

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR,
CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CHILENO
[Origin and Evolution of Copyright, Specially Referred to the Chilean Law]

CAMILO MIROSEVIC VERDUGO*

RESUMEN

Este artículo revisa el origen del derecho de autor y su evolución histórica, tanto en Chile como en el Derecho comparado. Para ello, se aborda el surgimiento de este derecho bajo la forma de privilegios reales y su desarrollo en la vertiente anglosajona y europea continental. Posteriormente, el análisis se centra en la regulación que rigió en España y las Indias, estudiando su recepción y desarrollo por el derecho chileno, con especial énfasis en la regulación constitucional. Finalmente, el autor plantea algunos tópicos inquietantes sobre la expansión de esta garantía.

PALABRAS CLAVE: Derecho de autor – Propiedad intelectual – “Copyright” – Creaciones intelectuales – Derecho de propiedad.

ABSTRACT

This article reviews the origin of the author right, its historical evolution not only in Chile but also in compared right. To get this, it is approached the rise of this right under the form of real privileges and its development by continental anglo-saxon and european slope. Later, the analysis it focused on regulation that ruled in Spain and The Indians and taking care of their reception and development by the chilean right, with special emphasis on the constitutional regulation. Finally, the author suggests some disquieting topics about this guarantee.

KEY WORDS: Author Right – Intellectual Property – Copyright – Intellectual Creations – Property Right.

* Ayudante de Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: mirosevic@gmail.com El autor agradece la gentil colaboración de Francisca Chueca, Alejandro Valenzuela, Edwin Flores y José Ortiz en la recolección de información y revisión de este trabajo. De igual manera, agradece los comentarios del prof. Dr. Alan Bronfman Vargas que beneficiaron este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El numeral 25 del artículo 19 de la Carta Constitucional de 1980 asegura el derecho de autor [DA] sobre las creaciones intelectuales. El antecedente de esta garantía corresponde al artículo 10 número 11 de la Constitución de 1925 que, a su vez, recoge la formulación hecha por la carta de 1833 en su original artículo 152. Para estudiar el origen de este derecho en Chile se propone una revisión del surgimiento del DA en el contexto histórico mundial y su evolución en los dos sistemas existentes, el del “Common Law” y el Europeo Continental. Si bien el derecho de autor tiene un origen común a ambos sistemas, expresión de los privilegios reales, el sistema Europeo Continental representa un quiebre con aquella tradición a partir de la revolución francesa, con la supresión de todos los privilegios, configurándolo como una forma de propiedad sobre las creaciones intelectuales. Mientras que para el sistema anglosajón el DA es una concesión del Estado, para el europeo continental se trata de un derecho natural que corresponde a la persona por el hecho de ser tal.

En nuestro país, la Carta de 1833 recoge esta segunda concepción. Sin embargo, pocos años antes de su consagración, la opción del constituyente, que no se llegó a materializar, fue su configuración siguiendo al sistema del “Common Law”.

Este artículo pretende avanzar en la construcción de la historia de esta garantía. Para ello, se revisa el surgimiento del DA, su consagración en el sistema del “Commonwealth” y en el sistema francés, su recepción en España y su traspaso a las Indias y, finalmente, la recepción y evolución de la regulación en nuestro país, con especial énfasis en los cuerpos constitucionales.

A partir del análisis de la consagración en la Carta fundamental de 1980, heredera del catálogo de derechos del Acta Constitucional N° 3 de septiembre de 1976, se propone sustituir el concepto de propiedad intelectual [PI] en sentido estricto, por la expresión derecho de autor.

II. EL DERECHO DE AUTOR EN LA ÉPOCA CLÁSICA Y EN LA EDAD MEDIA

La creación intelectual no fue objeto de protección directa por el derecho sino hasta fines de la Edad Media. Anteriormente, sólo se otorgaba una protección indirecta que correspondía a las obras más que a su autor, y cuya extensión era reducida en comparación con el amplio contenido del DA en la actualidad. Esta protección indirecta solo tuvo por objeto a las creaciones literarias, excluyendo otras expresiones, salvo las creaciones con aplicación industrial, cuyo desarrollo no será abordado en este trabajo por corresponder a la denominada propiedad industrial.

En Grecia y Roma no existió un estatuto protector de las creaciones, probablemente debido a que, por una parte, una importante porción de la escasa producción literaria era anónima y, por otra, en atención a que la literatura no era considerada una actividad lucrativa¹. En Grecia la única referencia a un antecedente del derecho de autor se encuentra en una ley de Atenas del año 350 a. C. que establecía el depósito de los textos originales de Esquilo, Sófocles y Eurípides, con la finalidad de protegerlos de copias imperfectas². Para el derecho romano, en tanto, la propiedad recaía sobre cosas corporales, excluyéndose, en consecuencia, las cosas intelectuales³, es decir, el producto de la actividad intelectual carente de materialidad. En esta línea, el derecho romano protegió la cosa material o el soporte resultante de escribir una obra, mas no la creación misma. Sin embargo, algunos autores intentan ver un germen del derecho de autor en la existencia de dos acciones encaminadas a otorgar protección a la creación, la *actio furti*, que protegía la obra contra la publicación abusiva cometida atentando contra el soporte material, y la *actio iniuriarum*, contra la publicación no autorizada⁴.

En la Edad Media la preocupación por las letras decae y la actividad literaria queda reducida prácticamente a conventos y monasterios. En este periodo, la transmisión de la información se realizó principalmente de manera oral, por lo que los escasos mecanismos jurídicos romanos de protección de las obras pasaron al olvido⁵. A esto se suma la tendencia a la producción anónima de obras y la creación colectiva, modalidades en las que el autor no requirió protección especial.

La preocupación del sistema jurídico por las creaciones del intelecto comienza con la masificación de la producción literaria y en los

¹ DÍAZ, Javier, *Periodismo y derechos de autor: evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.ehu.es/zer/zer7/noci74.html>>

² OSSA, Claudio, *Derechos de Autor y Derechos Conexos como Herramientas Estratégicas para Avanzar hacia una Sociedad del Conocimiento. El caso de Chile* [en línea] en *Revista de Derecho Informático* N° 104 (Marzo de 2007) [citado el 13 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=8921>>, p. 9.

³ GUZMÁN, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (Santiago, 1995), pp. 56 ss.

