

Digitalización del Dominio Público

Regulaciones y propuestas en relación al dominio público digital.

Trabajo final

Beatriz Busaniche¹

Octubre de 2011

Seminario de Cultura, Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual. Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina.

La existencia de un dominio público rico y diverso es indispensable para la diversidad cultural y la libertad de expresión. La actual disponibilidad de tecnologías que permiten digitalizar obras en dominio público y ponerlas al alcance de la ciudadanía a través de sitios web especializados como Wikimedia Commons o los mismos sitios web de los museos y archivos que los custodian inaugura una serie de oportunidades nunca antes posible, pero pone sobre la mesa una larga serie de nuevos cuestionamientos que requieren análisis y debate.

Con el correr de los años y la expansión de las posibilidades tecnológicas de digitalización, la existencia de una definición clara del dominio público cobra relevancia. Los cambios tecnológicos ocurridos en los últimos años ofrecen un potencial único para la utilización de las obras en dominio público y su puesta a disposición pública en sitios web al alcance de quienes están conectados a la red. Gracias a la digitalización, hoy podemos ver los manuscritos del Mar Muerto² en nuestras casas sin importar donde vivamos, o recorrer las galerías de los grandes museos del mundo y observar con gran detalle las obras de artistas relevantes de la cultura de la humanidad³. En muchos de estos casos, la digitalización queda en manos de las mismas instituciones culturales que albergan las obras, en otras se realizan acuerdos con grandes empresas que disponen de la capacidad tecnológica como Google. En otros, son los mismos ciudadanos interesados en las obras y en la difusión de la cultura los que realizan la tarea de digitalización y puesta en común, tal como ocurre en los proyectos voluntarios y abiertos de Wikimedia tales como Commons⁴.

Este trabajo se propone abordar la problemática inaugurada a partir de la digitalización de obras culturales en dominio público, definir qué es y cuál es la importancia del dominio público, explorar las bases regulatorias del dominio público y la posibilidad de re-construirlo a través de sistemas regulatorios privados, entender el rol de las instituciones culturales tradicionales y las nuevas instituciones emergentes ante estos desafíos, junto con un análisis de casos que ponen de manifiesto las tensiones existentes. Ante este panorama, es importante revisar también la situación en Argentina y presentar lineamientos básicos de una propuesta de política pública que apunte a defender el dominio público digital frente a los nuevos procesos de cercamiento de estos bienes

1 Este trabajo se distribuye bajo una licencia Creative Commons, Atribución, Compartir Obras Derivadas Igual de Argentina. Para más información visite http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.es_AR

2 Los manuscritos del Mar Muerto están disponibles en <http://dss.collections.imj.org.il/> El Copyright sobre el sitio pertenece al Museo de Israel.

3 Vale como ejemplo Google Art Project <http://www.googleartproject.com/>

4 Wikimedia Commons es el repositorio de archivos audiovisuales de la Fundación Wikimedia.

comunes⁵.

De qué hablamos cuando hablamos de dominio público

Existen numerosas definiciones y hasta confusiones abiertas en relación al concepto de dominio público. Ya en 1990, en su clásico artículo “The public domain”, Jessica Litman indicó que pese a que el dominio público está implícito en todo debate sobre la propiedad intelectual, rara vez llega a estar en el centro de la escena (Litman, 1990). Algunos autores como David Bollier⁶, Elinor Ostrom, Charlotte Hess, James Boyle o la misma Jessica Litman asimilan también el concepto de dominio público al concepto de “commons”. En este sentido, Boyle expresa su preocupación ante los nuevos procesos de cercamiento de los *bienes comunes* (Boyle, 2008).

A la hora de conceptualizar el dominio público, la literatura más profusa tiende a asimilarlo al concepto de Dominio Público del sistema de los EEUU, es decir, del marco del Copyright. La primera aclaración que corresponde hacer es que el sistema de derecho continental tiene algunas diferencias en relación a la definición de Dominio Público, en particular por la inclusión de los derechos morales en el marco jurídico del derecho de autor⁷. Más, aún con las diferencias sustantivas que puede haber en los diferentes sistemas jurídicos, es claro que el Dominio Público está enmarcado, limitado y constituido a partir de las leyes de propiedad intelectual. Pamela Samuelson define el dominio público como una “esfera en la cual los contenidos están libres de derechos de propiedad intelectual”, aunque reconoce la existencia de algunas zonas grises en la materia, en particular en áreas donde legalmente una obra está en dominio público pero no disponible en absoluto o incluso obras que por una u otra razón los tribunales han tratado como si estuvieran en dominio público pero no disponibles con cualquier propósito⁸. En sentido estricto, las obras que se encuentran en dominio público son, como mínimo, **aquellas cuyos derechos de propiedad intelectual han prescrito en una determinada jurisdicción**⁹. Sin embargo, también es posible encontrar obras en dominio público donadas por sus autores¹⁰ u obras producidas por alguna agencia gubernamental¹¹.

Es claro que el dominio público se define a partir de las limitaciones legales establecidas en el marco de la propiedad intelectual, donde la complejidad legal y la diversidad jurídica vigente tornan cada vez más compleja una definición estática del dominio público.

Una primera delimitación indica que las obras en dominio público son aquellas cuyos derechos exclusivos están prescriptos. Aunque existen diferentes sistemas legales y plazos vigentes, en líneas generales los acuerdos internacionales han fijado una serie de estándares mínimos tales como 20 años de monopolio de patentes y 50 años a partir de la muerte del autor para el derecho de autor según el marco global establecido en el Acuerdo de los ADPIC de la OMC¹². Una segunda

5 En los términos de Boyle, James “The Public Domain. Enclosing the commons of the mind” (2008)

6 Bollier, David “Why we must talk about information commons” (2004) Disponible en http://www.community-wealth.org/_pdfs/articles-publications/commons/article-bollier.pdf (visitado el 16 de octubre de 2011).

