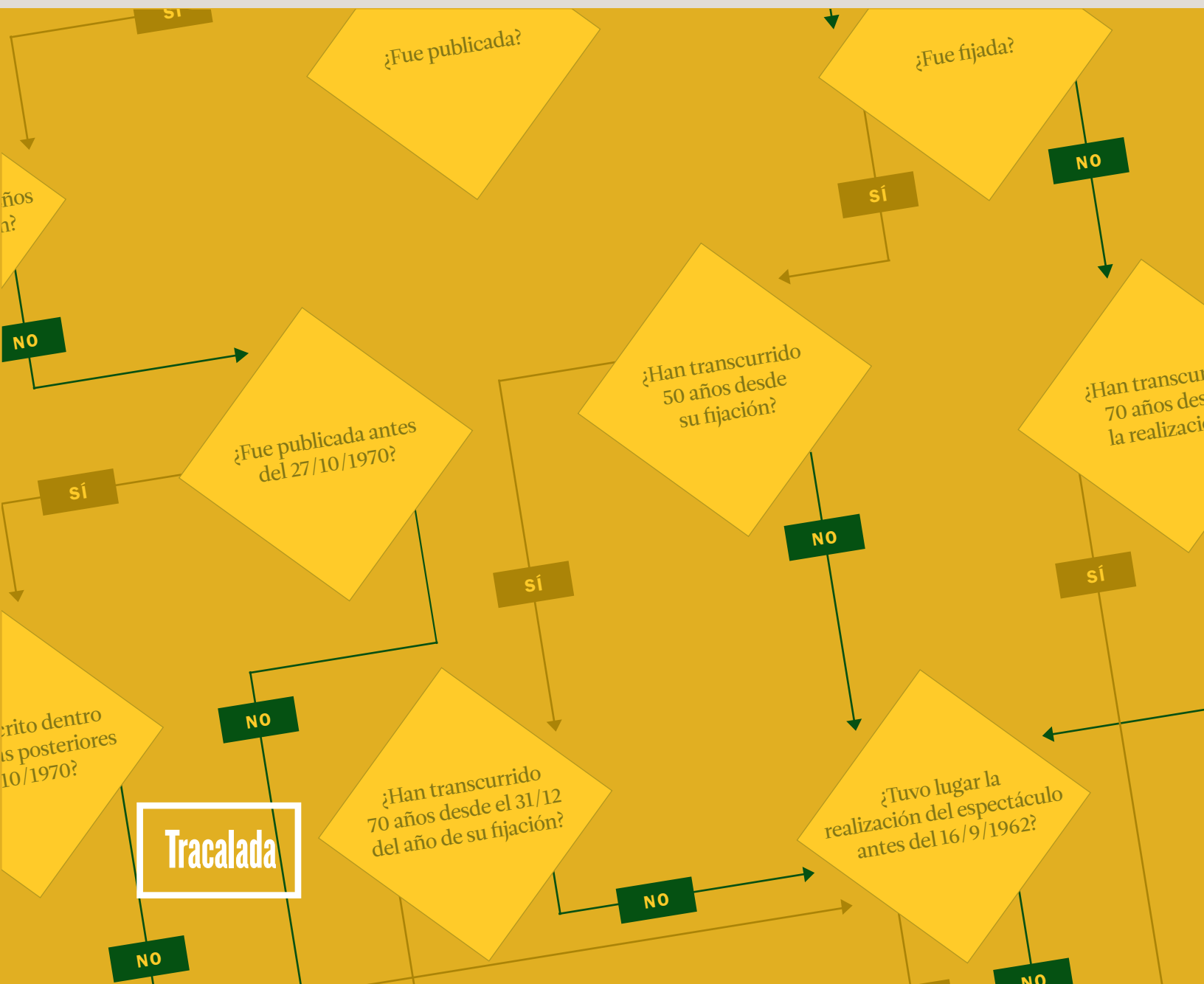


Aspectos legales relevantes para la Construcción de un diagrama de flujo sobre derecho de autor en Chile

ONG Derechos Digitales



Aspectos legales relevantes para la Construcción de un diagrama de flujo sobre derecho de autor en Chile

ONG Derechos Digitales

I. Introducción

El presente trabajo tiene por propósito servir de insumo para el desarrollo de una calculadora del dominio público aplicable a Chile, en la base de las normativas nacionales sobre derechos de autor. Con miras a ese objetivo, procuramos reunir y ordenar información sobre la regulación derechos de autor y el dominio público, e identificar los componentes de un diagrama de flujo que en términos simples permita visualizar las reglas aplicables.

No es el propósito de este trabajo realizar un nuevo análisis sobre los distintos aspectos que rigen a la participación en la vida cultural común, ni cuestionar el sistema de derechos de propiedad intelectual vigente en Chile, sino asumir a ese sistema como el contexto en que se busca el enriquecimiento cultural basado en lo común. La pretensión de este trabajo es, por sobre todo, operativa: la búsqueda de mecanismos que provean cierto nivel de certeza respecto del estado legal de una obra intelectual.

Ofrecemos una descripción de la evolución histórica de las normas que han configurado el dominio público en Chile, a fin de distinguir los requisitos, el ámbito y la duración de la protección, incluyendo detalles relevantes como las fechas en que cada normativa estuvo en vigor. Es significativa dicha distinción, por cuanto la vigencia de distintas leyes ha significado la vigencia sucesiva de regímenes distintos de regulación de los derechos de autor en Chile.

Posteriormente, siguiendo de manera laxa la metodología usada por el proyecto Europeana Connect¹, abordamos una serie de tópicos en que las diferentes legislaciones de los países suelen diferir, aproximándonos a las respuestas posibles según la normativa chilena, indicando las respuestas difíciles o problemáticas no resueltas. Tabulamos a modo de síntesis la duración de los derechos de autor en Chile, organizando los plazos aplicables a diferentes clases de obras.

Finalmente, elaboramos un listado con preguntas y respuestas que ordenadas, pueden servir para formar diagramas que posibiliten llegar, paso a paso, a determinar las condiciones en que una obra se encuentra o con derechos exclusivos vigentes, sean derechos de autor o derechos conexos, o bien integran el dominio público.

.....
1 ANGELOPOULOS Christina. *Public Domain Calculators at Europeana* [en línea] Kennisland, 17 de mayo de 2010. <<http://www.kennisland.nl/filter/opinies/public-domain-calculators-at-europeana>> [consulta: 25 de abril de 2014].

II. El dominio público

I. El concepto de dominio público

El dominio público o patrimonio cultural común es el estado en que se encuentran aquellas obras intelectuales respecto de las cuales no existen derechos de autor vigente, y aquellos fonogramas respecto de los que no existen derechos conexos vigentes. Es decir, se trata de aquellas creaciones del intelecto cuyo uso es libre e irrestricto, sin que medien permisos ni pagos, y sin que nadie pueda hacer valer derechos intelectuales exclusivos sobre las mismas, con excepción de los derechos morales.

Este concepto de dominio público se inserta en el contexto de la regulación de los derechos de autor y conexos. Es una característica de la tradición continental del derecho de autor que, a partir de la creación de una obra, se reconozcan dos clases de derechos de autor: los denominados “derechos patrimoniales” y los llamados “derechos morales”. Se trata de distintas clases de facultades, de las cuales las primeras se caracterizan por su contenido ligado a la explotación económica, su carácter comerciable, renunciable y temporal; mientras que las segundas, por el contrario, se caracterizan como inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Los derechos morales fueron reconocidos internacionalmente en el Convenio de Berna (Art. 6 bis), y de manera positiva en Chile en la ley 17.336 de 1970. Al describir el dominio público como un uso libre e irrestricto, sin permisos ni pagos, en principio, nada obsta a que los derechos morales sigan existiendo en las obras que pasan a integrarlo, si bien dichas facultades posibilitan a los autores y sus sucesores realizar acciones defensivas o negativas respecto a ciertos usos por parte de terceros. Son los derechos patrimoniales, con su connotación de aprovechamiento económico exclusivo, los que resultan incompatibles con el dominio público, desde las primeras leyes chilenas y extranjeras, que siempre han abordado su contenido y le han otorgado, sin excepciones, una limitación temporal.

Se entiende que existen obras intelectuales desprovistas así de las restricciones de derechos autorales porque la ley las ha excluido de entre las obra sobre las que se puede gozar de derechos exclusivos; o por el transcurso del tiempo, ya que los derechos exclusivos de propiedad intelectual de carácter patrimonial son siempre limitados a un plazo; o porque el titular de derechos ha renunciado a la protección que la ley, conforme a las reglas generales, le otorgaba. Así, ha sido posible definir al dominio público como una riqueza de información libre de barreras de acceso o de reutilización usualmente asociada a la protección de la propiedad intelectual, ya sea porque está libre de cualquier protección de derechos o porque los titulares de derechos han decidido eliminar dichas barreras².

.....
2 COMMUNIA *El Manifiesto del Dominio Público*. Traducción de LABASTIDA i Juan, Ignasi [en línea] <<http://www.publicdomainmanifesto.org/spanish#notel>> [consulta: 30de mayo de 2014].

El dominio público beneficia en primer término a la comunidad en general, al posibilitar el uso amplio y sin restricciones de las obras que lo conforman, incluyendo su reproducción y divulgación. Favorece así el ejercicio del derecho a crear y difundir las artes, como también el acceso al conocimiento y el derecho a la educación. La existencia del patrimonio cultural común beneficia particularmente a los propios autores, desde que los costos asociados a la creación de nuevas obras en base a otras preexistentes se reduce al mínimo, al no requerirse autorizaciones ni pagos, facilitando la libertad de crear las artes y en último término, de expresarse, utilizando las obras creadas previamente por otros.

A pesar del indiscutible valor e interés que el dominio público posee, es común que los textos normativos desarrollados por los Estados no aborden de manera detallada ni armónica la regulación de esta riqueza. Encontramos áreas grises producto de algunas indefiniciones, o inconsistencias de nuestra Ley vigente, de la sucesión de cambios legales en el tiempo, modificando de las obras protegidas y plazos de protección, sin hacerse cargo de forma efectiva de sus consecuencias, y también por la internacionalización del Derecho, y la suscripción de acuerdos por parte de nuestro país, que reconocen exclusividad de derechos donde históricamente no la había.

2. Cómo se configura el dominio público en Chile: las reglas generales

Un concepto amplio de dominio público³ incluye dos aspectos: el “estructural”, compuesto por obras con plazo de protección expirado; y procomún esencial de la información, consistente en obras no susceptibles de protección; y el “voluntario”, compuesto por obras compartidas por sus titulares⁴, mediante una licencia libre, y por las prerrogativas que nacen de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, y los usos legítimos.

.....
3 Ibíd.

4 “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” DUSOLLIER, Séverine *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público* Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP),OMPI. Ginebra, 2011. pp.32.

Desde las fuentes del dominio público⁵, es posible clasificarlo en: dominio público estable o permanente en el tiempo, que incluye aquellos conocimientos o creaciones no susceptibles de ser reivindicado a través de un derecho de propiedad intelectual porque una ley los excluye de tal ámbito; y dominio público creciente en el tiempo, que se incrementa día a día precisamente por el vencimiento del plazo legal de protección, con creaciones intelectuales que se liberan del ámbito de exclusividad de la propiedad intelectual.

Para aproximarnos a los objetivos de este informe, nos concentraremos en el dominio público estructural, tanto estable como creciente, dejando fuera algunas de las problemáticas del dominio público voluntario.

En el derecho de autor, el dominio público se ha denominado, a partir de la ley 17.336 de 1970, "patrimonio cultural común". Tomando como punto de partida las causales establecidas en la ley, se consideran pertenecientes al dominio público, los siguientes casos:

- a. creaciones intelectuales no susceptibles de protección, tales como las ideas no expresadas en forma concreta, los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos (es decir, aquellas creaciones que no constituyen *obras*);
- b. obras autorales cuyo plazo de protección haya expirado en el tiempo;
- c. obras de autores desconocidos que no pertenezcan a persona determinada, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico;
- d. obras cuyos titulares renunciaron expresamente a sus derechos y por ende, a la protección legal;
- e. obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos por el sistema de tratados internacionales;
- f. obras que fueren expropiadas por el Estado, sin que se haya especificado un beneficiario;
- g. obras creadas por funcionarios del Estado, los municipios, las corporaciones oficiales y demás personas jurídicas estatales, cuando mediante resolución del titular de la entidad respectiva se libere la obra para formar parte del patrimonio cultural común; y

.....

5 SCHMITZ, Christian. "Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses". En: *Revista Chilena de Derecho*, v. 36 (2), pp. 346-347.

- h. para algunos, las obras de autores fallecidos sin sucesores ni causahabientes⁶

III. Evolución histórica

I. Primera etapa (1833-1925): la ley de propiedad

El primer texto autoritativo chileno que incluyó en sus disposiciones referencias claras a la propiedad intelectual fue el texto Constitucional de 1833, que otorgaba a todo autor o inventor “la propiedad exclusiva sobre su descubrimiento o producción, por el tiempo que le conceda la Ley”. Esta universalista norma resulta importante como antecedente, de antigua data y de la mayor jerarquía, del carácter temporal que siempre los derechos sobre obras intelectuales poseen en Chile, y la vocación histórica de las obras a integrar, cumpliendo lo preceptuado en la Ley, el dominio público. También es llamativo que desde ese primer texto, la propiedad intelectual haya sido regulada en disposiciones independientes de la del derecho de propiedad (artículos 153 y artículo 12 N° 5, respectivamente).

La normativa pionera en la regulación orgánica de la propiedad intelectual fue la Ley de Propiedad Literaria de 24 de junio de 1834. En ella, el conjunto de las obras protegidas no constituía un listado taxativo, protegiendo “todo género de escritos o composiciones de música, pintura, dibujos, escrituras y en fin de aquellos a quienes pertenece la primera idea en una obra de literatura o de las letras...”. La protección consistía en el derecho exclusivo de vender, hacer vender o distribuir sus obras por medio de la imprenta o cualquier medio que permitiera reproducir y multiplicar las copias; derecho que duraba toda la vida de los autores y cinco años, prorrogables hasta diez al arbitrio del gobierno, para los herederos testamentarios y los legítimos. También confería el “privilegio” a los autores de obras teatrales para que estas no pudieran ser representadas en Chile sin permiso escrito, por el mismo plazo; y otorgaba los mismos derechos que los autores y sus herederos a los traductores. La protección se extendía a extranjeros que publicasen en Chile.