⁴ LOREDO, Alejandro, *Derecho Comparado: derecho de autor y copyright. Dos caminos que se encuentran* [en línea] en *Revista de Derecho Informático* N° 91 (Febrero de 2006) [citado el 15 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>>

⁵ No podía ser de otra forma considerando que el mismo derecho romano es sustituido en aquella época.

conflictos que se suscitan a partir de este hecho.

III. LA PRODUCCIÓN MASIVA DE LIBROS Y EL SURGIMIENTO DE LOS PRIVILEGIOS

El origen de la reproducción mecánica de libros se sitúa a mediados del siglo XV y se atribuye, en gran medida, al alemán Johann Gutenberg a partir de la creación de los tipos de moldes manuales⁶. El primer libro que resulta de aplicar la nueva tecnología es la llamada Biblia de Gutenberg⁷. Solo treinta años después, la técnica se había difundido rápidamente por toda Europa. Es así que en 1480 existían prensas en más de 110 pueblos: 50 de ellos ubicados en la actual Italia, 30 en Alemania, 9 en Francia, 8 en España, 8 en Holanda, 5 en Bélgica, 5 en Suiza, 4 en Inglaterra, 2 en Bohemia y 1 en Polonia⁸. Como consecuencia de esta rápida expansión, el volumen de libros creció enormemente. A fines del siglo XV se produjeron en Europa alrededor de 20.000.000 de ejemplares⁹. El volumen aumentó a 200.000.000 aproximadamente entre 1500 y 1600¹⁰. La producción masiva de libros generó impensadas consecuencias en la evolución de la humanidad. Si bien en aquella época el mercado del libro era reducido, como reconoce Anderson: “su papel estratégico en la difusión de ideas le daba una importancia central para el desarrollo de la Europa moderna”¹¹.

En un primer momento, sin embargo, las monarquías de la época se muestran indiferentes frente a la producción masiva, debido a que los libros reproducían obras clásicas, descubiertas pocos siglos antes y que, hasta la creación de la imprenta, estaban vedadas para la mayoría

⁶ Si bien en China se había desarrollado con anterioridad una técnica de producción masiva de escritos basada en prensas de madera y tinta soluble en agua, la creación de Gutenberg de los tipos móviles (fundidos y colocados a mano) es el antecedente directo de la imprenta. Para esto y lo que sigue véase: *Enciclopedia Historia Universal* (Madrid, Editorial Océano, s.d.); *Enciclopedia Encarta* (s.l., 2005); *Enciclopedia Wikipedia* [en línea] [citada el 11 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://es.wikipedia.org/>>; PIZARROSO, Alejandro (coordinador), *Historia de la Prensa* (Madrid, 1994); CAVALLO, Guglielmo, *Libros, editores y público en el Mundo Antiguo* (Madrid, 1995); GÓMEZ-REINO, Eduardo, *Aproximación Histórica al Derecho de la Imprenta y de la Prensa en España [1480-1966]* (Madrid, 1997).

⁷ Si bien no hay claridad de la fecha de su creación, al parecer correspondería a 1450. En cambio, sí existe certeza de la fecha de impresión del Libro de Salmos, publicado en 1457 por el yerno y el sobrino de Gutenberg.

⁸ ANDERSON, Benedict, *Comunidades Imaginadas, Reflexiones acerca de la difusión y origen del nacionalismo* (México, 1993), p. 58.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*, p. 59.

debido al alto valor de los manuscritos. Poco tiempo después, dos hechos marcan el inicio de la preocupación real sobre los libros. El primero de ellos (aunque no cronológicamente) es la reforma protestante. Sin duda la posibilidad de difundir las ideas a través de escritos a gran escala fue esencial en la extensión de la reforma, lo que representaba una amenaza tanto para la Iglesia Católica como para los monarcas que comulgaban en ella. El segundo acontecimiento es la utilización que se comienza a dar al libro como medio de difusión de ideas liberales que atentaban contra los intereses del monarca¹². Frente al peligro que significa para la monarquía y para la Iglesia el potencial difusor de los libros, su creación comienza a ser objeto de control. La Iglesia reacciona estableciendo el *Index librorum prohibitorum*, recopilación y modernización de antiguos decretos que prohibían ciertos libros por atentar contra la doctrina y la moral. El Papa Pablo IV encarga a la Congregación del Santo Oficio la elaboración de un catálogo que recogiera las obras así calificadas en antiguos decretos y edictos, y la incorporación de nuevas creaciones, tarea que culmina en 1559¹³. El *Index* establecía la prohibición de crear, poseer, leer, vender y difundir cualquiera de los libros vedados bajo pena de excomunión¹⁴. La reacción de las monarquías fue establecer restricciones a la creación de libros y, como no, sancionar fuertemente las desobediencias. Incluso algunos, como Francisco I, llegaron a imponer la pena de muerte a los que hacían oídos sordos de estas restricciones¹⁵.

Junto con establecer la prohibición, los monarcas concedieron permisos oficiales para la impresión de ciertos libros. La idea de controlar por esta vía la producción literaria y, no menos importante, la idea de cobrar por estos permisos, transformó la concesión de privilegios en una práctica habitual. Ello era posible en una sociedad estamental en la que los distintos estamentos tenían diferentes estatutos, existiendo, incluso entre individuos del mismo sector, privilegios especiales. Así, la primera patente de la cual existen antecedentes es la concedida a Pietro di Ravena en Venecia en 1491. En 1501 aparecen en Alemania y en 1518 en Inglaterra¹⁶ y se extienden

¹²Más tarde, sin embargo, el aparato público se da cuenta de que la masificación de los libros puede ser utilizada a su favor para la formación de identidades nacionales, lo que sustenta la creación de nuevos Estados en los siglos XVII y XVIII. En este sentido, la creación de libros en el idioma oficial es un mecanismo muy usado para homogeneizar los pueblos y crear el sentido de nacionalidad.

¹³Para la historia del *Index*, véase: *Enciclopedia Historia Universal*, cit. (n. 6).

¹⁴En 1966 la Iglesia deja sin vigencia el Índice y, por tanto, la prohibición.

¹⁵Francisco I estableció en 1535 la prohibición de publicar cualquier libro dentro de su reino, bajo pena de horca. ANDERSON, Benedict, cit. (n. 8), p. 67.