7 Dobusch, Leonard “The Digital Public Domain: Relevance and regulation” Freie Universität Berlin. (2011).

8 Samuelson, Pamela “Mapping the Digital Public Doman” Duke Law University <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?66+Law+&+Contemp.+Probs.+147+%28WinterSpring+2003%29#H1N1> (2003) (visitado el 16 de octubre de 2011).

9 Dado que las leyes de propiedad intelectual son de carácter nacional, la vigencia de los derechos de autor y las patentes varía en función de la territorialidad y por lo tanto, una obra puede haber entrado al dominio público en una jurisdicción y no en otra.

10 Esta opción presenta zonas grises, ya que en algunos países las leyes de derechos de autor impiden la renuncia de algunos derechos, tales como por ejemplo, los derechos morales.

11 En los EEUU por ejemplo, todas las obras producidas por el gobierno federal pasan directamente al dominio público.

12 El acuerdo ADPIC es un acuerdo de mínimo, por lo tanto, es posible que muchos países otorguen mayores plazos de protección sobre patentes y derechos de autor. En Argentina, por ejemplo, el sistema actual contempla 70 años

delimitación tiene que ver con aquellos hechos, datos, informaciones que no son apropiables de manera privada bajo ninguno de estos sistemas de propiedad intelectual ya sea porque se trata de ideas¹³¹⁴, hechos, noticias¹⁵ datos¹⁶, en el caso del copyright, o tecnologías que no cumplen con los requisitos de patentabilidad en el caso de las patentes¹⁷.

La compleja distinción entre las ideas y sus expresiones también es inherente a la existencia del dominio público, siendo imprescindible mantener las ideas en condiciones de libre circulación. “La ley de propiedad intelectual protege sólo la forma, el modo de expresión, y deja dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad, concepto que ha sido expresado doctrinariamente al afirmarse: las ideas consideradas en si misma no son obras y son de uso libre”¹⁸ (Emery, 2009). Otorgar monopolios a las ideas tendría impactos negativos en materia de libertad de expresión, ya que limitaría el debate público y la libre circulación de información.

En definitiva, cuando hablamos de conocimiento en dominio público hablamos de obras disponibles libremente ya sea porque prescribieron sus derechos exclusivos o porque sus condiciones no las hicieron apropiables. En todos los casos, se trata de una definición estrechamente ligada a las condiciones regulatorias de la propiedad intelectual y por lo tanto, de un concepto intimamente ligado con esta. Toda extensión en duración, amplitud y alcance en materia de propiedad intelectual condiciona la amplitud, el alcance y la disponibilidad de obras en el dominio público.

Es importante advertir que la plena disponibilidad pública de una obra no implica que la misma se encuentre en dominio público. La enorme cantidad de conocimiento publicado y distribuido actualmente por la web, incluyendo una notable cantidad de material audiovisual y literario, puede generar confusión en tanto muchas de estas obras están disponibles en infinidad de sitios para el acceso público. Sin embargo, esto no significa que las obras estén en dominio público legalmente. Esta salvedad es particularmente importante cuando tratamos con proyectos de cultura libre como el repositorio Wikimedia Commons, donde las condiciones de legalidad de cada archivo son estrictas¹⁹.

La relevancia del dominio público

Existe una gran diversidad de razones por las cuales la preservación del dominio público es importante. En primer lugar, buena parte de las doctrinas que justifican la existencia de la propiedad

posmortem para el derecho de autor.

13 Landes y Posner “The Economic Structure of Intellectual Property Law” Harvard University Press (2003)

14 El sistema de Copyright y Derecho de Autor sólo alcanza a las expresiones de ideas, y no las ideas en si mismas, que se mantienen en el dominio público.

15 La Convención de Berna indica que “La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.” Véase http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html (visitado el 17 de octubre de 2011).

16 En los EEUU, una simple compilación de datos no tiene copyright. Sin embargo, la Unión Europea, en su directiva Nro. 96/9/EC introdujo una protección sui generis a los datos contenidos en bases de datos. La Compilación de datos en dominio público, las bases de datos como tales también están comprendidas bajo el sistema de Copyright (En argentina fueron incluidas en la Ley 11723 a partir de 1998).

17 Para que una invención sea patentable debe pasar las evaluaciones de novedad, altura inventiva y aplicación industrial.

18 Refiere en este caso a la Ley 11723 vigente en Argentina. Cláusulas similares se encuentran en otras leyes, incluyendo la ley de copyright de los EEUU.

19 Para ilustrar esta problemática legal podemos citar el caso de la denominada *libertad de panorama*: obras bajo copyright dispuestas en el espacio público que no pueden ser fotografiadas, pese a lo cual infinidad de personas e instituciones reproducen las imágenes sin pedir permiso, prácticamente como si las obras estuvieran efectivamente en dominio público. Si la obra no lo está, y si las leyes locales no incluyen la excepción de libertad de panorama, Wikimedia Commons tiene la política de dar de baja esas imágenes. Que una obra esté en espacio público no significa que esté legalmente en dominio público.

intelectual lo hacen pensando en la contrapartida que estas leyes tendrán, es decir, el crecimiento y enriquecimiento del dominio público. Teóricos como Boyle (2008), Lessig (2004) o Netanel (1996) entienden las leyes de propiedad intelectual en un sentido asociado al bien público, es decir, como incentivos para la producción de más y mejores obras que en definitiva contribuyan a nutrir el dominio público. La denominada cláusula de progreso que los padres fundadores de los EEUU incluyeron en el texto constitucional está pensada desde esta misma perspectiva, promover las artes y las ciencias útiles²⁰. La perspectiva utilitarista de la propiedad intelectual tiene como prioridad esta tendencia, ya sea vista desde un ángulo netamente económico – al establecer incentivos a la creatividad –, como desde una línea más bien orientada al bien público y social, –pensando en la independencia y autonomía de los autores (Netanel, 1996)- pensada como herramientas de promoción de la libertad de expresión y la diversidad cultural más allá de las meras implicancias económicas. Sea cual sea la razón²¹, la meta final es el enriquecimiento del dominio público como aspecto fundamental para las sociedades democráticas²². Todos los trabajos de autor, aún los más originales, incluyen partes de trabajos de otros, es imposible establecer los límites del trabajo de un autor en el contexto de su trabajo y en la práctica es imposible separarlo de los elementos que lo precedieron. Es por esto que el dominio público no debe ser visto como un cúmulo de material desprotegido, sino como la fuente de la cual pueden abreviar los nuevos autores, ya que el moderno sistema de autoría es inviable sin la existencia del dominio público (Litman, 1990).