Consagraba el dominio público en los siguientes términos: “Pasados los términos de que hablan los artículos precedentes, toda obra quedará en el concepto de propiedad común, y todos tendrán expedita la acción de negociar con ella como les pareciere” (Art. 14).

.....

6 SCHMITZ (en obra citada) los incluye en una enumeración, posiblemente en base a que esta categoría de obras históricamente correspondía al dominio público. Razonablemente, sin herederos o sucesores no habría interesados en ejercer los derechos de autor. No obstante, en el texto legal vigente nada se dice al respecto, por lo que una interpretación cauta en aplicación de las normas generales aplicables, culminaría en la titularidad por el Estado junto con el resto del patrimonio del finado.

Un aspecto que resultó algo problemático fue la exigencia de “para entrar en el goce de los derechos concedidos (...) no se necesitará título alguno del Gobierno y bastará que, depositándose previamente tres ejemplares de la obra en la Biblioteca pública de Santiago, se anuncie en el frontispicio a quién pertenezca”. Es decir, si bien no se requería un trámite administrativo como el registro, sí era necesario el depósito en la antecesora de la Biblioteca Nacional, con indicación de la autoría. Surge entonces la pregunta sobre el carácter de la formalidad del depósito: si constituía una obligación del autor, o si era la condición necesaria para el ejercicio de los derechos conferidos por ley.

Célebre fue la causa que enfrentó al abogado Gonzalo Cruz con el Fisco, tras la publicación y distribución no autorizadas de una versión adaptada y resumida de una obra pedagógica de su autoría, que había sido publicada en el extranjero, sin la realización del depósito requerido. Gonzalo Cruz defendió la tesis de que la protección legal no nacía del cumplimiento de las formalidades, pero la Corte Suprema falló contra su pretensión, reafirmando el carácter constitutivo de derechos que poseía dicho trámite.⁷

2. Segunda etapa (1925-1970): el Decreto Ley 345 sobre propiedad intelectual

La dictación de una nueva Constitución Política en 1925 supuso una nueva norma referida a la propiedad intelectual. En ella se establecía “la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna” (Art. 10 N° 10) y “la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley” (Art. 10 N° 11). El nuevo texto constitucional reitera la temporalidad de los derechos y formula un mandato al legislador para que los regule.

Poco tiempo antes del cambio constitucional tuvo lugar el establecimiento de una nueva normativa orgánica: el Decreto Ley N° 345 de 19 de marzo de 1925, que estuvo vigente entre el 1 de julio del mismo año hasta 1970, con una modificación relevante en 1950. El DL N° 345 derogó de forma nominativa y explícita la Ley de propiedad literaria de 1834 (Art.27).

Posiblemente el aspecto más relevante del régimen establecido por el DL N° 345 radica en la constitución de la propiedad intelectual: el primer artículo de la normativa dispone “la propiedad intelectual se constituye por su inscripción en el registro que se llevará en la Biblioteca Nacional”. A pesar de su redacción, alguna parte de la doctrina de la época intentó relativizar la importancia del registro; no obstante, la posición mayoritaria reconoció el establecimiento de un régimen registral con sus consecuencias. Esto es, que sin el respectivo registro,

.....

7 CRUZ, Gonzalo *Algo sobre propiedad literaria* Imprenta Barcelona, Santiago, 1907.

las obras no gozaban de protección legal alguna.

Para Antonio Zuloaga «en el sistema de nuestra ley “el derecho exclusivo” de explotación no nace para el autor por el solo hecho de concebir y dar forma a una obra del ingenio; para ello es preciso, además, que manifieste de un modo indubitable y al alcance de todos, que es su voluntad excluir a los demás de ese aprovechamiento. Por tanto, el derecho de autor en cuanto importa la reserva exclusiva de la reproducción, arranca para el autor de dos hechos, a saber: a) invertir la paternidad de la obra; y b) Haber efectuado su inscripción y cumplido los demás requisitos que la ley apunta»⁸. Zuloaga se encargó de contradecir tesis como la de Luis Claro Solar, que postulaba que la inscripción era una formalidad que no privaba del derecho, dándole a la inscripción un efecto retroactivo que la Ley en ningún caso establece. Este régimen se complementaba con normas que protegen las creaciones orales cuando ha existido una reserva de derechos, y con presunciones específicas de autoría, por ejemplo, en favor de la persona que se indique como tal al momento de recitarse, ejecutarse, representarse o exhibirse una obra (Art. 16). Para la doctrina posterior⁹ no existen dudas del carácter de este régimen registral, que la legislación posterior vino fundamentalmente a cambiar.

El ámbito de aplicación del DL N° 345 se configuró nuevamente a través de la indicación de las obras protegidas, no taxativa, desde que se protege “en fin aquellos a quien pertenece la primera idea en una producción científica literaria o artística”. Sin perjuicio de ello se mencionan como objeto de protección todo género de escritos, obras dramáticas, composiciones musicales, dibujos, mapas, planos, proyectos de ingeniería, obras de arquitectura, grabados, obras teatrales, cinematográficas y fotografías (Art. 2). Estas últimas, a la época de dictarse el Decreto Ley, no eran reconocidas de forma pacífica como obras artísticas, no obstante lo cual fueron incluidas. Además, se protegen los discursos pronunciados en reuniones públicas, con la limitación de que pueden ser reproducidos en reseñas de la reunión (Art. 6).

.....

8 ZULOAGA, Antonio *Derecho Industrial y Agrícola* Santiago Editorial Nascimento 1943 Santiago. p.398.

9 Según Dina HERRERA SIERPE “(...) conforme al Decreto ley 345 dicha constitución [se refiere al derecho de autor] dependía de la inscripción de la obra en el Registro de propiedad Intelectual y del cumplimiento de las demás formalidades señaladas en ese texto.” Herrera, Dina *Derechos de Autor* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988 :5. En el mismo sentido Santiago Larraguibel Zavala señala “Difiere fundamentalmente la nueva ley del Decreto 345 del año 1925, que disponía que la propiedad intelectual se constituía por su inscripción en el registro que se llevaba en la Biblioteca Nacional” Larraguibel Zabala, *Santiago Derecho de autor y propiedad industrial Nuevas disposiciones constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1979.

El DL N° 345 además estableció que “la propiedad intelectual de producciones extranjeras podrá registrarse en Chile; y registradas sus autores gozarán de ellas, siempre que en su país de origen se otorgue a los chilenos el mismo privilegio” (Art. 5) Fija así un criterio de reciprocidad para la protección de las obras extranjeras.

En cuanto a la duración de la protección, se estableció como plazo la vida del autor y 20 años más a contar de su fallecimiento (Art. 7). La disposición explícita que la propiedad intelectual puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. Tratándose de obras hechas por dos o más autores, el plazo de protección se cuenta desde la muerte del último de ellos (Art. 7). Conforme a la normativa, el autor podía ser una persona natural o una persona jurídica¹⁰, aunque la norma se refiere solo a “un cuerpo colegiado”, y adoptando una norma contenida en la Ley de 1834 (Art. 8°) cuando el autor sea un cuerpo colegiado, la protección se extiende por 40 años desde la fecha de la inscripción (Art. 7). La ley de 1834 indicaba 40 años desde la fecha de la primera edición. El dominio público era escuetamente indicado en la normativa (Art. 13): “Transcurridos los plazos fijados por los artículos anteriores, la obra pasará a ser de propiedad común”.

El carácter constitutivo del registro pudo haber producido una anomalía, que se volvió problemática en el ámbito comparado. La doctrina la llamó «desigualdad “al revés”», y tenía lugar cuando autores nacionales quedaban menos protegidos que autores extranjeros de países que formaran parte de la Unión de Berna, dado que desde la Revisión de Berlín de 1908 el Convenio de Berna señala que los derechos no deben estar subordinados a formalidad alguna (artículo 5 párrafo 2). No obstante, como no se establece su aplicación directa, autores extranjeros podrían ser protegidos incluso sin registro en virtud de acuerdos internacionales que a los nacionales no les serían aplicables. Frente a ello, se ha destacado que en la base del principio de trato nacional está el derecho fundamental a la igualdad. Así, en Uruguay la jurisprudencia dio preeminencia al convenio de Berna, reconociendo la norma internacional como superior jerár-

.....

10 El autor nacional Jorge RODRÍGUEZ MERINO sostenía que se debe considerar autor a una persona jurídica cuando encarga la ejecución de la obra alguien por cuenta de ella, desapareciendo la individualidad de la persona natural que ha compuesto la obra. Al respecto, cabría sostener que sólo una persona natural puede ser en sentido estricto autor, pero en atención a la naturaleza especial de algunas situaciones, la persona jurídica puede ejercer el derecho pecuniario. LIRA CRISTI, Hernán. *Nuevas orientaciones en el orden moral económico y penal en el derecho de autor*. Santiago Memoria para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. 1968. pp 26-27.

quica de la del registro¹¹. En Chile, dicha problemática aparentemente no llegó a ser dirimida por los tribunales superiores de justicia.

El 21 de enero de 1950 fue publicada la Ley N° 9.549 que “fija el plazo de la duración al derecho de autor al que se refiere el decreto”. En dos breves artículos señala, primero, que el derecho de autor a que se refiere el decreto ley N° 345, de 17 de Marzo de 1925, dura la vida del autor y cincuenta años más contados desde la fecha del fallecimiento de éste (ampliando así en treinta años el plazo de protección); y segundo, que la ley comenzará a regir desde su publicación.

El antecedente de este nuevo plazo debe encontrarse en el sistema internacional, ya que 50 años después de la muerte del autor es el punto de entrada al dominio público en el Convenio de Berna (Artículo 7 párrafo I), y es considerado un mínimo desde la revisión de Bruselas (1948). Internacionalmente, la idea de prorrogar en el tiempo los derechos de autor se inició cuando algunos países adoptaron medidas compensatorias de la ausencia de beneficios que los autores o sus derechohabientes habían padecido a causa de las dificultades producidas por las guerras, tanto en los Estados beligerantes, como en todos los que sufrieron sus repercusiones. La proliferación de acuerdos bilaterales, generalizó el deseo de unificación. La cifra de 50 años fue escogida como razonable atendiendo al promedio de duración no solo de la vida del autor, sino también de la de sus descendientes directos, es decir, un total tres generaciones¹². En todo caso existen antecedentes más antiguos que pudieron tenerse en cuenta; por ejemplo, España estableció dicho plazo en 1847.

En cuanto a la Ley N° 9.549, es llamativa la brevedad de sus términos, que bien puede corresponder a una extensión acotada de sus efectos. Así, el tenor literal no parece hacerse cargo del plazo otorgado a los cuerpos colegiados. La norma establece lo que podemos identificar como una derogación tácita (no contiene términos como “deroga” o “modifica”), innominada por razón de incompatibilidad implícita. Y es también una norma que rige para lo futuro, vale decir, la extensión de plazo no alcanza a afectar a aquellas obras que ya habían pasado al dominio público bajo el margen temporal vigente hasta el 20 de enero de 1950.

.....

11 LIPSZYC, Delia *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO, CERLALC y Zavalía Editores. Buenos Aires 2006.p. 539.

12 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL *Guía del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (Acta de París, 1971) Ginebra, 1978.

3. Tercera etapa (1970-2003): La ley 17.336 y las sucesivas extensiones de plazos.

Desde mediados del siglo XX existió un interés modernizador en relación con las normas de propiedad intelectual, pues como en pocas esferas del derecho, existe una simbiosis importante entre el sistema internacional de propiedad intelectual y el desarrollo del régimen nacional. Estas intenciones culminaron con la consagración de la Ley 17.336, del 2 de octubre de 1970, que empezó a regir 180 días después de su publicación.

Con seguridad la más relevante de las abundantes y profundas novedades de la Ley 17.336 es la constitución de los derechos, en su primera disposición: “La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.” El sistema chileno pasa así a proteger al autor en forma automática, sin exigir el cumplimiento de ninguna formalidad, como lo fueron el registro de la obra bajo el DL N° 345 de 1925 o el depósito de ejemplares bajo la Ley de propiedad literaria de 1834, y sin exigir trámite administrativo, notarial o de otro orden, bastando solo la creación de la obra.

En cuanto al ámbito de protección, en este texto se contiene una enumeración extensa y no taxativa de obras protegidas. La ley queda de esta forma abierta a ser aplicada a nuevas categorías de obras intelectuales que, siguiendo el avance tecnológico, pudieran ser creadas más allá de la categorización legal. Especialmente, se aplica a los chilenos y extranjeros domiciliados en el país, y respecto a los no domiciliados en él remite a lo dispuesto en los tratados internacionales que Chile suscriba y ratifique. Los apátridas son considerados nacionales del país donde tengan domicilio.

La Ley 17.336 contiene diferentes clases de facultades conferidas a los creadores intelectuales. Incorporó por primera vez la figura de los “derechos morales”, distinguiéndolos claramente de los de carácter patrimonial. El concepto de derechos morales no era desconocido para la doctrina nacional; por ejemplo, Hernán Lira afirma que “sin exagerar, puede afirmarse que el derecho moral, constituye la piedra angular de la institución en estudio”¹³; y en la Ley se dispone que éstos son inalienables, por lo que no se pueden transferir ni voluntaria ni forzosamente. Los derechos patrimoniales, por su parte, no están definidos, pero se los enumera (artículo 18) y se vinculan a las facultades de utilizar directa y personalmente la obra; de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre

.....
13 LIRA CRISTI, Hernán *Nuevas orientaciones en el orden moral económico y penal en el derecho de autor*. Memoria para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile. 1968 p.17.

ella; y de autorizar su utilización por terceros (artículo 17). Y, sin perjuicio de estas dos clases de derechos, la Ley consagra respecto a ciertas obras de carácter expresivo, derechos conexos al derecho de autor (artículos 65 y siguientes), los que corresponden en principio a los artistas, intérpretes y ejecutantes, para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que correspondan al autor de las obras interpretadas.