¹⁶No todos concuerdan en las fechas. OSSA, Claudio, cit. (n. 4), p. 12, señala que las primeras concesiones corresponden a 1490 (Alemania), 1507 (Francia), 1513 (Bél-

rápidamente por toda Europa. Sin embargo, este permiso no se corresponde con el actual derecho de autor, debido a que no se otorgaba al autor de la obra¹⁷, ni le reconocía derecho alguno¹⁸. Se trataba de una licencia que se concedía a los grupos editoriales o gremios y que les permitía la impresión de cierto libro de manera exclusiva. En otros términos, era un monopolio concedido por el monarca a los impresores y editores. Esta licencia, además de recaer sobre la impresión de libros, se extiende marginalmente a la utilización de ciertas máquinas y a su fabricación, constituyendo el origen de la propiedad industrial.

Al igual que el estanco que otorgaba el monopolio de la comercialización sobre el tabaco, los naipes y otros, la patente concedía al impresor la exclusividad para la impresión de libros, pero no se trataba, en ningún caso, de un derecho de autor. Así como el estanco no otorgaba un derecho de propiedad sobre el producto, sino la ventaja de comercializarlo de forma exclusiva, de igual manera la patente no era un derecho sobre la creación ni siquiera sobre el libro mismo¹⁹. Lo dicho permite distinguir claramente la creación de una obra (el acto intelectual del autor), la obra creada (el resultado de la creación, todavía inmaterial) y su impresión (el soporte material que la contiene). La creación no era objeto de protección, incluso reconocía fuertes limitaciones²⁰. El resultado de la creación, es decir, la obra, tampoco gozaba de tutela jurídica ya que no era considerada objeto de propiedad, derecho que tradicionalmente recaía sobre cosas corporales. Como se ha señalado, solo la impresión era objeto de protección a través de la patente. No existía, por tanto, un derecho sobre la obra creada, actual objeto del derecho de autor.

Posteriormente la extensión de la protección cambia y el régimen evoluciona con el objetivo de entregarle parte de las ganancias de la impresión de la obra a su creador. Así, en 1627 se dicta en España un cuerpo normativo

gica) y 1518 (Inglaterra). Según DÍAZ, Javier, cit. (n. 1), la primera patente otorgada en Francia data de 1504

¹⁷ Puesto que, como se mencionó, en un comienzo la mayoría de los libros eran obras clásicas.

¹⁸ Indirectamente el autor podía obtener un beneficio económico, ya que en ciertos casos el impresor le ofrecía una retribución para que aquel pusiera la obra a su disposición y luego conseguir el privilegio.

¹⁹ A lo más, podría considerarse que existía un derecho de propiedad sobre la patente, pero la patente no otorgaba un derecho de propiedad sobre la obra.

²⁰ La libertad de expresión es un derecho propio del constitucionalismo moderno que surge recién, con más o menos fuerza, a fines del siglo XVIII (denominada en sus orígenes "libertad de imprenta"). Bajo los regímenes anteriores el Estado ejercía (y siguió ejerciendo en algunos casos) un control sobre la expresión, el pensamiento y el culto.

orientado a asegurar que el autor recibiría una parte de lo obtenido por la impresión de su creación²¹. En realidad, a diferencia de lo que podría pensarse, esta variación en el alcance de la protección todavía no corresponde con el derecho de autor que hoy conocemos. Se trataba de que, al concederse la patente que autorizaba la impresión de una obra, se imponía el gravamen a su titular de compartir parte de las ganancias con el autor de la obra. En consecuencia, la noción de propiedad se mantiene invariable, no reconociéndose un derecho sobre la obra, sino sobre una parte de las utilidades obtenidas producto de su impresión²².

IV. LA PRIMERA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN INGLATERRA

Según la doctrina, la primera ley sobre DA data de comienzos del siglo XVIII, en Inglaterra²³. Ella corresponde al *Statute of Anne*, dictado en 1709 por la Reina Ana²⁴. Sin embargo, la nueva normativa no concibe a la creación intelectual como una forma de propiedad, sino que vino a recoger las nociones antes expuestas, aunque con algunas diferencias que se explican a continuación.

En aquella época, como en casi toda Europa, la Corona inglesa tenía la práctica de otorgar los referidos monopolios, cuestión que comienza a ser mirada con malos ojos por el pueblo. Una importante concesión real se otorga en 1557 a los “Stationers Company”, entidad que agrupaba a gremios de editores e impresores ingleses. En virtud de aquélla, los “Stationers” tuvieron el control de la impresión de libros, monopolio que comienza a incomodar a la sociedad inglesa, tanto por la exclusividad de esta compañía, como por el exceso de poder del monarca expresado en el otorgamiento de privilegios.

Los ingleses luchan a lo largo de los siglos por limitar el poder de la Corona, batalla que concluye, parcialmente al menos, con la revolución de 1688. Como se sabe, esta batalla se desarrolla principalmente desde el parlamento, órgano que disputa el poder con alguna fuerza desde el siglo

²¹ OSSA, Claudio, cit. (N. 2).

²² Si bien el fundamento era beneficiar al autor e incentivar la creación, claramente no se trataba de un derecho de propiedad sobre la obra, ya que no existía ni siquiera la facultad de disposición, elemento básico del régimen propietario.

²³ Conviene hacer notar que antes de esta fecha existieron regulaciones aisladas sobre el derecho de autor, como se menciona en el párrafo siguiente.

²⁴ En realidad el verdadero nombre del estatuto era *An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*, pero por visibles razones prácticas la historia convino en llamarla *Statute of Anne*.

XIV. En esta lucha, la concesión de monopolios, utilizada principalmente para favorecer a los colaboradores del monarca, constituye una facultad que debía limitarse. Así, en 1656 el Parlamento aprueba el Estatuto de Monopolios, que viene a limitar las patentes concedidas a los inventores²⁵. Posteriormente, en 1694 la Cámara de los Comunes decide suspender el monopolio de los “Stationers”²⁶. En la misma línea, el año 1710 el Parlamento mediante la emisión del estatuto de Ana busca ahora limitar la concesión de monopolios, estableciendo un estatuto de general aplicación que acabara con la discrecionalidad del monarca en el otorgamiento de privilegios²⁷. Con esta finalidad, el *Statute of Anne* entrega el control de la obra al autor, por un plazo limitado. Como señala su primer párrafo, su objetivo era impedir que las casas editoriales imprimieran los libros sin el consentimiento de sus autores, ya que ello se traduciría en un “gran perjuicio que demasiado a menudo los llevaba a la ruina y a la de sus familias”²⁸. Por ello, y “para el estímulo de hombres cultos para componer y escribir libros útiles”²⁹, el estatuto entrega a los autores el monopolio de sus obras creadas después de 1710 por un plazo de 14 años, renovables por igual periodo, a condición de que estuviera con vida el creador. A las obras creadas antes de la entrada en vigencia del Estatuto se les asigna un plazo de 21 años desde esa fecha³⁰. Si bien el beneficiario había cambiado (ahora eran los autores y no los editores), no se trataba todavía de un derecho de propiedad. De hecho, el estatuto nunca emplea ese término. La diferencia con el antiguo régimen era que ahora para la impresión de una obra se requería la autorización de su autor. Se siguió tratando de un monopolio sobre la impresión que había cambiado de titular. Este cambio en el sujeto beneficiario limitaba completamente el poder del monarca, ya que la concesión no dependía de su voluntad, sino que la ley la otorgaba directamente al autor. Además el Estatuto establece el comentado límite temporal³¹.