Si nos remitimos a aspectos estrictamente económicos, la existencia del dominio público es condición necesaria para la innovación y el avance de la técnica. Teóricos de la innovación, como el mismo Schumpeter asumen la trascendencia de la copia, la imitación y la mejora incremental para el desarrollo, la competencia y la innovación. Sin un dominio público rico, diverso y disponible, pocos desarrollos científico-técnicos serían posibles.

La recuperación del concepto de Dominio Público, o como bien afirma Boyle²³, la necesidad de construir un movimiento de defensa del dominio público tal como en su momento surgió el movimiento de defensa del medio ambiente, tiene que ver con el hecho de que el creciente fortalecimiento de los sistemas de propiedad intelectual ocurrido a lo largo de las últimas décadas²⁴ pone en riesgo la riqueza y diversidad del Dominio Público en un momento en el cual su aprovechamiento mediante las nuevas tecnologías puede ser más fructífero que nunca.

Queda claro que la preservación del dominio público no sólo es materia de conservación de las obras en tanto objetos culturales, sino que también tiene un rol importante la regulación legal que las enmarca y las posibilidades de reproducirlas y acceder a ellas.

20 “The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;” Constitución de los EEUU. Artículo 1 sección 8

21 Para ampliar los conceptos vinculados a las teorías que dan origen a la propiedad intelectual, véase Fisher, William (2004) Theories on Intellectual Property. Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html> (visitado el 17 de octubre de 2011).

22 Netanel, Neil Weinstock “Copyright and a Democratic Civil Society” 106 Yale Law Journal 283 (1996) Disponible en <http://www.history.ox.ac.uk/ecohist/readings/ip/netanel.htm> (visitado el 17 de octubre de 2011).

23 Boyle, James “Public Domain” (2008) p. 230

24 La expansión de los sistemas de propiedad intelectual se ha consolidado a partir de la década del 80. Desde entonces se han concedido patentes sobre algoritmos matemáticos y elementos de la naturaleza como genes y microorganismos, se han extendido los plazos de monopolio de derecho de autor y conexos, se han creado nuevos derechos como los sistemas sui generis de bases de datos y se han penalizado prácticas como la elusión de medidas técnicas de protección o la ingeniería inversa en algunos casos. Todo esto en un marco de globalización creciente a partir de los acuerdos internacionales como ADPIC pero no sólo eso, sino también con los Tratados de Libre Comercio y los Acuerdos Bilaterales de Inversión que incluyen cláusulas ADPIC Plus.

La dimensión regulatoria

Entendemos hasta el momento que la definición de Dominio Público parte de una dimensión regulatoria que tiene, al menos tres aspectos a considerar (Dobush, 2011):

- **La dimensión temporal:** La duración de los monopolios de propiedad intelectual tiene directo impacto en la definición del dominio público. Las extensiones de los monopolios, tales como la “Copyright Term Extension Act”²⁵, la extensión del monopolio de Fonogramas y derechos de intérpretes de la Unión Europea en 2011²⁶, o la extensión en materia de fonogramas e intérpretes producida en Argentina en 2009²⁷ son claros ejemplos de que la extensión de los monopolios de copyright y derecho de autor contribuye a detener el crecimiento y en muchos casos a reducir el dominio público cuando las extensiones se realizan con retroactividad como en el caso argentino, devolviendo al dominio privado obras que ya habían ingresado al dominio público²⁸.
- **La dimensión territorial:** Esta dimensión tiene que ver con las diferentes jurisdicciones donde se definen y aplican las regulaciones. En este sentido, si bien la mayoría de los países son suscriptores del Acuerdo de Berna sobre obras literarias y artísticas y, a sabiendas de que los Acuerdos de la OMC en materia de propiedad intelectual fijan estándares mínimos, la dificultad se presenta luego en las implementaciones nacionales de estas normativas, ya que nada impide a un país otorgar mayores plazos de protección. La digitalización y puesta en línea de materiales en dominio público se complejiza a partir de dimensión porque salvo que se apliquen medidas técnicas de restricción territorial de acceso²⁹, la puesta en línea de obras trasciende las fronteras de una jurisdicción.
- **El alcance:** En materia de propiedad intelectual, la inclusión de nuevos derechos siempre constituye una merma para el dominio público. Dos casos sirven como ejemplo para esta problemática. El primero es la existencia de sistemas técnicos de protección anti-copia y la penalización de su elusión³⁰, el segundo es la inclusión de nuevos derechos tales como los derechos *sui generis* sobre compilaciones de datos incluidos en la Directiva Europea 96/9/EC del 11 de marzo de 1996 sobre protección legal de bases de datos³¹.

Es particularmente interesante analizar cómo los tres aspectos regulatorios tienen impacto directo en la disponibilidad de obras el Dominio Público, en particular, considerando que en todos los casos la tendencia es expansiva en materia de monopolios y recesiva en materia de acceso. A lo largo de los años, la tendencia se ha mantenido firme en el sentido de ampliar temporalmente y en alcance los derechos de propiedad intelectual mientras que en el aspecto territorial, la sucesiva

25 También conocida como “Mickey Mouse Protection Act” porque fue fruto del lobby de la Disney.

26 DIRECTIVE 2011/77/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:EN:PDF> (visitado el 17 de octubre de 2011).

27 En Argentina, la extensión del monopolio sobre fonogramas se realizó con escaso debate parlamentario y por un lobby de la industria fonográfica encabezado por el heredero de Mercedes Sosa, fallecida pocas semanas antes de la aprobación de la ley conocida entonces como “Ley Mercedes Sosa”.