En cuanto a la duración de los derechos de autor la Ley establece (Art. 10) como plazo toda la vida del autor, más 30 años contados desde la fecha de su fallecimiento, respecto de sus herederos, legatarios o cesionarios; y si el derecho se adjudicase al cónyuge sobreviviente durará por toda la vida de éste. Para el caso de coautores, el plazo de 30 años se cuenta desde la muerte del último de ellos (Art.12) La protección de obras anónimas o pseudónimas, por su parte, durará 30 años desde su publicación (Art.13). Los derechos conexos tienen una duración de 30 años, contados desde el 31 de diciembre del año de la fijación de los fonogramas respecto de las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos; de la transmisión para las emisiones de los organismos de radiodifusión y de la realización del espectáculo para las ejecuciones o interpretaciones.

La ley regula el dominio público denominándolo “patrimonio cultural común”¹⁴ que se compone de: a) obras cuyo plazo de protección se haya extinguido; b) obras de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico; c) obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley; d) obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior, que no estén protegidos de acuerdo a los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Chile; y e) obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario. También se señala que la utilización de las obras del patrimonio común requerirá un pago, cuya regulación quedó remitida a un Reglamento, destinado a fines culturales.

.....

14 La expresión fue adoptada siguiendo indicaciones del entonces senador Patricio Aylwin durante la tramitación del Proyecto de Ley en 1970. Para Aylwin, la expresión “dominio público” hace pensar que estas creaciones intelectuales quedarían en la condición propia de los bienes nacionales de uso público, que pueden ser usados por todos los habitantes, pero respecto de los cuales el Estado ejerce una tuición especial y para cuyo uso exclusivo o especial es menester una autorización o concesión suya. Dado que en este caso se trata de bienes que no corresponden en propiedad el Estado, ni se requiere autorización para utilizarlos, y su uso es libre para su difusión en el país o en el extranjero, resulta preferible una expresión distinta. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile *Historia de la Ley 17.336 Ley de Propiedad Intelectual Artículo II Obras que pertenecen al patrimonio cultural común*. [en línea] Santiago, Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3876/1/H17336ArtII.pdf>> [consulta: 1 mayo de 2014] pp.9-II.

Finalmente, la Ley regula algunos contratos particulares: el de edición (artículos 48 y ss.) y representación (artículos 56 y ss.); y crea una nueva institucionalidad, el Departamento de Derechos Intelectuales de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (artículo 90) y el Departamento del Pequeño Derecho de Autor de la Universidad de Chile (artículo 91).

Aunque la Ley 17.336 representó el establecimiento definitivo de un sistema moderno y robusto de protección a las actividades creativas, al poco andar comienzan a incorporarse sucesivas modificaciones legales, que en general tienden a ampliar el ámbito de protección y la duración de los derechos establecidos, tendencia que sigue latente hasta el día de hoy.

El primer cambio lo estableció la Ley 17.773 de 18 de octubre de 1972. Esta tiene por objeto modificar la norma de la Ley de Propiedad Intelectual que regula la duración de los derechos de autor (Art. 10), extendiendo el plazo. El plazo de protección se extiende así, en virtud de la modificación, por toda la vida del autor, la de su cónyuge y la de sus hijas solteras, viudas o de las que siendo casadas, se encontrare su cónyuge afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, y se extiende por treinta años más, contados desde el fallecimiento del autor, respecto de sus herederos, legatarios y cesionarios. Añade que la protección así establecida tendrá efecto retroactivo respecto al cónyuge y las referidas hijas del autor.

Si bien esta extensión representa una disposición doméstica única en su formulación, existen antecedentes de normas similares en el derecho comparado. Francia, antes de la Ley de 1847, había establecido varias prórrogas a favor de las viudas y los hijos del autor. La doctrina internacional es muy crítica con los efectos que la extensión produce, pues “es justa, pero tiene el inconveniente de restar certeza al plazo de duración del derecho, lo cual resulta incompatible con el sistema de explotación internacional de las obras: para saber si una obra se encuentra en el dominio público, durante un lapso indeterminado después de expirar el plazo general, será necesario averiguar primero si aún viven los parientes mencionados en la norma legal, e incluso, como en Chile, circunstancias personales de estos”¹⁵.

Dentro de esta etapa, el gobierno de facto existente en la época, dispuso normas de rango constitucional referidas a la propiedad intelectual. Concretamente el Acta Constitucional N° 3 (Decreto Ley N° 1.552 del Ministerio de Justicia) de 1976 asegura a todas las personas el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. Este derecho comprende la propiedad de

.....

15 LIPSZYC, Delia *Derecho de Autor y Derechos Conexos, obra citada*, p. 253.

las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Esta norma se consagró idéntica en el texto original de la Constitución Política de 1980 (Art. 19 N° 25). Si algo se puede destacar de esta norma es la protección al máximo nivel, tanto de los derechos patrimoniales como de los derechos morales. Y tal como en las normas que la preceden, explicita el carácter temporal de los derechos de autor.

Con posterioridad se consagraron cambios legales que ampliaron el ámbito de la protección, incluyendo nuevas creaciones. La Ley 18.443 de 17 de octubre de 1985 precisó la definición de fonogramas y videogramas, incluyendo definiciones legales de las copias de cada uno, e incorpora sanciones. Respecto a estas obras, nada se modificó en relación con la duración de los plazos de protección. Luego, la ley 18.957 de 5 de marzo de 1990, incorporó al catálogo de obras protegidas los programas computacionales. Tratándose de programas computacionales los titulares del derecho de autor son, conforme a esta ley, las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en desempeño de funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario; y si los programas fueran producidos por encargo, para ser comercializados por un tercero a su propia cuenta y riesgo, se entenderán cedidos los derechos, salvo estipulación escrita en contrario. La ley incluye una modificación en la duración de la protección (Art. 10 de la Ley 17.336) tratándose de estas obras: siendo el empleador una persona jurídica, la protección será de treinta años a contar desde la primera publicación.

La Ley 19.166 de 17 de septiembre de 1992 constituye una de las mayores modificaciones a la Ley de 1970. Esta modificación aumenta los plazos, postergando la entrada al dominio público de treinta a cincuenta años después de la muerte del autor, con prolongación similar para los derechos conexos; y establece normas para regular entidades de gestión colectiva de derechos, sustituyendo el Departamento del Pequeño Derecho de Autor por nuevas entidades que deben organizarse como corporaciones de derecho privado destinadas principalmente a la realización de actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales. Aunque incluye artículos transitorios, ninguno se refiere a la extensión de plazos, sino que todos se relacionan con gestión, tarifas y cobros por derechos. Los cambios en la duración de los derechos rigen desde la fecha de publicación de la ley, sin afectar a las obras que ya habían pasado al dominio público.

La restitución de un plazo de protección equivalente al establecido en el Convenio de Berna no es casual: responde a una reacción a la influencia internacional, asociada a la apertura económica y a la suscripción de nuevos instrumentos internacionales que buscan uniformar reglas, cubrir vacíos y mejorar los mecanismos de observancia de derechos. Este proceso condujo, a nivel internacional,

a la formulación del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), donde se fijaron nuevas normas mínimas y sistemas de solución de controversias internacionales, hasta entonces no aplicados a la propiedad intelectual. Constituye así “un instrumento que rompe con la tradición de dejar un gran espacio nacional para definir las políticas sobre propiedad intelectual”¹⁶, por lo que Chile, al igual que muchos países, se comprometió a adecuar su legislación interna a los nuevos estándares, abriendo la puerta a futuras ampliaciones de los derechos exclusivos e iniciando una etapa de cambios legales más vinculada a la integración económica con otros países.

4. Cuarta etapa (2003-): El libre comercio e internet

La Ley 19.743 de 2001 reformó la Constitución, en su artículo 19 N° 25 inciso primero, asegurando en primer lugar “La libertad de crear y difundir las artes”. Aunque no ha sido frecuente que los tribunales se refieran a esta garantía, bien podemos establecer que en el actual ordenamiento jurídico, el dominio público tiene en esta norma, que opera como principio, un nuevo y decisivo antecedente. La actual etapa en materia de propiedad intelectual en Chile está marcada por el desarrollo experimentado a nivel internacional en esta materia. En efecto, la Ley 19.912, de 4 de noviembre de 2003, tuvo por objeto la adecuación de la normativa nacional a los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio OMC suscritos por Chile. Esta ley, en lo referido a propiedad intelectual, volvió a ajustar ciertas definiciones (como reproducción, distribución, programa computacional), mas su principal aporte fue el establecimiento de medidas de cocontrol en frontera para la observancia de derechos, estableciendo un mecanismo expedito para la solución de ciertas controversias.

Casi al mismo tiempo, la Ley 19.914 de 19 de noviembre de 2003, introdujo una significativa modificación al régimen de derechos de autor, al adecuar la legislación chilena al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Los tratados de libre comercio son acuerdos bilaterales, pero, desde que los países se han integrado al sistema de la Organización Mundial de Comercio, mediante el acuerdo sobre los ADPIC, las ventajas que en ellos se negocian se transforman en cierta forma en nuevos estándares posibles para todos los países que han adherido a dicho tratado; en consecuencia, profundizan un proceso de armonización internacional¹⁷. En concreto, la Ley 19.914 dispuso la ampliación el plazo

.....

16 ROFFE, Pedro *América Latina y la Nueva Arquitectura Internacional de la Propiedad Intelectual* editorial La Ley, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2007. p. 65.

17 ROFFE, obra citada, p. 92.

de protección hasta 70 años después de la muerte del autor¹⁸ (estándar similar al del ordenamiento estadounidense), con prolongación análoga para los derechos conexos; asimismo, refuerza la regulación de los fonogramas y programas computacionales. El texto legal no incluye normas transitorias que se refieran explícitamente a los efectos de la extensión de plazo; en consecuencia, rigen desde su publicación hacia el futuro.

La ley 20.243, de 5 de febrero de 2008, no es una modificación sino una Ley especial en relación con la 17.336, creando nuevos derechos morales y patrimoniales respecto a artistas, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, alterando así las condiciones de explotación de tales obras. Concretamente, establece un pago a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes, incluso después de cedidos sus derechos patrimoniales, en caso de ciertos usos¹⁹ de soportes audiovisuales, en que se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Art. 3). Y crea también un derecho moral a ver asociado su nombre a las producciones e que participaren, e impedir mutilaciones, tergiversaciones u otro atentado sobre su actuación o interpretación (Art. 2). El derecho moral fue establecido con carácter transmisible por causa de muerte, perpetuo e inalienable. Sobre el pago (derecho patrimonial) no fija extensión, pero establece que es irrenunciable e intransferible, por lo que podemos deducir su carácter personalísimo, expirando con la vida del autor o intérprete. Por último, la Ley 20.435, de 4 de mayo de 2010, ha resultado ser la última gran modificación a nuestra normativa sobre derechos de autor. Esta reforma tuvo por objeto racionalizar y aumentar las sanciones ante las infracciones a la propiedad intelectual, regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, establecer un nuevo sistema de excepciones y limitaciones a los

.....

18 «Otra modificación legislativa necesaria fue la ampliación del plazo de protección autoral de 50 a 70 años, promovida enérgicamente por los EE.UU. no solo en el TLC con Chile, sino que también en los foros internacionales (sin embargo los ADPIC sólo contempla una protección mínima de 50 años para los derechos de autor y conexos). Una de las razones que explican dicha insistencia son los intereses económicos de la industria cinematográfica estadounidense, en especial Walt Disney Company cuyos derechos autorales más antiguos estaban a punto de expirar». SCHMITZ, Christian *Propiedad Intelectual a la Luz de los Tratados de Libre Comercio*. Santiago, Lexis Nexis, 2005 pp. 205-206.

19 Estos usos son: comunicación pública y radiodifusión por canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital; la puesta a disposición por medios digitales interactivos; El arrendamiento al público, y la utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión en un recinto o lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo.

derechos de autor, y agregar reglas de mediación en conflictos relativos a las tarifas de las entidades de gestión colectiva de derechos. Es una modificación algo distinta, pues no solo facilita la observancia de los derechos o aumenta el ámbito de protección, sino al incorporar un conjunto de hipótesis de autorizaciones legales de uso, favorece el acceso

De la modificación de 2010 destacan dos cambios que inciden en la conformación del dominio público. El primero es la eliminación de la extensión excepcional de derechos establecida a favor de cónyuges e hijas solteras o casadas con cónyuge imposibilitado de trabajar, quedando la norma simplemente en “La protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento” (Art. 10 vigente). El segundo se refiere a la titularidad de las obras creadas por funcionarios públicos, que en el texto original, quedaba entregada al Fisco, mas tras la modificación, “mediante resolución del titular [de la entidad pública] podrá liberarse cualquiera de dichas obras, para que formen parte del patrimonio cultural común. Esta excepción no será aplicable a las obras desarrolladas en el contexto de la actividad propia de las empresas públicas o en las que el Estado tenga participación, cuando la obra tenga un sentido estratégico para sus fines o cuando la ley que la crea y regula lo establezca expresamente” (Art. 88 vigente). Es preciso señalar que la Ley no incluye normas que indiquen algo sobre su entrada en vigencia, por lo que se aplican las reglas generales, y su efecto es inmediato, hacia el futuro, sin afectar a las obras ya en dominio público.

5. Resumen

En conclusión, el dominio público chileno ha sido regulado por sucesivas normas, que han alterado su conformación, de tal forma que bajo la formulación de la Ley vigente no es posible subsumir todos los casos que en la actualidad podrían presentarse. Concretamente, las ampliaciones, alguna reducción y el cambio en los requisitos de la protección deben ser necesariamente considerados para determinar con certeza el uso libre.

Cuadro I
Tabla de Resumen de las etapas legales y sus modificaciones²⁰

Normativa	Constitución de 1833 + Ley sobre propiedad literaria de 24 de julio de 1834	Constitución de 1925 +Decreto Ley 345 sobre propiedad intelectual de 17 de marzo de 1925	Ley 17.336 de 1970 Texto original	Constitución de 1980 + Ley 17336 con sus modificaciones (Texto vigente)
Disposición constitucional	Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la ley; y si esta exigiere su publicación se dará al inventor la indemnización competente (Artículo 152)	Asegura a todos los habitantes de la república la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente (Art. 10 N° 11)	*[Disposición de facto: Acta Constitucional N° 3 de 11/9/1976] Asegura a todas las personas el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior a la vida del titular.(Art.1° N° 17)	Asegura a todas las personas la libertad de crear y difundir las artes así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como el de paternidad, la edición y la integridad de la obra, toso ello en conformidad a la ley (Art. 19 N° 25)

.....