Pero se sigue tratando de un monopolio y no de una forma de propie-

²⁵ LESSIG, Lawrence, *Cultura libre* (Santiago, 2005), p. 80.

²⁶ OSSA, Claudio, cit. (n. 4), p. 13.

²⁷ Los monarcas solían favorecer a sus colaboradores mediante estos privilegios.

²⁸ *Statute of Anne*. El texto citado en este trabajo está disponible en la World Wide Web en <<http://www.institutoautor.org>>

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ El Estatuto establecía como fecha límite el 10 de abril de 1710.

³¹ Algunos señalan que el Estatuto de Ana, al limitar temporalmente los monopolios, vino a crear implícitamente el Dominio Público o “Public Domain”. Una vez expirado el plazo de protección, la obra salía del dominio privado e ingresaba a este dominio. En nuestra opinión, tal afirmación es cuestionable, pues la obra no había ingresado al patrimonio de los particulares.

dad, así aparece del texto del Estatuto³². Refuerza esta idea el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de la protección, el que se cuenta “*from the day of the first publishing*”. Como se aprecia, la protección oficial no se cuenta desde la creación de la obra, sino desde su publicación³³. Por tanto, no se trata de un derecho sobre la obra creada, sino un derecho a imprimirla con exclusión del resto³⁴. Surge, en este contexto, el llamado “copyright” o derecho de copia³⁵.

Los grandes perdedores del nuevo Estatuto recurrieron al parlamento pidiendo clemencia. En 1735 y 1737 los libreros solicitan a éste la ampliación de los plazos, sin embargo, sus peticiones fueron rechazadas³⁶. No contentos con la derrota, los libreros entablan acciones contra los que, ajustándose a los plazos del Estatuto, imprimen obras cuyos monopolios habían expirado³⁷. Como apunta Lawrence Lessig, el argumento era que aunque la protección que otorgaba el Estatuto expirase, éste no primaba sobre las protecciones otorgadas por la jurisprudencia anterior a aquél, que consideraba que el monopolio de los libreros era a perpetuidad³⁸. La cuestión fue resuelta definitivamente en 1774, oportunidad en que la Cámara de los Lores pone fin al caso “Donaldson contra Beckett”³⁹. Por 22 votos contra 11 los Lores resuelven que “sin importar como estuviera resuelto por la jurisprudencia, el “copyright” estaba ahora fijado por un tiempo limitado”⁴⁰.

³² El Estatuto dispone: “[...] *the author of any book or books already composed, and not printed and published, or that shall hereafter be composed, and his assignee or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years [...]*”.

³³ Análoga situación se presentaba en la legislación chilena sobre derecho de autor hasta el año 1970, a partir de la Ley N° 17.336, como se tratará mas adelante.

³⁴ Aprovechemos la ocasión para señalar que, desde la perspectiva histórica, el DA no surge entonces como una prerrogativa de derecho natural. Para remarcar la idea, y corriendo el riesgo de ser reiterativo, bajo el *Statute of Anne* tal derecho es concebido como un monopolio del Estado, por un plazo limitado y que se contaba desde la primera impresión de la obra, configuración contraria a la idea de un derecho natural de propiedad sobre la creación.

³⁵ La misma denominación *derechos de copia* es indicativa, al menos en su origen, de que no se trata de un derecho de propiedad sobre la obra.

³⁶ LESSIG, Lawrence, cit. (n. 25), p. 81.

³⁷ En este caso las contiendas judiciales se suscitaron entre las asociaciones de libreros, que disfrutaban de los monopolios concedidos antes del Estatuto, y los nuevos libreros, cuyo negocio era imprimir y vender obras cuyo periodo de protección según el mismo Estatuto había expirado, a un precio notablemente inferior que los primeros.

³⁸ LESSIG, Lawrence, cit. (n. 25), p. 82.

³⁹ *Ibíd.*, p. 84.

⁴⁰ *Ibíd.*

V. RECEPCIÓN DEL “COPYRIGHT” EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

1. *Panorama general*

La primera ley federal norteamericana sobre “copyright” se dicta en 1790, esto es, ochenta años después del *Statute of Anne* en Inglaterra. Hasta antes de la independencia norteamericana, no existieron garantías generales de protección a los autores. De hecho, como se pasa a detallar a continuación, en un primer momento la libertad de expresión, sustrato de todo derecho de autor (o derecho de copia en la tradición anglosajona), se encontraba fuertemente limitada⁴¹.

En efecto, hacia comienzos del siglo XVII en EE.UU. (entonces colonia Británica), no existía regulación alguna ni la práctica de otorgar licencias o “copyright”, por la sencilla razón de que la imprenta tardó en llegar al nuevo mundo. De hecho, el primer libro impreso en Norteamérica data de 1639. Antes de esa fecha, todas las creaciones de colonos eran publicadas en Inglaterra. Pero cuando la industria de la impresión se instala en las colonias, la historia de los privilegios se repite.

Al igual que en Inglaterra y varios otros países europeos, el contexto en el que se desarrolla la práctica de concesión de licencias de impresión se basa en un régimen restringido de libertad de expresión. De esta manera, en la mayoría de las colonias se encontraba vedada la impresión de libros, prohibición cautelada cuidadosamente por las autoridades de la época. Así, por ejemplo, en Virginia estaba totalmente prohibida la impresión, limitación que duró hasta 1730⁴². En otras colonias la situación era idéntica. En Nueva York, a partir de 1685, solo era posible imprimir si se contaba con la autorización del Gobernador⁴³, exigencia establecida mediante un instructivo dictado por el Rey Jacobo II, extendiendo, en consecuencia, la práctica desarrollada en Inglaterra. Este hecho marca la historia del “copyright” en Norteamérica, ya que el sistema de protección a las creaciones intelectuales deriva del régimen inglés.