28 Véase la campaña que diversas organizaciones civiles realizaron contra esta ley de extensión de monopolios sobre fonogramas e interpretaciones en <http://www.vialibre.org.ar/2009/11/24/organizaciones-sociales-discuten-la-extension-del-monopolio-de-fonogramas/> (visitado el 17 de octubre de 2011)

29 Es posible técnicamente filtrar el acceso a un sitio web a partir de la detección del país de origen de la dirección IP del visitante.

30 La prohibición de eludir Medidas Técnicas de Protección está incorporada en los Tratados de Internet de la OMPI (WCT y WPPT) de 1996, así como en legislaciones nacionales como la Digital Millenium Copyright Act de los EEUU.

31 Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML> (visitado el 17 de octubre de 2011).

firma de tratados de libre comercio y de tratados internacionales no ha hecho más que expandir estos avances a los diferentes países en el marco de negociaciones comerciales no necesariamente específicas a la propiedad intelectual³².

El marco regulatorio suma otro tipo de complejidades cuando abordamos las políticas culturales a nivel nacional. En países como Argentina, donde el dominio público no cumple el mismo rol que en los demás, la complejidad regulatoria suma un aspecto a considerar: el **dominio público pagante**. Esta forma excepcional de tratar el dominio público significa que, prescripto el plazo de monopolio del autor, se debe seguir pagando por la utilización de una obra toda vez que se edita un libro o un disco, se produce una película, o se interpreta y ejecuta bajo cualquiera de las formas contempladas en la ley de propiedad intelectual. El dominio público pagante fue instituido en Argentina en 1958, con la creación del Fondo Nacional de las Artes. En el cuerpo legal del dominio público pagante aparecen algunas impresiones conceptuales importantes, ya que se habla de “los derechos de autor que deben abonar las obras caídas en dominio público... “. En realidad no se trata de derechos de autor, sino que los fondos no van a los autores de las obras en cuestión ni a sus herederos, cuyos derechos están prescriptos, sino que son percibidos por una entidad estatal a través de contratos que el Fondo ha realizado con organismos recaudadores como Sadaic, Argentores y AADI-Capif³³, que se ocupan de percibir los aranceles por la utilización de las obras en dominio público. El Dominio Público Oneroso o Pagante es un gravámen sustitutivo del derecho de autor (Emery, 2009).

El rol de las instituciones GLAM³⁴

Buena parte de las obras en dominio público de las que dispone la humanidad se encuentran bajo la custodia de instituciones que de ahora en más denominaremos GLAM (Galleries, Libraries, Archives and Museums) por su sigla en inglés. Históricamente estas instituciones han almacenado, preservado, restaurado, catalogado y exhibido obras culturales, mayoritariamente en dominio público, aunque no exclusivamente. Con el advenimiento de las tecnologías digitales, estas mismas instituciones afrontan el desafío de dar pleno cumplimiento a la misión de disponibilizar públicamente las obras para que puedan ser disfrutadas por la mayor cantidad posible de personas en diferentes lugares del mundo. Sin embargo, apenas surge la posibilidad de digitalizar las obras y ponerlas a disposición pública la situación se torna compleja en términos prácticos y regulatorios.

Las preguntas que aparecen inmediatamente son, quién digitaliza, y bajo qué condiciones. En algunos casos, las instituciones mismas son las que hacen el trabajo de digitalización. En muchos casos lo hacen con la idea de usar las versiones digitalizadas en alta calidad como una unidad de negocios para conseguir fondos que les permitan mantener su tarea de conservación. En otros casos firman acuerdos con empresas de tecnología como Google, que dispone de la capacidad técnica para asegurar una digitalización de enorme calidad. También es posible que sea la propia comunidad la que se ocupe de acercarse a las instituciones y trabajar en la digitalización.

La problemática regulatoria surge justamente de la diversidad de objetivos que las instituciones se tracen en su plan de digitalización. Veamos sólo algunos ejemplos que ilustran

32 Un ejemplo de esta lógica es la reciente firma del Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Corea, que ha forzado al país asiático a modificar su ley e incorporar las cláusulas de protección sui generis de bases de datos a su normativa nacional. Lo mismo ha ocurrido con los TLC firmados por los EEUU con Centro América y República Dominicana en los que se comprometió a estos países a modificar sus leyes de Derechos de Autor para penalizar la elusión de medidas técnicas de protección y adaptarlas al estilo DMCA.

33 Sadaic, AADI Capif y Argentores son las entidades de gestión colectiva de autores musicales, intérpretes y productores de fonogramas y autores de obras dramáticas respectivamente.

34 GLAM es un acrónimo que refiere a Galleries, Libraries, Archives and Museums (Galerías, Bibliotecas, Archivos y Museos) por su sigla en Inglés. Se utiliza mayormente en proyectos de colaborativos como Wikimedia Commons y Creative Commons.

estas opciones:

- **Los manuscritos del mar muerto:** El Museo de Israel puso a disposición pública en la red la versión digitalizada de estos manuscritos milenarios, que obviamente no están cubiertos por copyright y están claramente en dominio público. Sin embargo, el Museo de Israel se atribuye el copyright sobre las versiones digitales de los manuscritos al decir: “*Copyright in the digital images of the manuscripts, created by the Israel Museum and displayed on this site, is held by the Israel Museum. Reproducing these digital images in any manner other than for research or private study requires prior permission or licensing*”³⁵.
- **Google Art Project**³⁶: Google utilizó sus tecnologías de Google Street View para capturar las obras principales de algunos destacados museos el mundo, tales como Alte Nationalgalerie, Berlin – Alemania, Freer Gallery of Art, Smithsonian, Washington DC – EEUU, The Frick Collection, NYC – EEUU, Gemäldegalerie, Berlin – Alemania, The Metropolitan Museum of Art, NYC – EEUU, MoMA, The Museum of Modern Art, NYC – EEUU, Museo Reina Sofia, Madrid – España, Museo Thyssen - Bornemisza, Madrid – España, Museum Kampa, Prague – República Checa, National Gallery, Londres, Reino Unido, Palacio de Versailles – Francia, Rijksmuseum, Amsterdam - Holanda, The State Hermitage Museum, St Petersburg – Rusia, State Tretyakov Gallery, Moscú – Rusia, Tate Britain, London – Reino Unido, Uffizi Gallery, Florencia, Italia y Van Gogh Museum, Amsterdam – Holanda. En sus términos de uso, aclara que las imágenes capturadas en alta resolución pertenecen a los museos y que pueden estar sujetas a Copyright. Google no se arroga derechos sobre las imágenes, a pesar de que indica que el uso del sitio se realiza bajo los términos de uso de Google.
- **Wiki Loves Art**³⁷ y **Programas GLAM de Wikimedia Commons**. Estos proyectos no son llevados adelante por las instituciones GLAM en si mismas ni por ninguna empresa, sino por usuarios de internet, especialmente por parte de voluntarios de Wikimedia y los proyectos Wiki. Se trata de proyectos basados en cooperaciones abiertas con algunas instituciones como los Archivos Federales de Alemania³⁸, el Palacio de Versailles en Francia³⁹, o el Museo Británico en el Reino Unido⁴⁰. En todos estos casos, las obras en dominio público permanecen en dominio público o bajo licencias libres y la curaduría de la digitalización y su puesta en línea es realizada por voluntarios de proyectos comunitarios, sin fines de lucro, cuyo objetivo es disponibilizar públicamente la información en dominio público. La visión detrás de estos proyectos está resumida en el slogan que caracteriza a las iniciativas de la Fundación Wikimedia: “**Imagina un mundo** en el que cada ser humano tiene la posibilidad de acceder a la suma de todo el conocimiento. Ese es nuestro

35 La sección de términos de uso indica que: *Website, text, and photos* © The Israel Museum, Jerusalem, 2011 All rights reserved. No part of this website may be downloaded, copied, or reproduced in any form, analog or digital, without the permission of the Israel Museum, Jerusalem, with the exception of single copies for research or private study. Copyright in the digital images of the manuscripts, created by the Israel Museum and displayed on this site, is held by the Israel Museum. Reproducing these digital images in any manner other than for research or private study requires prior permission or licensing. http://dss.collections.imj.org.il/terms_pg (visitado el 17 de octubre de 2011).

36 <http://www.googleartproject.com/> (visitado el 18 de octubre de 2011)

37 Véase los proyectos Wiki Loves Art disponibles en Wikipedia http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Wikipedia_Loves_Art

38 Véase <http://commons.wikimedia.org/wiki/Commons:Bundesarchiv/es> (visitado el 17 de octubre de 2011)

39 Imágenes de la cooperación de Wikimedia Francia con el Palacio de Versailles http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:All_images_from_the_partnership_with_the_Ch%C3%A2teau_de_Versailles

40 Proyecto GLAM con un wikipedista residente en el Museo Británico de Londres, Reino Unido. <http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:GLAM/BM> (visitado el 17 de octubre de 2011).

compromiso”⁴¹.

- **National Portrait Gallery v. Wikimedia Foundation**⁴²: El caso de la National Portrait Gallery contra la Fundación Wikimedia tuvo lugar en 2009, cuando abogados de esa sala de arte británico enviaron una notificación legal a la Fundación Wikimedia por el uso de reproducciones fotográficas de retratos en dominio público en el repositorio audiovisual Wikimedia Commons. La intimación especificaba que, pese a que los retratos efectivamente eran lo suficientemente antiguos como para haber pasado al dominio público, las reproducciones digitales de alta calidad subidas a Commons eran trabajos nuevos y calificaban como trabajos bajo copyright debido al esfuerzo considerable que habían requerido. Además, alegaron que la acción de descargar las imágenes del sitio web de la NPG y subirlas a Commons constituía una violación de los derechos sobre bases de datos⁴³ y los derechos de Copyright sobre las mismas. A esto se sumaba la denuncia de que para obtener las imágenes fue necesario eludir las medidas técnicas de protección usadas para restringir la copia de las imágenes en alta calidad⁴⁴. La NPG se manifestó particularmente perjudicada por la publicación libre de las imágenes al explicar que había invertido una cuantiosa suma de dinero en la tarea y que esperaba recuperar esa inversión mediante la comercialización de licencias de uso de las mismas. Vale mencionar que la acción legal de la NPG se enfocó en el wikipedista voluntario Derrick Coetzee⁴⁵, encargado de publicar las tres mil imágenes conflictivas en Commons y no en la Fundación Wikimedia.

El caso de la National Portrait Gallery trajo al debate la pregunta sobre si es posible reclamar copyright sobre reproducciones de obras en dominio público. La jurisprudencia en los EEUU es contraria a esta tesis sostenida por la NPG. En 1999, en el caso *Bridgeman Art Library v. Corel Corp*, la Corte de Distrito estableció que “*una fotografía que no es más que una mera copia de una obra tan exactamente como la ciencia y la tecnología lo permite, carece de toda originalidad*”. Como consecuencia de este caso, las fotografías de obras en dominio público no generan nuevo copyright en los EEUU. Sin embargo, la legislación es diferente en Inglaterra, donde la NPG pretendía llevar el caso. El dilema legal que se abre entonces tiene que ver con la cuestión jurisdiccional, ya que tanto la Fundación Wikimedia, como el repositorio y el wikipedista involucrado residen en los EEUU.⁴⁶

Frente a la diversidad de opciones, queda claro que el futuro del dominio público digital depende en buena medida de las intenciones y la voluntad de las partes involucradas, ya que la constitución o no de nuevos derechos a partir de obras en dominio público es una zona gris y compleja.

Las iniciativas de regulación privadas

“Estamos en medio de la era del cercamiento de nuestro entorno informacional” dice Yochai Benkler en su ensayo de 1999 titulado “Free as the Air to Commons Use: First Amendment constraints on enclosure of the Public Domain”⁴⁷. En el mismo sentido, Boyle advierte sobre la

41 Véase <http://wikimediafoundation.org/wiki/Portada> (visitado el 17 de octubre de 2011).

42 http://en.wikipedia.org/wiki/National_Portrait_Gallery_and_Wikimedia_Foundation_copyright_dispute

43 En referencia a los derechos sui generis mencionados más arriba.

44 Nótese que aunque las obras están en dominio público, la acusación es por violación de derechos *sui generis* sobre bases de datos y por elusión de medidas técnicas de protección.