20 Esta tabla se basa en una similar, contenida en ANGELOPOULOS, Christina y JASSERAND, Catherine *Public Domain Calculator*. Institute for Information Law, University of Amsterdam. [en línea]<<http://outofcopyright.eu/research/Public%20Domain%20Calculator%20-%20Report%20and%20Documentation.pdf>> [consulta: 20 mayo de 2014] p.127.

<p>Requisito protección</p>	<p>El autor sólo debe depositar 3 ejemplares en la Biblioteca Pública de Santiago (Art.10)</p> <p>El impresor debe depositar 2 ejemplares de cada texto que imprima y pasar una copia al Min.del Interior y una cada fiscal (Art 13)</p>	<p>La propiedad intelectual se constituye por la inscripción en el registro que se lleva en la Biblioteca Nacional (Art.1)</p>	<p>La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores (Art.1) desvinculando su adquisición del hecho material de su inscripción en un registro.</p>	<p>La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores (Art.1)</p>
------------------------------------	--	--	---	---

Obras protegidas

<p>Todo género de escritos, obras de la literatura o de las letras (sic), composiciones de música, de pintura, dibujos y escultura (Artículo 1°) piezas teatrales (Artículo 7°) traducciones (Artículo 9°)</p>	<p>Todo género de escrito o de composiciones de música pintura, dibujo, escultura, mapas o planos, proyectos de ingeniería y arquitectónicos, obras teatrales, cinematográficas, fotográficas y en fin, producción científica, literaria o artística (Art 2°). Se pueden registrar y proteger producciones extranjeras siempre que en el país de origen se otorgue a los chilenos el mismo privilegio (Art.5)</p>	<p>1) Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase;</p> <p>2) Las conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas;</p> <p>3) Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma;</p> <p>4) Las composiciones musicales, con o sin textos;</p> <p>5) Las adaptaciones radiales o televisuales de cualquiera producción literaria, las obras originalmente producidas por la radio o la televisión, así como los libretos y guiones correspondientes;</p> <p>6) Los periódicos, revistas u otras publicaciones de la misma naturaleza;</p> <p>7) Las fotografías, los grabados y las litografías;</p> <p>8) Las obras cinematográficas;</p> <p>9) Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas;</p> <p>10) Las esferas geográficas o armilares, así como los trabajos plásticos relativos a la geografía, topografía o cualquiera otra ciencia, y en general los materiales audiovisuales;</p> <p>11) Las pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares;</p> <p>12) Las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas;</p>	<p>1) Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase;</p> <p>2) Las conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas;</p> <p>3) Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma;</p> <p>4) Las composiciones musicales, con o sin texto;</p> <p>5) Las adaptaciones radiales o televisuales de cualquiera producción literaria, las obras originalmente producidas por la radio o la televisión, así como los libretos y guiones correspondientes;</p> <p>6) Los periódicos, revistas u otras publicaciones de la misma naturaleza;</p> <p>7) Las fotografías, los grabados y las litografías;</p> <p>8) Las obras cinematográficas;</p> <p>9) Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas;</p> <p>10) Las esferas geográficas o armilares, así como los trabajos plásticos relativos a la geografía, topografía o a cualquiera otra ciencia, y en general los materiales audiovisuales;</p> <p>11) Las pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares;</p> <p>12) Las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas.</p>
--	---	---	---

		<p>13) Los bocetos escenográficos y las respectivas escenografías cuando su autor sea el bocetista, y</p> <p>14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común.</p>	<p>13) Los bocetos escenográficos y las respectivas escenografías cuando su autor sea el bocetista;</p> <p>14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común;</p> <p>15) Los videogramas y diaporamas, y</p> <p>16) Los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso.</p> <p>17) Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación;</p> <p>18) Los dibujos o modelos textiles.</p>
--	--	--	--

Duración de la protección

<p>La vida del autor; herederos testamentarios y legítimos herederos por 5 años prorrogables hasta 10 al arbitrio del gobierno (Artículo 2°)</p> <p>El plazo se aplica también a extranjeros que publiquen en Chile (Art. 6°)</p> <p>Pasados los términos legales, toda obra quedará en el concepto de propiedad común (Art. 14)</p>	<p>La vida del autor. Para los herederos y cesionarios se extiende además por 20 años desde el fallecimiento (Art.7°)</p> <p>Transcurridos los plazos, toda obra quedará en el concepto de propiedad común (Art. 13)</p> <p>La Ley N° 9549, de 21/1/1950 extiende la protección a la vida del autor y 50 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento, lo que empieza a regir desde la fecha de su publicación.</p>	<p>La vida del autor y se extiende por 30 años más, contados desde el fallecimiento del autor, respecto de sus herederos, legatarios y cesionarios. Si el derecho se adjudicase al cónyuge sobreviviente, la protección otorgada durará por toda la vida de éste. (Art.10)</p> <p>Derechos conexos: 30 años a contar de 31/12 del año en que fueron fijados, a favor de productores musicales, 30 años desde la realización de espectáculo para artistas, intérpretes y ejecutantes, y 30 años desde la emisión organizada de radiodifusión.</p>	<p>La vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento.</p> <p>Derechos conexos: 70 años, contados desde el 31/12 del año de la publicación de los fonogramas respecto de los productores de fonogramas y de 70 años desde la publicación de las interpretaciones o ejecuciones respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes.</p> <p>A falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la fecha de la fijación de la interpretación o ejecución o fonograma, la protección será de 70 años contados desde el final del año civil en que fue fijada la interpretación o ejecución o fonograma.</p> <p>En el caso de interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el plazo de 70 años se contará desde la fecha de su realización.</p> <p>La protección de las emisiones de los organismos de radiodifusión tendrá una duración de cincuenta años, contados desde el 31/12 año de la transmisión.</p>
--	--	--	--

<p>Casos de duración excepcional de la protección</p>	<p>Manuscrito de obra póstuma da a su propietario 10 años desde su primera publicación, siempre que se publique separadamente. (Art.4°)</p> <p>Manuscrito de obra póstuma con correcciones de su autor da a su poseedor 10 años de propiedad previa presentación ante la justicia del mismo dentro del año siguiente a la muerte del autor. (Art 5°)</p> <p>Extranjeros que hagan una nueva edición en Chile de obras publicadas en el extranjero: 10 años.(Art 6°)</p> <p>Cuerpos colegiados: cuando sea autor conservará la propiedad por 40 años desde la primera edición.(Art 8)</p> <p>Gobierno podrá otorgar privilegios por no más de 5 años a reimpresores de obras interesantes y hermosas.(Art. 11)</p>	<p>Cuerpos colegiados: cuando sea autor conservará la propiedad por 40 años desde la primera edición (Art.7°)</p>	<p>Por ley N° 17.773 de 18/10/1972 se extiende por la vida de su cónyuge y la de sus hijas solteras o de las casadas con cónyuge afectado por imposibilidad definitiva para todo género de trabajo.</p>	<p>La ley 20.435 eliminó la extensión del plazo a la vida de su cónyuge o hija casada con afectado con imposibilidad definitiva.</p>
<p>Limitaciones para los herederos</p>	<p>No existen</p>	<p>En el caso de la obra póstuma, si estuviera en poder de un tercero, corresponderá por mitad al dueño del original y a los herederos (Art.8°)</p>	<p>No existen</p>	<p>No existen</p>
<p>Ausencia de herederos</p>	<p>Fisco heredero: pasará a ser propiedad común (Art. 2°)</p>	<p>Fisco heredero, la obra pasará a ser de propiedad común (Art. 7°)</p>	<p>No hay norma que libere las obras ante ausencia de herederos. El fisco sucedería al autor conforme a las reglas generales (Art. 955 y 983 del Código Civil)</p>	<p>No hay norma que libere las obras ante ausencia de herederos. El fisco sucedería al autor conforme a las reglas generales (Art. 955 y 983 del Código Civil)</p>

<p>Conflictos de leyes en el tiempo</p>	<p>No posee disposiciones que regulen sus efectos en el tiempo.</p>	<p>Comienza a regir el 1/7/1925.(Art. 28)</p> <p>No constituirá violación de la propiedad intelectual la venta, recitación, representación, ejecución o exhibición de obras cuya reproducción traducción o adaptación se haya hecho lícitamente antes de la vigencia de esta ley (...) siempre que dentro de 6 meses se inscriba la reproducción, adaptación o traducción en el registro especial que se abrirá en la Biblioteca Nacional. (Art. Transitorio)</p> <p>La Ley 9549, que extendió la protección de 20 a 50 años desde la muerte del autor nada dijo respecto a sus efectos en el tiempo, fuera de empezar a regir el día de su publicación: 21/1/1950</p>	<p>La ley de 17.773 de 1972, incorporó al plazo de protección la vida de su cónyuge y de las hijas solteras, viudas o casadas con cónyuge con imposibilidad definitiva, dotó dicha protección de efecto retroactivo (Art.10 inciso 2°)</p> <p>Los titulares de derechos conexos cuyas interpretaciones o ejecuciones, misiones y grabaciones hayan sido publicadas en el territorio nacional con anterioridad a la presente Ley (Publicada en 2/10/1970) para gozar de la protección otorgada por esta deberán proceder a su inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual dentro del plazo de 180 días desde su publicación</p>	
--	---	--	--	--

Es posible identificar con claridad ocho períodos cuyos límites corresponden a la entrada en vigor, por modificaciones legales, de nuevos plazos de protección de los derechos de autor.

- * La Ley 17.336 comenzó a regir 180 días después de su publicación, que ocurrió el 2 de octubre de 1970.

Cuadro 2:

Duración de protección según norma vigente

Etapa	Período de vigencia de la norma	Duración de la protección	Autores cuyas obras con seguridad pasaron al dominio público durante respectivo el período
1°	24 de junio de 1834-18 de mayo de 1925	Toda la vida del autor + 5 años constados desde su fallecimiento, ampliables a 10 al arbitrio del gobierno; 40 años desde la publicación tratándose de cuerpos colegiados.	Autores fallecidos antes del 18 de mayo de 1905 Aquellos que no hubieran cumplido con el trámite del depósito legal. Todas las obras de cuerpos colegiados publicadas antes del 18 de mayo de 1885.
2°	19 de mayo de 1925- 20 de enero de 1950	Vida del autor + 20 años contados desde su fallecimiento; 40 años desde la publicación tratándose de cuerpos colegiados.	Autores fallecidos antes del 20 de enero de 1930. Aquellos que no hayan procedido al trámite constitutivo de la inscripción. Todas las obras de cuerpos colegiados
3°	21 de enero de 1950- 1 de abril de 1971*	Vida del autor+ 50 años; 40 años desde la publicación tratándose de cuerpos colegiados.	Autores fallecidos antes de del 1 de abril de 1921; y aquellos que no hubieran procedido al trámite constitutivo de la inscripción.
4°	2 de abril de 1971- 17 de octubre de 1972	Vida del autor+ 30 años contados desde el momento de su muerte.	Autores fallecidos antes del 16 de septiembre de 1962.

5°	18 de octubre de 1972-16 de septiembre de 1992	Vida del autor+ 30 años contados desde el momento de su muerte, que extienden además por toda la vida de su cónyuge, hijas solteras viudas o casadas con cónyuge afectado por imposibilidad definitiva.	Autores fallecidos antes del 16 de septiembre de 1962, a menos que tengan cónyuge sobreviviente, o hijas solteras, viudas o casadas con cónyuge imposibilitado definitivamente para trabajar, por aplicación del plazo de protección de 30 años post mortem (opera retroactivamente)
6°	17 de septiembre de 1992-18 de noviembre de 2003	Vida del autor+ 50 años contados desde el momento de su muerte, que extienden además por toda la vida de su cónyuge, hijas solteras viudas o casadas con cónyuge afectado por imposibilidad definitiva.	Autores fallecidos antes del 18 de noviembre de 1953, a menos que tengan cónyuge sobreviviente, o hijas solteras, viudas o casadas con cónyuge imposibilitado definitivamente para trabajar, por aplicación del plazo de protección de 30 años post mortem
7°	19 de noviembre de 2003- 3 de mayo de 2010	Vida del autor+ 70 años contados desde el momento de su muerte, que extienden además por toda la vida de su cónyuge, hijas solteras viudas o casadas con cónyuge afectado por imposibilidad definitiva.	No se incorporaron nuevos autores al dominio público chileno, producto de la extensión del plazo.
8°	4 de mayo de 2010-hasta la actualidad	Vida del autor +70 años contados desde el momento de su muerte	No se incorporaron nuevos autores al dominio público chileno, producto de la extensión del plazo

IV. Aspectos relevantes para la confección de un diagrama de flujo.

Para la confección de un diagrama de flujo, que nos permita determinar con cierta exactitud la vigencia o no de derechos exclusivos sobre una obra intelectual, conviene, siguiendo el paradigma europeo²¹, abordar algunas temáticas relevantes. En el proyecto europeo, el interés en ellas surgía por tratarse de aspectos que presentaban importantes diferencias entre las normativas internas de los países que integran la Unión Europea, por ser aspectos no del todo resueltos por la Directiva Europea. En las líneas que siguen revisaremos algunos de dichos tópicos, en relación con la normativa vigente en Chile, a los que añadimos otros que a nuestro juicio merecen atención por expresar características importantes de la Ley chilena.

1. Originalidad

Este tema no es tratado especialmente en la ley, no figura como requisito de la protección en la ley, y los autores nacionales más tradicionales no se refieren a ella. Tampoco aparece explicitada como requisito en el Convenio de Berna.

.....

21 En específico, el cuestionario sobre plazos de protección disponible en: <http://outofcopyright.eu/research/Term%20of%20Protection%20Questionnaire.pdf>

No obstante, es frecuentemente indicada como la cualidad que determina que estemos en presencia de una obra protegida, asociándose a la idea de que el creador impregna de su subjetividad o personalidad a la obra, haciéndola distinguible entre las que pertenecen a su misma categoría²².

