<i>Rwanda</i>	Art. 6.9: Obras cuyo plazo de protección ha vencido; obras extranjeras no protegidas en virtud de un instrumento internacional	Parte del patrimonio nacional y cultural (Art. 202)	SÍ	

[Fin del Anexo III y del documento]