45 La defensa legal de Coetzee fue asumida por la organización Electronic Frontier Foundation.

46 Guadamuz, Andrés, (Lider legal de Creative Commons en Costa Rica) sobre el caso NPG v. Wikimedia Commons en <http://www.technollama.co.uk/national-portrait-gallery-copyright-row>

47 Benkler, Yochai “Free as the Air to Commons Use: First Amendment constraints on enclosure of the Public Domain” (1999) Disponible en <http://www.benkler.org/Free%20as%20the%20Air.pdf> (visitado el 17 de octubre de 2011).

necesidad de construir un ambientalismo para el dominio público. La preocupación es clara: la creciente expansión de los derechos de propiedad intelectual tiene directas consecuencias sobre el dominio público y la necesidad de actuar contra este movimiento de cercamiento es creciente. Lo cierto es que la sociedad está tomando decisiones que restringen la libre circulación de la información y las ideas justo en el momento en que la disponibilidad de tecnologías habilitan una difusión y aprovechamiento como nunca antes fue posible. Así es cómo en las últimas décadas, y en paralelo al movimiento de cercamiento del dominio público, han surgido iniciativas para contrarrestar estas tendencias. Este tipo de iniciativas también suman complejidad al debate.

En la década del 80, una vez definido que los programas de computadora serían amparados por las leyes de Copyright, y frente al creciente modelo de negocios del *software privativo*⁴⁸, surgió lo que se conoció luego como el movimiento de Software Libre, bajo el amparo de la Free Software Foundation (FSF) y con las ideas de Richard M. Stallman como fundamento. El movimiento de software libre fue uno de los primeros en buscar una alternativa regulatoria de iniciativa privada al problema del “enclosure” (cercamiento). La estrategia ante el movimiento de cercamiento en el campo del software fue la constitución de un corpus de licencias de uso privado, una forma de ejercer el derecho atribuido a los autores y derechohabientes por las leyes de Copyright, que implica la puesta en libertad de las obras, bajo condiciones que, si bien no constituyen dominio público en sentido estricto, se le parecen bastante. La única restricción que sumó Stallman al juego de licencias libres promovidas por la Free Software Foundation, fue lo que se denomina la cláusula “copyleft”, es decir, la que restringe a otros la capacidad de restringir los usos del programa⁴⁹. La solución legal establecida por la FSF resultó lo suficientemente exitosa como para permitir la construcción de un edificio completo de software libre, disponible públicamente, que habilita hoy a la utilización de computadoras bajo condiciones de libertad. Además, constituyó un modelo a seguir por otras iniciativas preocupadas por las mismas amenazas de cercamiento pero especializadas en otros campos.

Creative Commons, la iniciativa fundada por Lawrence Lessig, adoptó un modelo similar al del Software Libre para establecer un sistema de licencias de uso privado para obras bajo copyright que no fueran software⁵⁰. La propuesta de Creative Commons es sustancialmente más compleja que la de la Free Software Foundation en varios sentidos. El primero es que, al tratarse de obras que no son software, entran en juego otras variables propias del derecho de autor como los derechos a la integridad de la obra y la paternidad incluidos dentro del marco de los derechos morales. El set de licencias de Creative Commons es una forma de estandarización que permite combinar permisos de diferentes modos: requerir atribución, permitir o no los usos comerciales, permitir o no las obras derivadas, o establecer o no una cláusula copyleft en la denominada licencia “compartir obras derivadas igual” o “share alike” en inglés. A esta complejidad se suma la decisión política de Creative Commons de adaptar las licencias a las jurisdicciones nacionales, por lo que existen localizaciones de las licencias en los países donde existen filiales de Creative Commons⁵¹. Por otro lado, además de las distintas localizaciones y las diversas posibilidades de combinación de licencias, existen versiones distintas entre sí, como la 1.0, la 2.0, la 2.5, la 3.0 y actualmente se discute la necesidad o no de elaborar una licencia global que sería la versión 4.0⁵².

48 El software privativo se define por contraposición al software libre, como aquellos programas de cómputo que restringen de algún modo las libertades de usar, estudiar, modificar, compartir y redistribuir las versiones mejoradas de un programa de cómputo.

49 La cláusula copyleft indica que toda obra que ha sido recibida de manera libre, debe ser redistribuida bajo las mismas condiciones, es decir, libre. Las obras derivadas de una obra copyleft, a su vez, deben llevar la misma licencia libre.

50 Véase <http://creativecommons.org/>

51 A la fecha existen 71 jurisdicciones activas de Creative Commons en el mundo. Véase http://wiki.creativecommons.org/CC_Affiliate_Network (visitado el 18 de octubre de 2011)

52 <http://opensource.com/government/11/10/creative-commons-40-horizon>

No pretendemos aquí hacer una evaluación de las licencias de software libre ni del set de opciones disponibles en Creative Commons, sino sólo mostrar que las estrategias regulatorias privadas también implican numerosas complejidades y en algunos casos hasta una sumatoria de problemas cuando se trata de velar por la preservación y enriquecimiento del dominio público.

Estas licencias se basan en el sistema de copyright, por lo que es necesario contar con los derechos sobre las obras para poder aplicarles este marco de licencias. Es importante mencionar que son muy útiles a la hora de liberar materiales que de otro modo estarían restringidos. Sirven además para la construcción de obra colaborativa, tal como la enciclopedia libre Wikipedia, que nació en 2001 con una licencia de Documentación Libre de la Free Software Foundation y adoptó en 2009 una licencia Creative Commons Atribución, Compartir obras derivadas igual (CC By SA), es decir, una licencia de tipo Copyleft. Sin embargo, en el caso del dominio público, el uso de estas licencias se monta sobre la constitución de nuevos derechos sobre las reproducciones de las obras y en definitiva contribuyen a incrementar la complejidad en el acceso y disfrute de las obras en dominio público.