Una de las primeras concesiones de licencias que se conocen en los

⁴¹ La relación entre libertad de expresión y derecho de autor es la siguiente: Para que exista un derecho sobre la creación (derecho de autor o propiedad intelectual) es necesaria la existencia de un derecho a crear, sustrato del primero (y como la creación se produce en el intelecto y se manifiesta a través de la expresión, este derecho corresponde, precisamente, a la libertad de expresión).

⁴² PATRY, Williams, *Copyright Law and Practice* (Washington D.C., 1994), p. 16.

⁴³ *Ibíd.* De hecho, impresores de otras colonias en las que tenían vedada su actividad se trasladan a Nueva York para instalarse, contando previamente con el permiso del Gobernador.

EE.UU. corresponde a la otorgada a John Usher en 1672⁴⁴. Ese año, Usher solicitó a la Asamblea Legislativa de Massachusetts una patente que le otorgase el monopolio de impresión sobre una de sus obras (*The Book of General Laws and Liberties*), petición a la cual la Asamblea respondió positivamente, asegurándole que ninguna imprenta imprimiría más copias que las convenidas y pagadas a él, bajo pena de pagar el triple de los gastos de impresión y papel⁴⁵. A partir de este momento se masifica la práctica de otorgar patentes de impresión exclusiva, pero la mayoría de ellas por un periodo de duración limitado de hasta 14 años, nuevamente siguiendo la tradición inglesa.

La finalidad de las patentes era otorgar un beneficio al autor y fomentar la creación, asegurando la utilidad social de la obra⁴⁶. En este sendero, el plazo de caducidad de la patente aseguraba el equilibrio entre el beneficio privado y la utilidad pública. Es decir, la licencia se consideraba una concesión del Estado (no un derecho) que tenía un sentido comercial (permitía al autor obtener utilidades en virtud del monopolio de impresión, pudiendo transferirlo) y un marcado fin social (la difusión de la cultura y el paso de la obra al dominio público una vez caducada la licencia). Así queda de manifiesto, por ejemplo, en lo acontecido en el año 1781, en que un autor habiendo invertido una considerable suma de dinero para publicar su libro y que sería devastado por la “piratería”, solicita a la Asamblea Legislativa de Connecticut el otorgamiento de una patente. La Asamblea le concede la licencia de publicación exclusiva por un plazo de cinco años, estableciendo una pena por la infracción (cuya suma correspondía a lo que había gastado el autor por concepto de impresión y papel), pero a condición de que se comprometiera a imprimir “*a sufficient number of copies [...] to the public [...] at reasonable prices*”⁴⁷. Esta finalidad social no podía lograrse si la obra se hubiera considerado propiedad de su autor, debido a que, en aquella época, la propiedad era un derecho absoluto que no reconocía limitaciones, al menos relativas a la función social⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Records of the Governor and Company of the Massachusetts bay Colony in New England*, Parte 2ª, 1661-1674, reimpresso en: *Copyright Enactments: Laws Passed in the United States Since 1783 Relating to Copyright*, en *Copyright Office Bulletin* 3 at 140 (1973), cit. por PATRY, Williams, cit. (n. 42), p. 16.

⁴⁶ El control sobre la difusión de las ideas deja de ser un objetivo a medida que transcurren los siglos y se va asentando la libertad de imprenta, más tarde extendido a libertad de expresión.

⁴⁷ *Public records of the State of Connecticut*, May 1780 to October 1987, Inclusive 537-38 (1922), cit. por PATRY, Williams, cit. (n. 42), p. 17.

⁴⁸ La denominada función social de la propiedad es relativamente reciente. Este concepto, recogido de la Doctrina Social de la Iglesia, es introducido en el siglo XX

2. Consagración constitucional del “copyright”.

Ya extendida la práctica de conceder monopolios, sólo faltaba su reconocimiento en la Constitución. La primera Constitución escrita del mundo consagra la protección a los autores, recogiendo parte de la tradición anglosajona, pero estableciendo ciertas modificaciones a este régimen. En efecto, en la Convención Constituyente reunida en 1787, convocada originalmente para enmendar los Artículos de la Confederación, la protección del autor fue un tema debatido desde un inicio, existiendo varias posturas sobre el particular. La primera proposición la efectuó Charles Pinckney, representante de Carolina del Sur, el 28 de mayo de 1787, quien plantea entregar al Gobierno Federal el poder necesario para asegurar a los autores el derecho exclusivo sobre sus descubrimientos⁴⁹. La decisión se postergó por varios meses. Para agosto del mismo año, la comisión recibe tres proposiciones más. Si bien dentro del comité algunos intentaron consagrar el “copyright” como derecho constitucionalmente protegido, dicha proposición resulta finalmente rechazada⁵⁰. En cambio, la redacción final de la norma recoge la propuesta del mismo Pinckney y la segunda proposición del federalista James Madison⁵¹. Otros atribuyen la redacción definitiva a Madison⁵². Como sea, la norma finalmente no consagra el derecho de autor como una forma de propiedad, sino que entrega al Congreso la facultad de dictar una ley federal “Para fomentar el progreso de las ciencias y las artes

en las constituciones. En la Carta norteamericana, la propiedad se presenta como un derecho inviolable, reconociendo como excepción la expropiación para uso público, con una “*justa indemnización*” (C.Pol. EE.UU., Enmienda 5^a). Igual protección establece la Enmienda Catorce. Entre nosotros, es la Constitución de 1925 en su artículo 10 N° 10 inciso 2º, la que establece, por primera vez, que el derecho de propiedad “*está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso social*”. Sin embargo, la “función social de la propiedad” se incorpora a esta constitución en 1967 en virtud de la Ley N° 16.615, que modifica el derecho de propiedad con el objeto de adecuarlo a la Reforma Agraria, añadiendo que corresponde a la ley establecer “[...] *las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos.*”.

⁴⁹ PATRY, Williams, cit. (n. 42), p. 22.

⁵⁰ ROSARIO, Pedro, *El Condominio, Copyright y la Globalización* [en línea] [citado el 12 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://pr.indymedia.org/news/2004/12/5932.php>>

⁵¹ La propuesta de Pinckney señalaba: “*to secure to authors exclusive rights for a limited time*”. La segunda propuesta de Madison indicaba: “*to encourage, by proper premiums & Provisions, the advancement of useful knowledge and discoveries*”. Records of the Federal Convention 325, cit. por PATRY, Williams, cit. (n. 42), p. 23.