A nivel comparado se ha producido una especie de controversia, ya que para el paradigma dominante “en materia de derecho de autor, la originalidad reside en la expresión –o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad (...) Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: *que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*”²³. Al mismo tiempo, algunos autores reconocen que el criterio de originalidad es rara vez mencionado en las leyes sobre derechos de autor, laguna jurídica inexplicable dada su importancia, pues la primera y más frecuente barrera que impide la protección es la ausencia de originalidad; mientras otros afirman que el requisito de originalidad surge de un error conceptual, pues la originalidad y autoría aluden a un mismo único fenómeno: la creación²⁴. Por ausencia de originalidad podrían descartarse ciertos componentes del dominio público estructural que no son protegibles, como los meros acontecimientos (como los hechos, distintos de la forma protegida de la noticia que los relata), las fórmulas matemáticas o las expresiones o palabras de uso habitual. En definitiva, determinar la originalidad es siempre una cuestión de hecho, sin que existan pautas aplicables para todos los casos.

2. Aportes múltiples

Entre las que llamamos obras con aportes múltiples, encontramos los casos de coautoría, las obras colectivas, las obras cinematográficas, los casos de autoría de corporaciones (o más amplio, personas jurídicas), y otros conceptos como colecciones, compilaciones y autoría ficticia.

Nuestra ley incluye como obras protegidas a las compilaciones de datos, las obras en colaboración, y las obras colectivas. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, están protegidas cuando por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos

.....
22 CERDA, Alberto y Lara, J. Carlos. *Guías Legales: Editores*. Santiago, ONG Derechos Digitales, 2011. p.15.

23 LIPSZYC Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, Ediciones Unesco Cerlalc Zavalía, 1993

24 RAFFFO, Julio. *Derecho Autoral: Hacia un nuevo paradigma*. Marcial Pons. Buenos Aires, 2011. pp.115-117.

o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos (Art. 3° N° 17). Su protección se rige por la regla general, es decir, dura la vida del compilador más 70 años desde el momento de su muerte.

Son obras en colaboración las que producidas, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados (Art. 5° letra b). La protección tiene una duración de la protección, según la regla general, de 70 años, pero se cuentan desde la muerte del último coautor. Cuando un coautor fallece sin dejar sucesión, sus derechos acrecerán a los otros.

Una obra colectiva es la producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre (Art. 5° letra c). La protección durará toda la vida del autor más 70 años contados desde el momento de su muerte.

Un ejemplo de obra colectiva es la obra cinematográfica. En ella intervienen numerosas personas, cada una sumando un aporte particular (guionista, director, sonidista, editor, escenógrafo, etc.) cada una de las cuales puede beneficiarse de su contribución particular con independencia. Mas, si existe un contrato, la Ley confiere la titularidad sobre la obra a la persona que incurre en el riesgo económica, a saber el productor.

Sobre las organizaciones o personas jurídicas como autores, no se contempla en la actualidad ese supuesto, sí se las reconoce como titulares en ciertos casos, pero históricamente (hasta 1970) se otorgó a los cuerpos colegiados un plazo de 40 años desde la publicación.

3. Documentos oficiales

Los documentos públicos oficiales están protegidos con derechos exclusivos, cuya titularidad está entregada por ley a las instituciones públicas donde se producen (Estado, Municipalidades, corporaciones oficiales, instituciones semi-fiscales o autónomas y demás personas jurídicas estatales) y cuyos funcionarios, en el desempeño de sus cargos, crean. A diferencia de lo que ocurre con otros países, las obras del Estado chileno no se encuentran excluidas de las obras protegidas (listadas en el Art. 3°), ni se las menciona entre los supuestos que integran el dominio público (señalados en el Art. II). No obstante, la modificación legal de 2010 complementó esta norma (Art. 88), permitiendo que, mediante resolución del titular, pueda liberarse cualquiera de dichas obras para que formen parte del patrimonio cultural común, con excepción de aquellas que tengan un sentido estratégico para sus fines o cuando la Ley que la crea y regula lo establezca expresamente.

La protección duraría entonces, siguiendo la regla general, la vida del autor (persona natural cuyo trabajo da origen a la obra) más 70 años contados desde el momento de su muerte, sin perjuicio de la titularidad radicada en el Estado. En el pasado (previo a 1970) podría haberseles aplicado hipotéticamente la regla de las obras de los cuerpos colegiados a ciertas obras: leyes, sentencias judiciales, actas, etcétera, de plazo contado desde su publicación. Quizás, a falta de norma que aborde la duración de los derechos de titularidad corporativa por disposición legal, quepa aplicar por analogía la regla establecida a propósito de la creación de programas computacionales por encargo del empleador cuando este es persona jurídica: setenta años desde la primera publicación, guardando así similitud con las reglas preexistentes (sin perjuicio de que aun más sentido tendría si el plazo se cuenta desde la sola creación de la obra).

4. Obras inéditas

La ley define a las obras inéditas como aquellas que no hayan sido dadas a conocer al público (Art. 5º letra f), y las protege reconociendo el derecho a reservar la divulgación de la obra (Art. 14 Nº 3) y sancionando el uso de obras ajenas, particularmente las inéditas, como falta o delito contra la propiedad intelectual (Art. 79 letra a). Publicar una obra, interpretación o ejecución fijada o de un fonograma significa la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente (Art. 5 letra o).

No existen otras reglas especiales en relación con esta clase de obras, y en consecuencia, su protección exclusiva expira a los 70 años contados desde la muerte del autor, independiente que no hayan sido publicadas, según la regla general. Como excepción, tratándose de aquellos plazos contados desde la fecha de la primera publicación (obras computacionales hechas para un empleador que es persona jurídica, y obras anónimas y seudónimas), cuando no exista publicación autorizada de la obra dentro de los primeros cincuenta años desde su creación (es decir, inéditas por más de cincuenta años), el plazo es de 70 años desde el 31 de diciembre de su año de creación.

El derogado DL Nº 345 de 1925 confería los derechos de la obra póstuma a los herederos, y al dueño del manuscrito original en partes iguales (cincuenta por ciento cada uno, y siendo la obra inédita, los herederos podrían transferir los derechos que les correspondiesen). La ley vigente no incluye disposiciones especiales para las obras póstumas: les aplica el plazo común a la generalidad de las obras.

5. Derechos morales

Expresamente consagrados en el texto de 1970 hoy vigente, esta categoría de derechos, como ya hemos indicado, era reconocida por la doctrina y por algunos tratados. En Chile se establecen a favor de los autores por toda su vida, el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, y su complemento, el derecho a que la obra se mantenga anónima o pseudónima. Según se desprende del artículo 14 N° 5, el derecho a que la obra permanezca anónima o pseudónima se extingue con la entrada al dominio público.

También se establece el derecho a mantener la obra inédita, a autorizar a terceros terminar la obra inconclusa; y a oponerse a toda deformación, mutilación o toda otra forma de modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento (pensando la norma en evitar tergiversaciones o abusos que dañen al autor). Los derechos mencionados son inalienables, pero se transmiten por causa de muerte (salvo lo indicado en relación con el anonimato) al cónyuge sobreviviente y los sucesores abintestato (esto es, los que la ley designa) del autor (Art. 15), sin indicar un plazo propio para su ejercicio. Que las obras en dominio público conserven en general sus derechos morales no debiera extrañar: se suele mencionar como ejemplo que las obras clásicas siguen siendo atribuidas a sus autores, y en general se respeta su paternidad e integridad, sin que ello se oponga en nada al uso libre e irrestricto.

La Ley 20.243 reconoció derechos morales adicionales a los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, los que se asemejan a los de paternidad e integridad que poseen en general los creadores conforme a la Ley de propiedad intelectual.

6. Publicaciones científicas

En Chile no existe ninguna regla particular que libere a la publicación científica del régimen general, es decir, se encuentran sometidas a la protección automática como cualquier otra obra. Otros países han avanzado en liberar de derechos exclusivos la producción científica, atendido el valor social de su diseminación; o con motivos de su origen, cuando ha sido financiada con fondos públicos. Tales regímenes suelen ser complementarios de las normas generales sobre derechos de autor.

7. Fotografías no originales

La ley chilena protege obras originales, pero no hace una diferenciación para las fotos. Cualquier obra que se distinga de las de su categoría recibe la protección

legal. Como antecedente, el proyecto de Ley que dio origen a la Ley 17.336 el año 70 (en su artículo 35) excluía de los derechos del fotógrafo las realizadas en virtud de un contrato de trabajo; las reproducciones fotográficas de pinturas, esculturas, grabados y otras obras de arte análogas, de dominio público o privados; y las fotografías puramente documentales. Luego, su tramitación en el Senado determinó que el texto se redujera a su extensión actual; que no excluye obras específicas²⁵, ni ofrece otro parámetro que la cuestión subjetiva y de hecho que constituye la originalidad de cualquier obra.

8. Obras generadas por computadores

No hay regla especial referida a esta clase de obras en Chile. En otros países, con una tradición diferente, como es el caso del Reino Unido, les brindan un tratamiento especial, una protección de 50 años desde que se producen. Las obras generadas por computadores no son aquellas en que el computador funciona como una herramienta, como un procesador de textos o una calculadora, sino obras en que el computador, sin que medie creatividad humana, genera un resultado y define una determinada disposición. Por ejemplo, las traducciones de textos automáticas, que constituyen una forma de adaptación sin que exista creatividad humana inmediata involucrada. Para la legislación chilena, puede ser incluso discutible el carácter de obras de estos objetos, sin perjuicio que la creatividad no es fácil de medir, y seguramente en la medida que la se revele original, estará protegida a favor de la persona humana que provocó su producción, entendiendo que las máquinas, sin perjuicio de su creciente autonomía, estarían siendo operadas como herramientas.

9. Plazos especiales de protección extendida

En la historia de la legislación chilena, es muy excepcional el establecimiento de una protección especial. El más claro ejemplo es la citada disposición que otorgaba dicho beneficio al cónyuge del autor, las hijas solteras, viudas, y las casadas cuyo cónyuge sufra una imposibilidad definitiva de trabajar, y su excepcionalidad era todavía mayor dado que rigió, con efecto retroactivo, hasta el año 2010. Esto introduce un elemento significativo de incertidumbre: no basta con saber si un autor fallecido bajo la vigencia de la Ley 17.336 y hasta la Ley 20.435 ha fallecido, sino que es necesario indagar en su historia familiar.

10. Protección de las bases de datos

No existe en Chile una protección particular para las bases de datos no originales, como existe en la Unión Europea. Se las considera obras protegidas,

.....

25 HERRERA, Dina, obra citada, p. 119.

dentro de la categoría de las compilaciones, solamente cuando “por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual”, esto es, obras originales (Art.3 N° 17). El plazo de protección sería entonces 70 años desde la muerte del organizador o compilador.

II. Derechos conexos.

Los llamados derechos afines o conexos a los derechos de autor, son derechos que tienen quienes se dedican a ciertas actividades relacionadas con la creación artística, sin ser necesariamente autores. Son derechos conexos los que asisten a los artistas intérpretes o ejecutantes (Art. 66) de obras intelectuales, a los productores de fonogramas o grabaciones sonoras (Art. 68 y 70), y a los organismos de radiodifusión (Art. 69), sobre sus interpretaciones, sus fonogramas y sus emisiones, respectivamente. Los derechos conexos no afectan al contenido del derecho de autor, pero suelen estar vinculados, pues en general tienen como presupuesto la existencia de obras protegidas por este derecho y a menudo coexisten. Así, la ley señala: “Ninguna de las disposiciones de esta ley relativa a los derechos conexos podrá interpretarse en menoscabo de la protección que ella otorga a los derechos de autor” (Art. 65.) Los derechos conexos establecidos en nuestra legislación incluyen facultades de carácter patrimonial y otras de carácter moral.

Los derechos conexos, de forma paralela a los derechos de autor, tiene una historia de extensiones en los plazos de protección. Así lo hemos indicado al relatar las diferentes fases de la regulación. Esto es trascendente puesto que existirán fonogramas, interpretaciones, actuaciones y ejecuciones, y emisiones de radio y televisión, cuyos derechos expiraron en virtud de una ley anterior que fijaba un plazo más acotado. No obstante, a pesar de la extinción de esos derechos conexos, es probable que sigan existiendo derechos de autor sobre las obras interpretadas, fijadas o radiodifundidas, por lo que no habría lugar al uso libre e irrestricto de esas prestaciones

12. Efectos de los cambios legales en el dominio público.

Los derechos de autor, al intentar regular y proteger intereses dentro de las actividades creativas, se ven determinados por características de su objeto regulado, las obras intelectuales. El surgimiento de nuevas clases de obras o el dinamismo de las formas posibles de explotación comercial, unido a cambios culturales y políticos, ha supuesto que se formulen, como ya hemos expuesto, cada una cierta cantidad de años, nuevos cuerpos normativos que se hagan cargo del fenómeno de la creación y explotación económica de las obras, adecuándose a nuevos paradigmas culturales y tecnológicos.

Sucesivas soluciones normativas, plasmadas en nuevas leyes, redundan en modificaciones de los derechos que se atribuyen a los autores y titulares, y como contrapartida, las obras de libre uso que nutren el patrimonio común. Concretamente, se verifican en el tiempo ampliaciones y reducciones en la extensión de los plazos de protección exclusiva, que inciden en el paso o no de las obras al dominio público. Y como contrapartida, provocan dudas sobre la vigencia de los derechos exclusivos que, en base a leyes que han sido sustituidas, sus titulares suponen poseer.

Respecto a la retroactividad de las leyes, en Chile el artículo 9° del Código Civil consagra un principio general de irretroactividad: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Colin y Capitant, al respecto han señalado que contiene dos normas: 1) la ley dispone para el porvenir, rigiendo actos y situaciones que se produzcan en adelante; y 2) la ley nada dispone sobre los hechos que han pasado, que han realizado con anterioridad a su entrada en vigor. Es la segunda la que constituye el principio de irretroactividad²⁶.

Las principales consecuencias de dicho principio han tenido un desarrollo legislativo mediante la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes (de 7 de octubre de 1961). En lo que nos resulta pertinente, esta ley dispone en su artículo 12 que “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción prevalecerán las disposiciones de la nueva ley (...)”. Cabe señalar que el principio de irretroactividad ha quedado establecido con rango legal y no constitucional, quedando el legislador facultado para dictar determinadas normas con efectos retroactivos, salvo ciertas prohibiciones plasmadas en la Constitución Política vigente, principalmente en materia penal, y una relevante prohibición indirecta referida al derecho de propiedad, que “Nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”(Art. 19 N° 24). Entonces, la facultad del legislador de dictar normas retroactivas se encuentra, desde la entrada en rigor del texto de 1980, restringida en cuanto la derecho de dominio.