En algunos casos, Creative Commons cuenta con una licencia de devolución al dominio público de las obras que aún no tienen el plazo de prescripción de los derechos. Esta es una de las posibilidades de la licencia CC0 que prácticamente devuelve las obras al dominio público, liberando la obra de todos los derechos que la ley local habilite⁵³.

En definitiva es claro que estos sistemas de licencias no solucionan los problemas de fondo que plantea la creciente expansión de los derechos de propiedad intelectual sino que aparecen como estrategias emergentes de la sociedad civil ante el avance de monopolios que parecen no tener límites. Las obras distribuidas bajo estos sistemas no contribuyen a nutrir el dominio público, aunque contribuyen en mucho a la difusión de la cultura y la democratización de la producción y el acceso.

Si lo que queremos es efectivamente habilitar y promover un movimiento de defensa y preservación del dominio público, más allá de estas soluciones de corte privado, es indispensable pensar y debatir estrategias de políticas públicas tanto nacionales como globales.

Políticas públicas en defensa del Dominio Público

Siguiendo con la metáfora medioambiental propuesta por Boyle, quizás la primera medida a establecer en materia de políticas públicas sea una suerte de **principio precautorio en defensa del dominio público**, que así como en el campo de la salud y el medioambiente establece que, ante la falta de evidencia científica sobre la inocuidad de un producto o una medida que pueda entrañar un peligro al medioambiente o la salud humana, se suspenda toda innovación y aplicación de la misma⁵⁴. Sería deseable que toda modificación en materia de leyes de propiedad intelectual tendiente a extender los sistemas monopólicos ya sea en alcance como en duración sea analizada a la luz de los objetivos originarios del sistema, es decir, el bien público, el fomento de las artes y las ciencias, la ampliación del dominio público, entre otros objetivos. En este sentido, un principio precautorio tendría en cuenta que las medidas a adoptar no afecten el dominio público, no restrinjan

53 CC0 dice: “The person who associated a work with this deed has **dedicated** the work to the public domain by waiving all of his or her rights to the work worldwide under copyright law, including all related and neighboring rights, to the extent allowed by law. You can copy, modify, distribute and perform the work, even for commercial purposes, all without asking permission” Para ver más información sobre esta licencia visite <http://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>

54 Existe numerosa literatura sobre el principio precautorio en medio ambiente. Por ejemplo, podemos citar los lineamientos de la Unión Europea en materia de defensa del consumidor. Véase http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_es.htm

el acceso a la cultura y no pongan en riesgo la libre circulación de información.

Luego, si entendemos que el dominio público requiere preservación, promoción y cuidado, identificar cuáles son las legislaciones que lo restringen y adoptar paulatinamente un plan de acción con miras a restaurar las políticas de acceso público, libre y gratuito a las obras en dominio público. En Argentina, una estrategia como esta debería comenzar con una propuesta de abolición del carácter oneroso o pagante del dominio público.

Diversas instituciones a nivel global han comenzado a plantear estrategias, directrices, recomendaciones y planes de políticas públicas tendientes a fortalecer y revigorizar el dominio público. La Coalición de Parlamentarios Verdes en Europa presentó en septiembre de 2011 un documento con sus visiones sobre los temas de Copyright en la era digital, donde los 57 parlamentarios de la coalición proponen entre otras cosas reducir la duración del copyright de manera drástica, declarar ilegales los sistemas técnicos de control de copia, en particular, aquellos que impidan el libre acceso a obras en dominio público, y legalizar el intercambio de archivos en redes de pares a través de la extensión del derecho de copia privada⁵⁵.

Communia, la Red Temática Europea para el Dominio Público Digital⁵⁶, elaboró una serie de recomendaciones que contemplan entre otras cosas la reducción de la duración del copyright, la suspensión de todas las propuestas de expansión de los derechos de copyright actualmente en debate, la ampliación y armonización de las limitaciones y excepciones al copyright y la apertura de una lista exhaustiva de excepciones, la promoción de un sistema que permita identificar las obras en dominio público de manera simple y sencilla para el público, a través de la simplificación de todo el sistema vigente, la conservación en dominio público de todas las reproducciones digitales de obras en dominio público, la ilegalización de todo intento de apropiación inapropiada, la protección del dominio público frente a los efectos del uso de medidas técnicas de “protección”⁵⁷, el otorgamiento de copyright pleno sólo a aquellas obras que han sido efectivamente registradas por sus autores, un sistema de garantías para velar por el acceso pleno a obras huérfanas, un sistema de excepciones que permita a las instituciones culturales utilizar licencias obligatorias para disponibilizar las obras aún bajo copyright en sus sitios web para usos no comerciales, la disponibilidad en la web de todo proyecto de digitalización realizado con fondos públicos, y el establecimiento de un fuerte sistema de limitaciones y excepciones al copyright que asegure el acceso a todas las obras bajo copyright para fines educativos y de investigación sin limitación alguna, incluyendo usos fuera del sistema formal de educación. Communia también recomienda que la directiva europea de acceso a la información se amplíe a las organizaciones culturales financiadas con fondos públicos para que disponibilicen toda la información que administran de manera libre y para su reutilización pública. Además, se recomienda explorar otros modelos de promoción de la cultura, incluyendo sistemas de recompensa, pagos voluntarios o gravámenes de diferente naturaleza para fomentar la cultura. Estas recomendaciones emergentes de organizaciones de la sociedad civil no sólo son propuestas factibles de políticas públicas generales, sino que en muchos casos son aplicables caso por caso por las propias instituciones culturales involucradas.

En relación a la duración del Derecho, Landes y Posner, en su clásico estudio sobre “The Economic Structure of Intellectual Property Law”, plantean los problemas de la duración del copyright y los aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de definir esta variable. En ese sentido, uno de los problemas centrales identificados por los autores es la imposibilidad de identificar a los titulares de derechos cuando han pasado largos años desde la publicación de la

55 El documento publicado por los parlamentarios europeos verdes está disponible en <http://es.scribd.com/doc/67862207/Common-Position-on-Copyright-28sept11-EN> (visitado el 17 de octubre de 2011).