⁵² Recording Industry Association of America (RIAA), *Brief History on Copyright Laws* [en línea] [citado el 4 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.riaa.com/issues/copyright/history.asp>>

útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”⁵³.

Esta disposición, denominada “cláusula del progreso”, pretendió asegurar una igual protección de los autores en todo el territorio. La existencia de regulaciones estatales con estándares de protección muy disímiles, diluía la protección que podía otorgar un Estado, ya que en el Estado vecino la protección podía ser notoriamente inferior. Para superar esto, la Carta norteamericana tiende a la uniformidad de la protección al otorgar la facultad al Congreso para dictar una ley federal⁵⁴ que primaría sobre las legislaciones estatales⁵⁵. Por otro lado, el constituyente quiso limitar el derecho exclusivo que se les otorgaba a los autores, para así evitar la concentración de poder en manos de los editores. La idea central, como se mencionó antes, era responder a la necesidad de equilibrar el interés público con la justa retribución e incentivo que correspondía a los creadores. Esa dicotomía se soluciona ordenando al Congreso que, al regular el derecho de autor, lo estableciese “por un tiempo limitado”⁵⁶.

3. El “copyright”: ¿derecho de propiedad?

Luego de aprobada la Constitución, el primer Congreso reunido en Virginia acordó la necesidad de establecer una declaración de derechos a través de enmiendas a la carta política. Esta declaración, denominada *Bill of Rights*, redactada principalmente por James Madison y ratificada en

⁵³ C. Pol. EE.UU., art. I, sec. 8, cláus. 8. Como se aprecia, esta Constitución no establece directamente el derecho de copia, lo que impediría, por tanto, invocarlo como garantía mientras el congreso no ejerza la facultad entregada por la Carta Fundamental.

⁵⁴ Como se aprecia, la Constitución no soluciona directamente el problema. Ni siquiera ordena al Congreso la emisión de una ley federal, sino que le entrega a aquel la facultad de hacerlo, arriesgándose a que ella no se ejerciera como tantas veces ha pasado en nuestro país. Entre nosotros, basta recordar la referencia a los tribunales contencioso administrativos que crearía una ley por mandato del artículo 108 de la C. Pol. Ch. de 1925, omisión del legislador que provocó graves vacíos en materia de control y responsabilidad de la administración. A diferencia de nuestro legislador, el Congreso norteamericano ejerce la facultad entregada por la Carta Suprema en un brevísimo tiempo, como se indicará más adelante.

⁵⁵ Este efecto se produce en virtud de lo dispuesto por el artículo 6, cláusula 2, de la C. Pol. EE.UU., cuyo texto señala: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

⁵⁶ C. Pol. EE.UU., art. I, sec. 8, cláus. 8.

1791, consagra el derecho de propiedad en la Quinta Enmienda⁵⁷. Ella asegura que nadie sería privado de “la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”⁵⁸. Dicha norma, basada en las declaraciones inglesas⁵⁹ y en la Declaración de Derechos de Virginia⁶⁰, recoge la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, estableciendo como excepción la expropiación con indemnización. Mas no hace referencia alguna al derecho de autor, omisión que puede tener, al menos, tres explicaciones. La primera consiste en considerar el “copyright” como un derecho incluido en esta propiedad, siendo, por tanto, innecesaria una referencia especial. Sin embargo, la misma carta al regular el “copyright” establece su limitación temporal, cuestión que repugna a la idea de propiedad concebida tradicionalmente como un derecho absoluto y perpetuo⁶¹. Desechando esta interpretación, es posible considerar que el “copyright” es un tipo de derecho de propiedad no protegido como tal por la constitución, pero igualmente existente. Esta postura encuentra sustento en la Novena Enmienda, disposición que señala: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.”⁶². La norma citada, recogiendo la noción de derechos naturales de corte liberal, permitiría afirmar que el “copyright” es una especie de derecho de propiedad extra-constitucional. Pero esta afirmación cede al aplicar el mismo razonamiento anterior, es decir, recordar que la carta sí se hizo cargo del “copyright” y no lo trató como una forma de propiedad. Una tercera alternativa sería considerar que el “copyright” no surge en la carta constitucional como integrante del derecho de propiedad, y que, por tanto, no es aplicable su estatuto protector (la inviolabilidad y la garantía expropiatoria). En definitiva, si acogemos esta última posición, podemos afirmar que la primera constitución que consagra el “copyright” no lo

⁵⁷ Originalmente la *Bill of Rights* consistía en doce enmiendas a la carta, pero las dos primeras no fueron ratificadas por los estados debido a que se referían más al Congreso que a los derechos, objeto de la declaración. La segunda enmienda fue ratificada como enmienda 27 en 1992.

⁵⁸ C. Pol. EE.UU., Enmienda 5^a. La Enmienda Catorce también protege la propiedad, pero, en este caso, de las legislaciones estatales (“[...] tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”).

⁵⁹ Se basa en la *Bill of Rights* inglesa de 1689 y en la Carta Magna de 1215.

⁶⁰ Aprobada en 1776.

⁶¹ Además, históricamente no había sido concebido como una forma de propiedad, por lo que si la intención del constituyente fue ahora considerarlo así, lo más efectivo es haberlo incluido expresamente.

⁶² C. Pol. EE.UU., Enmienda 9^a.

hace bajo la forma de derecho de propiedad en el catálogo de derechos aprobados en 1791, ni tampoco en las enmiendas posteriores.

4. *La primera regulación federal*

La historia continúa. Conscientes los autores de que el texto constitucional entregaba al Congreso la facultad de regular el “copyright”, lo que permitía uniformar la protección, las peticiones al legislativo no tardaron en llegar. En efecto, las primeras solicitudes se presentaron en abril de 1789, poco tiempo después de iniciada la primera sesión del Congreso⁶³. Después de un intenso debate en comisiones y en el Senado, en mayo de 1790 el Presidente Washington promulga finalmente la *Copyright Act*, cuyo título original era “*An Act for the Encouragement of Learning, by Securing the Copies of Maps, Charts, and Books, to the Authors and Proprietors of Such Copies, during the Times Therein Mentioned*”. Si bien en la discusión parlamentaria el representante de Carolina del Sur señaló “*it is almost as easy to ascertain literary property as any other kind of property*”⁶⁴, otros, en cambio, negaron el carácter de propiedad. En tal sentido, Thomas Jefferson señaló “Si la naturaleza ha creado alguna cosa menos susceptible que las demás de ser objeto de propiedad exclusiva, esa es la acción del poder del pensamiento que llamamos idea [...]”⁶⁵. La ley, finalmente, no lo configuró como una forma de propiedad⁶⁶.