Otro aspecto reconocido es que, cuando se crean leyes con efectos retroactivos, la retroactividad debe ser explícita, si entendemos ésta como la acción de volver sobre hechos consumados, pues de lo contrario se modificaría la posición institucional del juez, que podría aplicar la ley anterior o la actual a su

.....

26 ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio *Tratado de derecho civil parte general y preliminar* Tomo I. pp. 222-223.

arbitrio. Por otro aparte, dado que la retroactividad corresponde a un efecto excepcional, debe interpretarse y aplicarse de manera estricta, conforme a sus propios términos.

En la doctrina nacional, Dina Herrera, ha abordado este tema de forma sucinta, afirmando que “se puede prestar a dudas respecto de qué plazo aplicar (...) si el plazo de cincuenta años fijado en el DL N° 345, o el plazo de treinta años y sus excepciones fijado en la ley vigente”²⁷. Aplicando la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, y en particular el citado artículo 12, la autora concluye que se mantiene para las obras anteriores a la Ley 17.336 el plazo antes vigente: “la propiedad intelectual adquirida bajo el imperio del DL N° 345 según sus normas, se conservará, pero el goce, cargas y extinción de este derecho se rigen por la Ley N° 17.336”²⁸.

Siguiendo la doctrina mayormente aceptada en los tribunales chilenos²⁹, la retroactividad se manifiesta cuando la ley nueva lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no existiría dicho efecto cuando sólo vulnera meras facultades legales o simples expectativas. Se definen como derechos adquiridos todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige. En cambio, las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva. Si la ley no es retroactiva, puede vulnerar facultades o expectativas, pero no derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona. Un primera conclusión, basándonos en esta teoría es que los derechos de autor y derechos conexos, conforme a la ley actual, constituyen derechos adquiridos para los creadores (e intérpretes o ejecutantes, según corresponda) por toda su vida. La razón es que los derechos, desde que se consagrara en el texto de 1970, nacen automáticamente, sin requisitos ni formalidad alguna, entrando en el patrimonio del autor “*ipso iure*”, por el solo ministerio de la ley. Diferente era

.....

27 HERRERA SIERPE, Dina Derechos de autor *Ley N° 17.336* primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1988. p.58-59. El respectivo acápite permanece idéntico en la segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1999. p.61.

28 HERRERA, D., obra citada.

29 ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Op Cit. p 227.

el caso bajo el régimen del Decreto Ley N° 345, que exigía un acto del hombre: la inscripción en el registro correspondiente; o bajo la pionera Ley de Propiedad Literaria de 1834 en que el acto requerido era el depósito de ejemplares en la Biblioteca Pública; si el autor bajo esos sistemas no cumplía con el requisito correspondiente, la protección era para él una mera expectativa, susceptible de ser afectada por los cambios legales.

Despejado ese tema, habría que abordar la situación de aquellos que suceden al autor por causa de muerte, o han adquirido sus derechos mediante un contrato de cesión: acá, una vez que haya operado el modo de adquirir, naturalmente estaremos en presencia de derechos adquiridos, antes de ello cuentan con meras expectativas. Pero el asunto se vuelve problemático al determinar si la duración de la protección constituye un derecho adquirido para los herederos, es decir, si el plazo determinado por la ley ingresa definitivamente en el patrimonio del titular, o por el contrario la duración del derecho constituye una simple expectativa, quedando en este último caso, sometido a los cambios en la normativa. Aplicando lo comentado por Dina Herrera, debiéramos inclinarnos por estimar que la duración es un plazo extintivo, y lo tocante a la extinción de los derechos es siempre regulado por la ley posterior: le afectan los cambios legales, sea que extiendan, sea que acorten la duración. Es aplicable el plazo de la ley más reciente sobre las obras sujetas a su regulación.

Un argumento en contra de la aplicación de los cambios legales en la extensión de los derechos de los titulares una vez fallecidos los autores se podría sostener en base a la garantía del derecho de propiedad. Dado que en Chile se reconoce un derecho de propiedad sobre las cosas incorporales (como serían los derechos de autor), afectar la duración de la protección podría redundar en un eventual detrimento patrimonial (tomando como ejemplo lo ocurrido con la Ley de 1970, que redujo el plazo de 50 a 30 años) y en una privación del derecho a usar, gozar o disponer del dominio, pues el mercado otorgaría un valor económico inferior a un derecho de duración más corta. Así, el legislador se enfrentaría con la restricción constitucional. En contrapartida, este argumento no impediría a los autores beneficiarse de las extensiones de los plazos, pues no sufrirían privación de su dominio.

En relación con el principio de que los efectos retroactivos deben disponerse de manera expresa, en toda la historia de cambios legales en propiedad intelectual sólo una vez se explicitó dicho efecto: en la extensión de 1972, que beneficiaba a la viuda e hijas solteras, viudas o casadas cuyo cónyuge estuviera afectado por una imposibilidad definitiva para todo tipo de trabajo. En consecuencia, las extensiones en los plazos salvo el caso mencionado se aplican, desde la entrada en vigor de las leyes, sin modificar (beneficiando o perjudicando) los plazos de los titulares que ya hayan adquirido por causa de muerte o cesión.

Otra interpretación factible y diferente consiste en sostener que el sistema de derechos de autor no se constituye solo de derechos privados, sino que existen relevantes intereses públicos y derechos fundamentales en juego. Dado que los textos constitucionales, sin excepción, reconocen el carácter temporal de los derechos, y los regulan en disposiciones distintas de la que aborda el derecho de propiedad, dada su diversa naturaleza jurídica, y considerando que el patrimonio cultural común es el destino ineludible de todas las obras conforme a una ley especial (a diferencia de los derechos reales), los derechos de los herederos nunca entran definitivamente en su patrimonio, y no constituyen realmente derechos adquiridos, sino beneficios que dependen de normas políticas y administrativas. Siendo así, las modificaciones legales afectarían siempre a los titulares, incluso si restringieren sus beneficios pecuniarios.

Aplicando una teoría distinta, la sostenida por Paul Roubier, la situación jurídica del titular, consistente en beneficiarse del monopolio de explotación temporal de una obra en virtud de la Ley, es sorprendida y afectada por una nueva ley, encontrándose en vías de su extinción, configurando así el efecto retroactivo. Pero este no es sino la excepción, y al no expresarse dicho efecto, se aplica la regla general, el efecto inmediato, que asegura la unidad de la legislación. Debemos añadir que la fuente de los derechos del titular, una vez fallecido el autor no es el contrato, sino directamente la Ley por lo que las situaciones existentes no se pueden sustraer al cambio legal (no se aplica la intangibilidad propia de los contratos)³⁰.

En síntesis, el asunto de la extensión del plazo y sus efectos sobre el dominio público resulta complejo y discutible. Nos inclinamos, para los propósitos de este trabajo, por afirmar que (al menos) las extensiones afectan la situación de los titulares derivados (herederos o cesionarios) mientras el plazo legal se encuentre por expirar. El caso particular del beneficio a favor su cónyuge y de hijas viudas, solteras de o casadas con cónyuges afectados por una imposibilidad definitiva para trabajar sí tuvo efecto retroactivo por mandato expreso de la Ley de 1972, y dicho beneficio se mantiene para todos aquellos casos en que la hipótesis de hecho establecida en la ley se configuró antes del 4 de mayo de 2010.

13. El dominio público oneroso

Esta institución resultaba ajena a la historia normativa chilena, hasta la década de los 70 en el siglo XX. Fue en el marco del interés por adaptarse a las tendencias internacionales en materia de derechos de autor, que parte de la doctrina sugiere, en un afán modernizador, modificar el principio del libre uso, estableciendo que el Estado tendría derecho a cobrar por la difusión de las obras

.....

30 Ibíd. p230.

en dominio público los fondos, en la medida que dichos ingresos se destinen al fomento de los intereses culturales del país y que se tomen precauciones para evitar un excesivo cobro³¹.

Fue finalmente la ley 17.336 la que en el año 70 incorporó el dominio público pagante³² u oneroso, a través de una remisión al futuro reglamento para establecer dicho pago: “El Reglamento establecerá el monto de los derechos que deberán pagar quienes utilicen obras pertenecientes al patrimonio cultural común” (Art. II inciso final del texto original). Dicho reglamento, plasmado el Decreto 1.122 del Ministerio de Educación del 17 de mayo de 1971, dispuso como condiciones para el uso de obras del patrimonio común, pagar el 1% del precio de venta al público, descontados los impuestos, de los ejemplares que se publiquen; y en el caso de las obras que se sujeten a las normas establecidas para el Contrato de Representación: pagar a los actores el 10% del valor de las entradas y el 15% del mismo el día del estreno; y en radiodifusión o televisación de un espectáculo, el 55 de lo cobrado por publicidad, y si no hubiera, el 10% de lo que reciba el empresario por emitir el programa. Estas disposiciones fueron expresamente derogadas. En la ley esto se produjo con la reforma de 17/9/1992 (Ley N° 19.166), mientras que el reglamento, por ser norma inferior experimentó una “derogación tácita” que se volvió expresa el 28 de octubre de 2013, cuando el Decreto 277 del Ministerio de Educación modificó el reglamento, y que entró en vigencia de acuerdo a sus normas transitorias el día 28 de diciembre del mismo año.

La eliminación de la institución del dominio público oneroso incide en el acceso, pues se legaliza el uso sin restricciones, incluyendo la creación de nuevas obras derivadas. Conceptualmente no influye en el dominio público estructural, ya que las obras pasan a dominio público con independencia del uso que se les dé, pero si situáramos dentro de un flujo de las obras desde el uso exclusivo

.....
31 LIRA CRISTI, Hernán *Nuevas orientaciones en el orden moral económico y penal en el derecho de autor*. Memoria para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago 1968.

32 Según consta en la historia de la Ley 17.336, la institución del “dominio público pagante” tuvo origen en una indicación del Senador Fuentealba durante la tramitación legislativa. Consiste éste en la fijación de un derecho, cuyo monto señalará el Reglamento de la Ley, por la utilización de las obras pertenecientes al patrimonio público común, de cargo de los utilizadores y que de acuerdo con el proyecto se destinará a la formación de un “Fondo Universitario de las Artes”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE *Historia de la Ley 17.336 Ley de Propiedad Intelectual Artículo II Obras que pertenecen al patrimonio cultural común*. [en línea] Santiago, Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3876/1/HLI7336ArtII.pdf>> [consulta: 1 mayo de 2014] p. II.

hacia el uso irrestricto al las obras “por pagar” como un estado o paso previo al dominio público “pleno” (en que se han cumplido todos los requisitos), entonces sí se torna relevante.

14. Influencia de la nacionalidad del autor, de la obra y los tratados internacionales.

En materia de derechos de autor los tratados internacionales poseen un gran protagonismo, porque la vocación universal de las obras y su ubicuidad han determinado desde hace muchos años que la protección brindada por un Estado a sus nacionales por sí sola no resulte suficiente. Los tratados pueden clasificarse en convenios bilaterales de reciprocidad y tratados multilaterales, entre los segundos se destaca el Convenio de Berna de 9/9/1886. En ausencia de tratados cada país aplica las normas de derecho internacional privado incluidas en sus leyes.

En Chile (artículo 2º de la Ley 17.336) están amparados los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión 1) chilenos, 2) extranjeros domiciliados en Chile 2) extranjeros no domiciliados en Chile: se sujetan a la protección reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique (y los apátridas o de nacionalidad indeterminada son considerados nacionales del país de su domicilio). La redacción de la disposición que regula el tema no es particularmente clara en lo que respecta a los chilenos que vivan en el extranjero. Podría interpretarse que la ley no distingue, otorgando protección a todos los chilenos³³; o bien podría entenderse que la solución es aplicarles la misma disposición que rige a los extranjeros domiciliados en Chile, vale decir, atender a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile; o, por otra parte, una tercera alternativa es aplicarles el principio usado para los autores de nacionalidad indeterminada, considerando entre otros aspectos que el país donde se domicilia sería el encargado de proteger sus derechos por ser el principal beneficiado con el aporte cultural que sus obras representan³⁴.

.....

33 Así podría deducirse del comentario que realiza Dina HERRERA, obra citada, p.28. parágrafo 46; no obstante, en la misma obra, la autora pasa a exponer un criterio diferente, según el cual se rige por las convenciones internacionales, obra citada, p.30, parágrafo 49.

34 Esta interpretación es la sostenida por DEL CAMPO, Paulina *Evolución del derecho de autor*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción 2003 P.118.

Es una regla basada en un punto de vinculación personal: considera al autor y no a la obra. También en Chile se aplica la regla del trato nacional: aplicación de la ley nacional a las obras extranjeras (sin embargo se suele excluir algunos aspectos como la duración del derecho cuando es mayor que el país de origen de la obra, ver Convenio de Berna –Acta de París, 1971, Art. 7 parágrafo 8, y Convención Universal Art. IV, 4)

La regla incorpora la condición de reciprocidad³⁵, en su versión de reciprocidad diplomática³⁶: la ley remite a los tratados suscritos y ratificados por Chile. Es estricta, en el sentido que el goce de derechos por parte del extranjero depende de la existencia de un tratado, no bastando con que el país del extranjero reconozca los derechos a los autores chilenos³⁷.

En Chile rige el principio de trato nacional, característico del acuerdo ADPIC (Art.3), conforme al cual se protegen las obras intelectuales de los autores extranjeros con la misma rigurosidad con que protege a los chilenos (a reserva de ciertas excepciones). Sin embargo, para efectos de determinar si una obra de un autor extranjero está protegida o no en Chile se atiende al principio de reciprocidad. Para que el autor extranjero sea protegido por el mismo plazo que el autor nacional, es necesario que las obras de esos autores extranjeros tengan su origen en un país que haya firmado el Convenio de Berna, que es el tratado internacional más importante en materia de derecho de autor. Pero, además, es necesario que en dicho país de origen la protección esté aún vigente; en otros

.....

35 La regla de reciprocidad tiene su antecedente en la normativa de Francia, que guiada por los ideales ilustrados y universalistas de la Revolución, confería su protección a todos los hombres. La reciprocidad surgió como una desilusión, como un desengaño, como un paso atrás en el conector universalista de la revolución, o como una alternativa más pragmática adoptada por otros países: “devolver bien por bien”. En Francia luego se incorporó la retorsión, que consiste en la facultad de decretar la suspensión de la aplicación del derecho extranjero.