56 Véase <http://www.communia-association.org/recommendations>

57 El uso de la palabra “protección” en este contexto genera confusión, ya que más que proteger la obra, lo que logran estas medidas técnicas es restringir su circulación.

obra, problema que se agravaría si se concedieran derechos de copyright a perpetuidad⁵⁸. Sin embargo, en este marco, los autores proponen un sistema de renovación de los derechos que comiencen a regir no desde la creación de la obra sino desde la publicación o registro y que podrían ser renovados a perpetuidad, siempre que la obra sea efectivamente utilizada y contra el pago de una tasa creciente con el correr de los años. Si sólo estuvieran cubiertas bajo monopolio las obras renovadas, entonces todas las demás obras pasarían inmediatamente al dominio público. En este sistema, y ante el creciente costo de renovación, sólo serían renovadas aquellas obras que reportan a sus titulares de derechos un beneficio económico, por lo tanto, la gran mayoría de las obras pasarían al dominio público. El sistema tendría la ventaja de que sólo el sistema de registro aseguraría los derechos por lo cual no habría obras huérfanas y el dominio público se vería ampliado de manera sistemática (Landes y Posner, 2003).

Todas estas propuestas son discutibles. Todas tienen aspectos a favor y en contra. Lo que no parece ser discutible es la necesidad de repensar el sistema de monopolios de copyright y el impacto que su expansión está teniendo sobre el Dominio Público, en particular a la luz de las enormes posibilidades inauguradas a partir del acceso a tecnologías digitales.

Conclusiones

Si se establece como interés prioritario **la defensa y preservación del dominio público**, en particular a partir de las estrategias de digitalización de las obras para la **puesta a disposición pública a nivel global** de obras valiosas del patrimonio cultural, las acciones en materia de políticas públicas posibles son muchas.

Es claro que la sociedad civil está apelando a los sistemas de licenciamiento privado sencillamente porque su capacidad de incidencia en las políticas públicas es todavía muy acotada y existen demasiados intereses en pugna a la hora de plantear una política pública nueva en materia de Dominio Público y Propiedad Intelectual.

Las instituciones culturales tienen un rol central en este debate, ya que en muchos casos son ellas mismas las encargadas de decidir bajo qué condiciones distribuirán las versiones digitalizadas de las obras en dominio público y por eso son un interlocutor válido a la hora de plantear los problemas derivados de establecer nuevas restricciones tanto técnicas como legales al dominio público digital.

Los movimientos sociales vinculados al Software y la Cultura Libre son cada vez más activos a la hora de tomar posición y proponer políticas culturales y disponen de recursos y posibilidades antes inviables para la difusión de cultura digital. La posibilidad de que una institución como Wikimedia Francia realice convenios con el Palacio de Versailles para que un wikipedista residente invierta seis meses de trabajo en digitalizar y poner a disposición pública en internet los tesoros del palacio es una señal positiva.

Sin embargo, ante el avance en materia de monopolios con la inclusión de cláusulas cada vez más restrictivas en las políticas de propiedad intelectual, la falta de un debate público amplio y una definición de políticas públicas proactivas en relación a la preservación y ampliación del dominio público digital, estas iniciativas estarán acotadas a las posibilidades de individuos y comunidades de voluntarios que trabajan por la defensa del dominio público por convicción y activismo.

58 En el mismo sentido se expresó el legislador cuando en 1933 se debatió en la cámara de senadores argentina la posibilidad de otorgar derechos de propiedad intelectual perpetuos a los autores. Ese debate que ya tuvo lugar en 1933 y que se saldó a favor de establecer un tiempo limitado, sigue abierto y vigente hoy en día con las sucesivas extensiones en la duración de los derechos y la cada vez más amplia existencia de obras huérfanas, es decir, obras aún bajo propiedad intelectual pero cuyos titulares o derechohabientes son desconocidos o imposibles de ubicar para solicitar permisos.

En tanto no haya una definición clara tendiente a dar prioridad a la vigorización y preservación del dominio público, las acciones privadas, particulares y de activismo colectivo irán siempre a la saga de las nuevas restricciones que sistemáticamente se incorporan a las regulaciones globales de propiedad intelectual.

Bibliografía

Benkler, Yochai (1999): Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public domain. *New York University Law Review*, 74, 354-446.

Benkler, Yochai (2006): *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven. Yale University Press.

Bollier, David (2004): Why We Must Talk about the Information Commons. *Law Library Journal*, 96 (2), 267-282

Boyle, James (2008): *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven. Yale University Press.

Dobusch, Leonard (2011); *The Digital Public Domain: Relevance and Regulation*. Freie Universität Berlin.

Emery, Miguel Angel (2009): "Propiedad Intelectual" Editorial Astrea.

Fisher, William (2004): *Theories on Intellectual Property*. Harvard Law School. Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html>

Hess, Charlotte - Ostrom, Elinor (2003): Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource. *Law and Contemporary Problems*, 66 (1/2), 111-145.

Hess, Charlotte / Ostrom, Elinor (2007): *Understanding Knowledge as a Commons*. The MIT Press. Massachussets.

Landes, William., Posner, Richard (2003): *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press.

Lessig, Lawrence (2004): *Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York. Penguin. Versión en Español editada por LOM y Derechos Digitales de Chile. "Cultura Libre. Como los grandes medios usan la tecnología y la ley para controlar la cultura y la creatividad."

Lessig, Lawrence (2008): *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. New York. Penguin.

Litman, Jessica (1990): The Public Domain. *Emory Law Journal*, 39, 965-1023.

Netanel, Neil Weinstock "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale Law Journal* 283 (1996) Disponible en <http://www.history.ox.ac.uk/ecohist/readings/ip/netanel.htm>

Samuelson, Pamela (2003): Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. *Law and Contemporary Problems*, 66 (1/2), 147-171.