⁶³ MAHER, William, *Copyright Term, Retrospective Extension, and the Copyright Law of 1790 in Historical Context* (Illinois, 2002), p. 20.

⁶⁴ PATRY, Williams, cit. (n. 42), p. 29.

⁶⁵ Continúa Jefferson: “[la idea] es algo que un individuo puede poseer de manera exclusiva mientras la tenga guardada. Sin embargo, en el momento en que se divulga, se fuerza a sí misma a convertirse en posesión de todos, y su receptor no puede desposeerse de ella. Su peculiar carácter es también tal que nadie posee menos de ellas porque otros posean el todo. Aquél que recibe una idea mía, recibe instrucción sin mermar la mía, del mismo modo que quien disfruta de mi vela encendida recibe mi luz sin que yo reciba menos. El hecho de que las ideas se puedan difundir libremente de unos a otros por todo el globo, para moral y mutua instrucción de las personas y para la mejora de su condición, parece haber sido concebido de manera peculiar y benevolente por la naturaleza cuando las hizo, como el fuego, susceptibles de expandirse por el espacio, sin ver reducida su densidad en ningún momento y, como el aire, en el que respiramos, nos movemos y se desarrolla nuestro ser físico, incapaz de ser confinadas o poseídas de manera exclusiva. Las invenciones, pues, no pueden ser, por su naturaleza, sujetas a propiedad”. LESSIG, Lawrence, *El Código y otras Leyes del Ciberespacio* (Madrid, 2001) p. 246, cit. por CASAS, Ramón, *¿Propiedad Intelectual?* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007] Conferencia inaugural del Seminario sobre Propiedad Intelectual y Revistas Culturales, 13 y 14 de junio de 2003, disponible en la World Wide Web en <<http://www.arce.es/news/newsDetail.jsp?IdNews=121>>

⁶⁶ Basándose en la tradición y en la regulación constitucional.

La *Copyright Act*, cuerpo normativo de tan sólo una página, establece iguales plazos de protección que el Estatuto de Ana, es decir, 14 años renovables por otros 14, siempre que el autor estuviera vivo a su vencimiento⁶⁷. Dicha protección recaía sobre las copias de mapas, cartas y libros⁶⁸. Así, la música y otras creaciones no estaban incluidas⁶⁹. Apartándose de las entonces modernas tendencias continentales que otorgaban la protección al autor desde la mera creación, la *Copyright Act* estableció formalidades para su otorgamiento: depósito de la obra en la Oficina Estatal del Distrito de la Corte del lugar donde el autor residía y registro y publicación de un extracto en un periódico nacional por un espacio de cuatro semanas⁷⁰. En cuanto a los titulares de la protección, éstos eran los autores, ejecutores, administradores o sus asignatarios, a condición de que fueran ciudadanos de Estados Unidos⁷¹.

Revisando la aplicación de esta ley, de las 20.829 obras publicadas entre 1790 y 1800, sólo se registraron 684, es decir, un 3.28%⁷². Este porcentaje debe ser considerado al momento de definir la modalidad de la protección otorgada por el derecho de autor, pues este caso parece indicar que para la mayoría de las obras la protección resulta innecesaria⁷³.

⁶⁷ *Copyright Act 1790*, sec. 1. El texto citado en este trabajo se encuentra disponible en la World Wide Web en <<http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf>>

⁶⁸ *Copyright Act 1790*, sec. 1.

⁶⁹ Por el estado de la tecnología. Las impresiones de otro carácter se añaden en 1802, las obras musicales en la revisión general que se efectúa a la ley en 1831, las composiciones dramáticas en 1856, las fotografías en 1865, las obras de arte se agregan en la segunda revisión general de 1870 y las películas se añaden en 1912. United States Copyright Office, *A Brief Introduction and History* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html>>

⁷⁰ *Copyright Act 1790*, sec. 3.

⁷¹ *Copyright Act 1790*, sec. 1. La primera obra registrada fue “*The Philadelphia Spelling Book*”, por John Barry en el Distrito de la Corte de Pennsylvania en junio de 1790. United States Copyright Office, *A Brief Introduction*, cit. (n. 69).

⁷² MAHER, William, cit. (n. 63), p. 5.

⁷³ El sistema de protección “automática”, esto es, el que la otorga por el sólo hecho de la creación (o desde su expresión) sin exigir formalidad alguna, puede carecer de sentido si la amplia mayoría de las obras no requiere tal resguardo. Así, por ejemplo, de las 25.006 obras registradas en 1883, sólo 894 fueron renovados en 1910 [las cifras aparecen en LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre*, cit. (n. 25), p. 253] lo que parece indicar que para el 96,5% de ellas la renovación de la protección era innecesaria. Si el copyright tiene un sentido utilitarista, cuya finalidad es recompensar económicamente al autor y fomentar la creación, el sistema de protección “automático” puede considerarse innecesario cuando la gran mayoría de las obras no tienen fines comerciales. Si un alto número de ellas no tienen este propósito, puede ser aconsejable establecer formalidades para su otorgamiento. Esta premisa ha servido de base a propuestas de

5. La evolución del “copyright” en EE.UU.

El carácter de monopolio del “copyright” fue confirmado por la jurisprudencia norteamericana posteriormente. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia en 1954 señaló: “La filosofía económica detrás de la cláusula que faculta al Congreso para otorgar patentes y el derecho de autor es la convicción de que la estimulación del esfuerzo individual es la mejor manera de promover el bienestar público, a través del talento de los autores e inventores en ciencia y artes útiles.”⁷⁴ La misma Corte aclara, en otra oportunidad, la naturaleza del derecho: “La sanción por parte del Congreso de la legislación en materia de derechos de autor bajo los términos de la Constitución no está basada en ningún derecho natural que el autor posea sobre sus escritos, razón por la cual la Corte Suprema ha considerado que los derechos que el mismo posee son puramente de derecho positivo, pero sobre la base de que sirvan al bienestar de la población y el progreso de la ciencia y que promuevan las artes útiles”⁷⁵. Sin embargo, el interés social en la regulación del “copyright” se ha ido paulatinamente perdiendo. En efecto, la *Copyright Act* de 1790, con numerosas modificaciones, es reemplazada en 1976. La nueva *Copyright Act* de 1976 regula los aspectos generales de la materia, complementándose con una larga lista de leyes especiales⁷⁶.

sistemas alternativos al copyright vigente en EE.UU. En esta línea, Lawrence Lessig propuso otorgar protección sólo a las obras que han sido registradas, aunque su propuesta no fue aprobada finalmente. Véase LESSIG, Lawrence, cit. (n. 25), pp. 229-232.