36 En contrapartida, la reciprocidad material requiere que la ley extranjera otorgue protección básicamente equivalente a los nacionales del país. Alemania, Colombia, Perú y Venezuela siguen ese criterio. La anterior normativa chilena, el Decreto Ley N° 345 de 1925 establecía en cierta forma el principio de la reciprocidad material en su artículo 5° (permitía el registro de producciones extranjeras “siempre que en su país de origen se otorgue a los chilenos el mismo privilegio”).

37 LIPSYC, Delia, obra citada, p. 596, nota al pie N° 13.

términos, si la obra está en dominio público en su país de origen, también lo estará en Chile, aún cuando el plazo de protección previsto en nuestra ley no haya vencido aún.

En consecuencia, si en Chile se aplica un plazo de protección de setenta años para las obras de los autores nacionales, el mismo plazo debe aplicarse para las obras de autores extranjeros que estén protegidas por el Convenio de Berna y cuyas legislaciones de origen aún les provean protección. En contrapartida, si se trata de autores extranjeros cuyas obras no tienen origen en un país parte del Convenio de Berna o bien en su país de origen la obra ya ingreso al dominio público, las obras se encuentran en el dominio público en Chile, también³⁸.

Las normas de derecho internacional que regulan los derechos de autor en Chile³⁹, relevantes para la aplicación de los principios de reciprocidad y trato nacional, son: el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) desde 1975; el Acuerdo de París desde 1991; el Convenio de Berna desde 1970; el Tratado de Roma desde 1974; el Acuerdo sobre Fonogramas desde 1977; el Acuerdo de Nairobi desde 1983; Tratado sobre el Registro Internacional de obras audiovisual (FRT) desde 1993; Tratado OMPI sobre los derechos de autor (TODA/WCT) desde 2002 y Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF/WPPT) desde 2002. Aplicando la norma del artículo 2 de la Ley 17.336 será necesario verificar si el país extranjero forma parte de dichos acuerdos, administrado por la OMPI⁴⁰ o la OMC⁴¹, y qué términos.

15. Obras huérfanas

Como se ha descrito, la Ley 17.336 contempla entre sus reglas básicas la protección automática de las obras que opera desde su creación (Art. I). Una «obra huérfana» puede ser definida como una obra protegida por derechos de autor cuyo titular no puede ser identificado o localizado por alguien que quiera hacer uso de la obra de una manera que requiera consentimiento del titular de los derechos.

.....
38 CERDA, Alberto y LARA, J. Carlos, obra citada, pp. 47-48.

39 ROFFE, Pedro, obra citada, p.147.

40 La organización ofrece un listado pormenorizado de los Tratados que administra y quiénes los han suscrito. <<http://www.wipo.int/treaties/es/>> [consulta: 10 mayo de 2014]

41 La organización ofrece un listado de quiénes los han suscrito sus tratados <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm> [consulta: 10 mayo de 2014]

En la práctica existe un problema de acceso y distribución de las obras obra de cualquier tipo, musical o narrativa, que está todavía bajo el monopolio del derecho de autor, pero cuyos titulares de derechos son desconocidos o imposibles de encontrar. Frente a esta problemática se han adoptado en el ámbito comparado diferentes alternativas de acción, que van desde la búsqueda de los titulares o derechohabientes, hasta la introducción de cambios en la legislación. Señala Severine Dusoiller que “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).”⁴² En la legislación chilena actual no existe una solución efectiva que resuelva el problema⁴³.

16. Cómputo de plazos de protección

La Ley 17.336, al igual que las que la precedieron, no establece una norma especial sobre el cómputo de plazos, por lo que se le aplican las normas supletorias del Código Civil (Art. 48). Conforme a ellas, los plazos de años deben ser completos y correrán hasta la medianoche del último día del plazo, pudiendo ser de 365 o 366 días. El primero y último día de un plazo de años deberán tener un mismo número en los respectivos meses, si el mes en que ha de comenzar un plazo de años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Los plazos contenidos en la ley de propiedad intelectual se ajustan a estas normas, contándose en general desde el día en que se produce el hecho que da inicio al plazo de protección: la muerte del autor o último coautor, o la publi-

.....

42 DUSOLLIER, Séverine. Op cit. p. 11

43 Curiosamente, la ley chilena incluye una norma similar a algunas soluciones propuestas para el problema de las obras huérfanas: la explotación con remuneración en caso de aparecer el titular. Pero en Chile, eso es solo posible respecto de obras literarias de autor desconocido, surgiendo una obligación de pago en caso de aparecer ese autor (Art. 53).

cación de ciertas obras⁴⁴. Se exceptúan dos plazos correspondientes a derechos conexos, correspondientes a fonogramas e interpretaciones y emisiones de radiodifusión, que se cuentan desde el 31 de diciembre, del año en que fueron fijadas, o desde el año en que tuvo lugar la transmisión, respectivamente. Se exceptúa asimismo a las obras inéditas anónimas o seudónimas y las obras inéditas computacionales de titularidad corporativa, en que el plazo se cuenta desde el 31 de diciembre del año en que fueron creadas.

17. Resumen

Del examen de los aspectos legales básicos, más la revisión de aquellos aspectos problemáticos identificados en esfuerzos similares de delimitación del dominio público en el extranjero, podemos listar categorías de obras, identificar los derechos vigentes, y la duración de los mismos, descontando las variables introducidas por los cambios legislativos. En el Cuadro 3 se resumen tales puntos.

.....

44 Por esta razón, no es del todo preciso considerar como “día del dominio público” al primer día del año, como ocurre en otros países: la fecha de caducidad de los derechos de autor recaerá en el día del año en que se cumpla el plazo respectivo.

Cuadro 3:
Resumen de la duración de la protección⁴⁵ según el texto vigente
de la Ley 17.336

Tipo de obra	Titular de derechos	Duración de la protección
Obra literaria, científica, artística	Originariamente, es siempre la persona natural del autor (Art.7)	70 años contados desde la fecha del fallecimiento del autor (Art.10)
Obras derivadas de otras con protección vigente	Quien hace la adaptación, traducción, transformación de la obra originaria protegida con autorización del titular original (Art.9)	70 años contados desde la fecha del fallecimiento del creador de la obra derivada (Art.9)
Obras derivadas de otras en dominio público	El adaptador, traductor o transformador (Art.9)	70 años desde la fecha del fallecimiento del titular de la obra derivada, pero no podrá oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para hacer versiones diferentes (Art.9)
Obras colectivas (producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre)	<p>En antologías, crestomatías y compilaciones análogas el titular es el organizador, previo consentimiento de los titulares de las obras utilizadas (Art. 24 letra a).</p> <p>En enciclopedias, diccionarios y otras compilaciones análogas, hechas por encargo del organizador, será el organizador titular sobre la compilación y los aportes individuales (Art. 24 letra b)</p>	70 años contados desde la fecha del fallecimiento del organizador (como creador de una obra derivada) (Art.9)
Obras en colaboración (producida por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados)	Todos los coautores	70 años contados desde la muerte del último coautor. Cuando un coautor fallece sin dejar sucesión, sus derechos acrecerán a los otros (Art. 12)

.....

45 Esta sección adaptamos el esquema desarrollado por BUSANICHE, Beatriz *Breve guía hacia el dominio público en Argentina*. [en línea] Buenos Aires, Argentina. < <http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2010/07/guia.dominio.publico.pdf> > [consulta: 20 marzo de 2014] p.6.

<p>Obras cuya titularidad corresponde a personas jurídicas</p>	<p>Las personas jurídicas por regla general no son autores, sino titulares derivados. La ley las señala expresamente como posibles titulares como organizador en obras colectivas (Art. 5 letra c), como productor de fonogramas (Art. 5 letra k), como empleadores en el caso de los programas de computador (Art. 8), y como personas jurídicas estatales susceptibles de ser titulares (Art.88)</p>	<p>70 años contados desde la fecha de fallecimiento del autor (Art.10) y, tratándose de un programa computacional 70 años a contar desde la primera publicación.</p>
<p>Obras anónimas</p>	<p>La persona natural del autor</p>	<p>70 años a contar desde la primera publicación. Si el autor se da a conocer, se aplica la regla general. (Art.13)</p>
<p>Obras seudónimas</p>	<p>La persona natural del autor, que se oculta bajo un seudónimo que no lo identifica (Art. 5 letra e), es decir, que no haya sido inscrito (Art. 8)</p>	<p>70 años a contar desde la primera publicación. Si el autor se da a conocer, se aplica la regla general. (Art.13)</p>
<p>Interpretación musical o actuación artística</p>	<p>Sobre los derechos conexos: artistas, intérpretes o ejecutantes sobre su ejecución</p>	<p>Obras publicadas: 70 años desde la publicación de las interpretaciones o ejecuciones para los artistas, intérpretes y ejecutantes</p> <p>Obras No publicadas dentro de los 50 años desde su fijación; 70 años desde el final del año civil en que fue fijada.</p> <p>Obras No fijadas: 70 años desde su realización. (Art.70)</p> <p>No gozarán de la protección de la ley las publicadas en Chile antes del 2/10/70 si no fueron inscritas en los 180 días posteriores a esa fecha. (Art. 109)</p>

Fonogramas	Sobre los derechos conexos: productores de los fonogramas	<p>70 años contados desde el 31/12 del año de publicación de los fonogramas</p> <p>Obras No publicadas dentro de los 50 años desde su fijación; 70 años desde el final del año civil en que fue fijada.</p> <p>No gozarán de la protección de la ley las publicadas en Chile antes del 2/10/70 si no fueron inscritas en los 180 días posteriores a esa fecha. (Art. 109)</p>
Emisiones y reproducciones por organismo de radiodifusión televisión	Sobre los derechos conexos: los organismos de radiodifusión o de televisión (Art. 69)	<p>50 años contados desde el 31 de diciembre del año de la transmisión (Art. 70)</p> <p>No gozarán de la protección de la ley las publicadas en Chile antes del 2/10/70 si no fueron inscritas en los 180 días posteriores a esa fecha. (Art. 109)</p>
Fotografía	El fotógrafo. Cuando hayan sido realizadas en virtud de un contrato, el titular será quien haya encargado la obra (Art.34). Cuando hayan sido tomadas dentro de una prestación de servicios con una empresa periódica o agencia de noticias, éstas tendrán el derecho a publicarlas (sólo por una vez, si las vinculaba un contrato de trabajo; sin esta limitación si no existió vínculo laboral y fue sólo contrato de servicios o 'freelance')	70 años contados desde la fecha del fallecimiento del fotógrafo (Art.10)

<p>Obra cinematográfica</p>	<p>La ley entrega el derecho de autor al productor (Art. 25); la persona, natural o jurídica, que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizarla (Art.26). El contrato entre los autores y el productor importa cesión de derechos (Art. 29)</p> <p>Tienen la legalidad de autores la o las personas naturales que realicen la creación intelectual de la misma se presumen coautores: los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guión, de la música especialmente compuesta y el director (Art.27). Algunos podrán utilizar por separado sus respectivas contribuciones (Art. 31)</p>	<p>70 años contados desde la muerte del último coautor. Cuando un coautor fallece sin dejar sucesión, sus derechos acrecerán a los otros (Art. 12)</p>
<p>Programas computacionales</p>	<p>Personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en desempeño de sus funciones laborales, los hubieren producido. Cuando se hagan por encargo: se reputarán cedidos los derechos a quién los encargó. (Art. 8)</p>	<p>70 años a contar desde la primera publicación (Art.10)</p>
<p>Obras expropiadas</p>	<p>El destinatario que la ley indique, o en su defecto, pertenecen al patrimonio cultural común (Art. II letra e)</p>	<p>70 años a contar desde la muerte del autor si se indica destinatario; de lo contrario, dominio público=uso libre</p>
<p>Obras de autor desconocido</p>	<p>Pertenecen al patrimonio cultural común (Art.II letra b)</p>	<p>Dominio público= Uso libre.</p>
<p>Obras folclóricas</p>	<p>Pertenecen al patrimonio cultural común (Art.II letra b)</p>	<p>Dominio público= Uso libre.</p>

V. Preguntas para la elaboración de un diagrama de flujo sobre dominio público

Para la elaboración de un diagrama de flujo, intentamos seguir el modelo genérico de los esfuerzos similares en Europa, considerando que nuestra legislación histórica y actual se emparenta con la tradición europea continental. Hemos revisado modelos distintos, particularmente los confeccionados por autores estadounidenses, que tanto por las preguntas como por la estructura aparecen como una alternativa más pragmática, pero que se beneficia de las características del derecho anglosajón que difieren del chileno o continental europeo, sin perjuicio de lo cual valoramos su lenguaje más accesible y su concreción⁴⁶. Sobre la base de la información que hemos organizado en las secciones precedentes de este trabajo podemos elaborar una estructura que organice, a través de preguntas y respuestas simples, una clasificación de las obras basada en categorías legales que nos lleve a determinar cuándo y por qué la obra pase al dominio público.

Generar un diagrama evidentemente obliga a una simplificación, y a excluir ciertas consideraciones. Conviene entonces tener presente que “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”⁴⁷. El diagrama supone que el usuario ya ha descartado los objetos que no pueden ser obras protegidas (las ideas no materializadas, los meros hechos, las fórmulas matemáticas, etc.) pese a que se los incluya en el dominio público estructural como “procomún” esencial.

El diagrama de flujo no ofrece respuestas ni refleja los problemas referidos a la titularidad, como es el caso de las obras huérfanas, la determinación ciertas

.....

46 Por ejemplo, pudimos revisar el trabajo de CORNELL COPYRIGHT INFORMATION CENTER [en línea] <<http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>>[-consulta: 30 de mayo de 2014]; SUNSTEIN KANN MURPHY & TIMBERS [en línea] <<http://sunsteinlaw.com/practices/copyright-portfolio-development/copyright-pointers/copyright-flowchart>>[consulta: 30 de mayo de 2014] y los “*checklists*” contenidos en la obra de FISHMAN, Stephen, *The public domain: how to find & use copyright-free writings, musi, art, & more*. Tercera Edición. Berkley CA, Nolo, 2006.

47 DUSOLLIER, Séverine, obra citada,p.65.

obras artísticas complejas donde los aportes son distintos e inseparables, o las fotografías, cuando ha habido múltiples transferencias de ellas, sin que conste claramente cuál vale como cesión de derechos. La ley chilena contiene varias presunciones de titularidad (empresa empleadora titular de los programas de computador; productor titular de la obra cinematográfica; quien en carga una foto titular de la fotografía; el órgano público titular de las obras creadas por sus dependientes, etcétera), cuya riqueza y complejidad no es debidamente recogida en los esquemas.

Dicho esto, haciendo el modelo de plazos de vencimiento más abstracto⁴⁸ y básico, podríamos decir que se deben estructurar de acuerdo a los pasos que se señalan a continuación.

I. Información básica

1) Verificación del tipo de obra: hay categorías de obras con plazos especiales. ¿En cuál categoría cae la obra examinada?

- a) literaria, artística y científica
- b) actuación artística o interpretación musical c) fonograma d) emisión de radio o televisión e) programa de computador

[Dentro de la categoría “a” se incluye Literaria / Fotografía / Bases de datos/ Arquitectura/Pinturas/ Mapas y otras.]

2) Verificación de información de autor

- * Desconocido/ Conocido (identificado)/ Anónimo o pseudónimo
- * Persona natural/Persona jurídica
- * Nacionalidad del autor

3) Verificación de información de la obra

- * País de origen de la obra
- * Individual/ colaboración (coautores)/ colectivo (compilación-proyecto organizado)

.....

48 RAMÍREZ ORDOÑEZ, David *Diseño de calculadora de dominio público para las obras literarias colombianas*. Trabajo de grado como requisito para optar al título de Profesional en Ciencia de la Información Bibliotecólogo. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 2011. P.37.

4) Verificación del suceso que da inicio al conteo del plazo de protección

- * Publicada/Inédita (se rige por las mismas normas para pasar a dominio público; importa en los programas de computación y para contar el plazo en las obras anónimas); Autor vivo (todos tienen derechos salvo renuncia)/autor muerto; año de fallecimiento.

5) Verificación del cumplimiento del plazo de protección

2. Información detallada

Luego de captar aspectos básicos sobre la obra respecto de la que averiguamos su estado legal, vamos incorporando preguntas vinculadas con categorías de obras específicas. Se trata de preguntas que tienen la limitación de una respuesta cerrada, es decir, tienen carácter de dicotómicas. Si bien esta forma de preguntas no es necesariamente la usada en los diagramas de los países europeos, la preferimos por su simplicidad y relativa certeza para el usuario del diagrama de flujo. De cada respuesta, el diagrama entregará un camino distinto hacia la determinación de la obra como protegida o como de dominio público.

I.- **Obras literarias, artísticas, científicas:** escritos, obras cinematográficas, fotografías, etc.

¿Tiene un autor identificado?

Si tiene autor identificado ¿es chileno? Si no lo es ¿tiene domicilio en Chile? (el apátrida se considera nacional del país de su domicilio) Si no lo tiene ¿el país de origen del autor ha suscrito los acuerdos internacionales? Si es chileno o extranjero domiciliado en Chile (que recibe trato nacional) ¿el autor es una o varias personas? Si son varias ¿existió un organizador? Si no existió organizador, sino se trata de una coautoría ¿Han fallecido todos los coautores? Si todos han fallecido ¿han transcurrido 70 años después de la muerte del último coautor?; Si fuera una obra individual, o una colaboración con organizador ¿el autor u organizador ha fallecido? Si no fuera el caso que murió ¿ha renunciado a la protección legal? Si es el caso que falleció ¿han transcurrido 70 años desde el momento de su muerte? Si no fuera el caso ¿ha fallecido el autor antes del 16 de septiembre de 1962? Si es el caso que murió antes de esa fecha ¿Viven hoy el cónyuge o hijas (solteras, viudas o casadas con persona impedida de trabajar) beneficiados desde antes de 2010 con la extensión especial del plazo hasta el momento de su muerte?

Si no tiene autor identificado ¿es el autor indeterminado, imposible de determinar? (casi de las leyendas y las obras del folklore) Si no es indeterminado, y

es un autor anónimo o seudónimo ¿fue la obra publicada? Si fue publicada ¿han transcurrido 70 años después de la publicación?

II.- Programas de Computación: muy parecido al de la generalidad de las obras, a excepción de un plazo especial cuando sean desarrollados bajo contrato de trabajo con persona jurídica como empleador. Podrían llegar a fusionarse ambos esquemas.

¿Tiene un autor identificado?

Si tiene autor identificado ¿es chileno? Si no lo es ¿tiene domicilio en Chile? (el apátrida se considera nacional del país de su domicilio) Si no lo tiene ¿el país de origen del autor ha suscrito los acuerdos internacionales? Si es chileno o extranjero domiciliado en Chile (que recibe trato nacional) ¿Es el autor dependiente de otro, para quien realiza funciones laborales? Sí es así ¿es el empleador una persona jurídica?; ¿Es el autor es una o varias personas? Si son varias ¿existió un organizador? Si no existió organizador, sino se trata de una coautoría ¿Han fallecido todos los coautores? Si todos han fallecido ¿han transcurrido 70 años después de la muerte del último coautor?; Si fuera una obra individual, o una colaboración con organizador ¿el autor u organizador ha fallecido? Si no fuera el caso que murió ¿ha renunciado a la protección legal? Si es el caso que falleció ¿han transcurrido 70 años desde el momento de su muerte? Si no fuera el caso ¿ha fallecido el autor antes del 16 de septiembre de 1962? Si es el caso que murió antes de esa fecha ¿Viven hoy el cónyuge o hijas (solteras, viudas o casadas con persona impedida de trabajar) beneficiados desde antes de 2010 con la extensión especial del plazo hasta el momento de su muerte?

Si no tiene autor identificado ¿es el autor indeterminado, imposible de determinar? (casi de las leyendas y las obras del folklore) Si no es indeterminado, y es un autor anónimo o seudónimo ¿fue la obra publicada? Si fue publicada ¿han transcurrido 70 años después de la publicación?

III.- Para fonogramas

¿Fue publicado?

Si lo fue ¿han transcurrido más de 70 años desde el 31/12 del año de la publicación? Si no han transcurrido ¿fue el fonograma publicado antes del 2 de octubre de 1970? Si fue así ¿fue inscrita antes de expirar el plazo de 180 días a contar de dicha fecha? Si fue inscrita ¿Tuvo lugar la fijación antes de 31 de diciembre de 1961? Si el fonograma no fue publicado ¿han transcurrido 50 años desde su fijación? Si fue así ¿Han transcurrido 70 años desde el 31/12 del año en que se efectuó la fijación? Si no han transcurrido ¿Tuvo lugar la fijación antes del 31 de diciembre de 1961?

IV.- Para actuaciones e interpretaciones musicales

¿La actuación fue publicada?

Si fue publicada ¿han transcurrido 70 años desde su publicación? Si no han transcurrido ¿Fue publicada antes del 2/10/1970? Si lo fue ¿fue inscrita antes de expirar el plazo de 180 días a contar de dicha fecha?

Si la actuación no fue publicada ¿fue fijada en algún soporte? Si lo fue ¿han transcurrido 50 años desde su fijación? Si lo fue ¿han pasado 70 años contados desde el 31/12 del año de la fijación?; Si la actuación no fue fijada en algún soporte ¿han transcurrido 70 años desde su realización?

En todo caso ¿Fueron efectuados los pagos ordenados por la Ley 20.243 de 5 de febrero de 2008, a saber, los derechos correspondientes a los actores o intérpretes?

*es necesario aclarar que la ausencia de protección a los productores musicales no obsta a que pudiesen derechos de autor vigentes sobre la obra musical.

V.- Para emisiones de radio y TV

¿Han transcurrido 50 años desde el 31/12 del año de la transmisión? Si no han transcurrido ¿se realizó en Chile la transmisión anterior al 2/10/1970? Si es el caso que fue anterior así ¿fue inscrita antes de expirar el plazo de 180 días a contar de dicha fecha? Si es el caso ¿Tuvo lugar la emisión antes del 16 de septiembre de 1962?

VI. Conclusiones

El dominio público es una institución cuya importancia ha sido soslayada de muchas formas. El esfuerzo descriptivo y de organización de información que ha constituido este trabajo puede ser un avance modesto pero necesario en la dirección contraria, en el sentido de entregar tanto mayores elementos de juicio como herramientas adicionales para hacerlos aplicables en la práctica. La normativa que hemos revisado y ordenado presenta varios problemas e inconsistencias. Si bien desde los textos más antiguos, de jerarquía constitucional, otorgan un nominal tratamiento distinto a la propiedad intelectual, dada su naturaleza jurídica particular y el carácter de los derechos (incluyendo la limitación temporal), los desarrollos legales reiteradamente le han otorgado un tratamiento residual y difuso. Los sucesivos cambios introducidos a través del tiempo, numerosos e importantes, no han reconocido ni cuidado las consecuencias que se producen, las dificultades o impedimentos prácticos pueden generar para quien desea o necesita acceder al patrimonio común con libertad, sin el riesgo de una acción judicial en contra.

La influencia omnipresente de los desarrollos del sistema internacional en el derecho interno ha crecido de manera sostenida, moldeando la regulación, a tal punto que podríamos reconocer que cambios se han adoptado de manera irreflexiva, sin ponderar adecuadamente los intereses y derechos en juego. En concreto, parece afectarse así el derecho a acceder al conocimiento: se aumenta la protección, pero nada se señala sobre las obras huérfanas, la investigación científica y documentos oficiales, entre muchos otros componentes del dominio público en el ámbito comparado que acá no tienen cabida. Al mismo tiempo, se altera la certeza respecto del estado legal de las obras.

Preocupa que mientras la Constitución vigente ha sido modificada para revalorizar la libertad de crear y difundir el conocimiento, en equilibrio con los derechos de los autores y titulares, la legislación no refleja ese balance. La normativa, en general, no facilita el acceso a las riquezas culturales comunes, y está lejos de hacerse cargo de los problemas e inconsistencias de los cambios a través del tiempo, teniendo que acudir a respuestas que fueron desarrolladas pensando en otras instituciones (derecho de propiedad, derechos reales y efecto retroactivo en las leyes).

La doctrina nacional en su gran mayoría ha pasado por alto el análisis detallado del dominio público y los problemas que su configuración en la ley actual genera. No se han reconocido los efectos prácticos negativos que la dogmática debiera advertir se producen cuando operan cambios normativos trascendentes, como la extensión de los plazos de derechos exclusivos o la creación de nuevas facul-

tades a favor de los titulares de derechos. Tampoco encontramos desarrollos críticos que aborden desde una perspectiva sistémica si la configuración actual del dominio público es coherente con su definición de riqueza de información libre de barreras de acceso o de reutilización usualmente asociada a la protección de la propiedad intelectual. La falta de estos desarrollos científicos es una deuda con la colectividad y es una de las dificultades que experimentamos al abordar este trabajo. Esa carencia redundante en la ausencia de una perspectiva que desde la interpretación permita resolver algunas de las dudas que plantea el sistema de derechos de autor frente a las obras de dominio público.

En este contexto de vaivén normativo y carencia de elaboración doctrinaria sobre puntos conflictivos, se realza la necesidad de contar con herramientas operativas para acercar a la realidad la idea de un universo de obras de libre utilización. Muchos de los problemas del dominio público no aparecerán reflejados en un instrumento sencillo como el que intentamos construir, pero en el esfuerzo por desarrollar y ofrecer esta herramienta, junto con las limitaciones encontradas, podría ayudar a fijar las coordenadas de lo que falta por resolver y de lo que es necesario corregir, para el beneficio común.

Bibliografía

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. **Tratado de derecho civil parte general y preliminar** Tomo I séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2009.

Angelopoulos, Christina y Zeinstra, Maarten. **Public Domain Calculators at European** <http://www.kennisland.nl/filter/opinies/public-domain-calculators-at-europeana>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. **Historia de la Ley 17.336 Ley de Propiedad Intelectual Artículo II Obras que pertenecen al patrimonio cultural común.** [en línea] Santiago, Chile . <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3876/1/HLI7336ArtII.pdf>> [consulta: 1 mayo de 2014]

Busaniche, Beatriz. **Breve guía hacia el dominio público en Argentina.** [en línea] Buenos Aires, Argentina. <<http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2010/07/guia.dominio.publico.pdf>> [consulta: 20 marzo de 2014]

Cerda, Alberto y Lara, J. Carlos. **Guías Legales: Editores.** Santiago, ONG Derechos Digitales, 2011. .

Cruz, Gonzalo. **Algo sobre propiedad literaria** Imprenta Barcelona Santiago 1907

Del Campo, Paulina. **Evolución del derecho de autor.** Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción., 2003.

Dusollier, Séverine. **Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público** Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP) OMPI. Ginebra, 2011

Herrera Sierpe, Dina. **Derechos de autor Ley N° 17.336** Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1988.

Larraguibel Zabala, Santiago **Derecho de autor y propiedad industrial: Nuevas disposiciones constitucionales.** Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

León Urrutia, Rodrigo. "Determinación de la ley aplicable a derecho de autor en el Convenio de Berna". En: Morales Andrade, Marcos Temas actuales de propiedad intelectual. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavala. Santiago, Lexis Nexis, 2006.

Lira Cristi, Hernán. Nuevas orientaciones en el orden moral económico y penal en el derecho de autor. Memoria para optar a grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, 1968.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Guía del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París, 1971) Ginebra, 1978.

Ramírez Ordoñez, David. Diseño de calculadora de dominio público para las obras literarias colombianas. Trabajo de grado como requisito para optar al título de Profesional en Ciencia de la Información Bibliotecólogo. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. 2011.

Ruiz Gallardo, Claudio. "Hacia una dogmática para el acceso en Chile". En: Cerda Silva, Alberto Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Santiago, ONG Derechos Digitales, 2008.

Schmitz, Christian. Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. En: Revista Chilena de Derecho, vol.36 N°2.

Zuloaga Villalón, Antonio. Derecho industrial y agrícola explicaciones de clases revisadas por el profesor. Editorial Nascimento Santiago 1943.

- I La Ley 17.336 comenzó a regir 180 días después de su publicación, que ocurrió el 2 de octubre de 1970.