⁷⁴ “Mazer v. Stein”, 347 U.S. 201, 219 (1954), cit. por KURTZ, Leslie, *Algunos aspectos generales de la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos y el desarrollo de la protección para los programas de computación*, en VV.AA., *Derecho de la Propiedad Intelectual, Una perspectiva trinacional* (México D.F., 2000), p. 84.

⁷⁵ Prosigue la Corte: “Dichos derechos se conceden no principalmente en beneficio del autor, sino en beneficio del público. No se otorgan para beneficiar a ninguna clase particular de ciudadanos, aun cuando fueran merecedores de ello, sino para beneficiar a la gran masa de gente, ya que el otorgamiento de una bonificación a autores e inventores estimulará las letras y la invención”. “Wheaton v. Peters”, 33 U.S. 591, 8 pet. 591, 8 l.ed. 1055 (1834), cit. por LOREDO, Alejandro, cit. (n. 3). Idéntica idea es reafirmada un siglo más tarde, en que el mismo Tribunal sostiene: “*The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors*”. *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123 (1932).

⁷⁶ Dichos cuerpos normativos con sus respectivas modificaciones son: *Legislative Branch Appropriation Act* de 1978, *Copyright Amendments* de 1978, *Copyright Amendments* de 1980, *Piracy and Counterfeiting Amendments Act* de 1982, *Copyright Amendments* de 1982, *Copyright Amendments* de 1982, *Record Rental Amendment* de 1984, *Semiconductor Chip Protection Act* de 1984, *Copyright Amendments* de 1986, *Amendments to the Semiconductor Chip Protection Act* de 1984, *Berne Convention*

La gran mayoría de los cambios del régimen han apuntado a extender la protección del derecho de copia. Esta tendencia ha alcanzado límites preocupantes. La tradición del “copyright” ha sido reemplazada por una regulación similar a la europea continental, propia de un derecho de autor como forma de propiedad. Este cambio en la concepción y en la extensión de la protección acarrea importantes consecuencias. Por una parte, se eliminan las formalidades en el otorgamiento de la protección, como por ejemplo, el registro de la obra⁷⁷. Así mismo, se amplía la gama de creaciones protegidas⁷⁸ y se confieren mayores facultades a los titulares del “copyright”⁷⁹. Por otro

*Implementation Act de 1988, Copyright Amendments de 1988, Satellite Home Viewer Act de 1988, Judicial Improvements and Access to Justice Act de 1988, Copyright Fees and Technical Amendments Act de 1989, Copyright Royalty Tribunal Reform and Miscellaneous Pay Act de 1989, Copyright Remedy Clarification Act de 1990, Visual Artists Rights Act de 1990, Architectural Works Copyright Protection Act de 1990, Computer Software Rental Amendments Act de 1990, Semiconductor International Protection Extension Act de 1991, Copyright Amendments Act de 1992, Copyright Renewal Act de 1992, Copyright Amendments de 1992, Copyright Amendments de 1992, Audio Home Recording Act de 1992, North American Free Trade Agreement Implementation Act de 1993, Copyright Royalty Tribunal Reform Act de 1993, Satellite Home Viewer Act de 1994, Uruguay Round Agreements Act de 1994, Digital Performance Right in Sound Recordings Act de 1995, Anticounterfeiting Consumer Protection Act de 1996, Legislative Branch Appropriations Act de 1997, Copyright Amendments and Amendments to the Semiconductor Chip Protection Act de 1997, No Electronic Theft (NET) Act de 1997, Sonny Bono Copyright Term Extension Act de 1998, Fairness in Music Licensing Act de 1998, Digital Millennium Copyright Act de 1998, Collections of Information Antipiracy Act de 1998, WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act de 1998, Online Copyright Infringement Liability Limitation Act de 1998, Computer Maintenance Competition Assurance Act de 1998, Vessel Hull Design Protection Act de 1998, Copyright Amendments and Amendments to the Vessel Hull Design Protection Act de 1999, Satellite Home Viewer Improvement Act de 1999, Digital Theft Deterrence and Copyright Damages Improvement Act de 1999, Work Made for Hire and Copyright Corrections Act de 2000, Intellectual Property and High Technology Technical Amendments Act de 2002, Technology, Education, and Copyright Harmonization Act de 2002, Small Webcaster Settlement Act de 2002, Digital Media Consumers' Rights Act de 2003. Este catálogo de legislación está actualizado hasta junio de 2003 y fue extraído de United States Copyright Office, *Circular 92: Copyright Law of the United States of America* [en línea] [citado el 13 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.copyright.gov/title17>>*

⁷⁷ Esto significa que todas las obras son objeto de protección, aun cuando ella sea innecesaria. Teniendo presente que el derecho de autor se presenta como una limitación a la creación (debido a que las creaciones generalmente se basan en creaciones anteriores) esta protección automática ha sido objeto de críticas (véase nota 73).

⁷⁸ Véase nota 69. Además considérese que por el desarrollo tecnológico han aumentado los formatos protegidos.

⁷⁹ Como el copyright no se consideraba una extensión de la personalidad del au-

lado, el plazo de protección se extiende desmesuradamente⁸⁰. Además, las violaciones al “copyright” han sido fuertemente reprimidas a nivel

tor, no estaban protegidos los derechos morales, sino sólo los de carácter patrimonial (Los principales derechos patrimoniales son: i) Derecho de adaptación; ii) derecho de distribución pública; iii) derecho de interpretación pública, iv) derecho de exhibición, y v) derecho de reproducción). La internacionalización de la protección del derecho de autor condujo a una uniformidad en la regulación. El Convenio de Berna de 1886, primer tratado sobre la materia, luego de su revisión en 1928, reconoció los derechos morales en su art. 6 bis, 1, disposición que señala “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”. ee.uu., fiel a su tradición, no establece estos derechos extrapatrimoniales en la Berne Convention Implementation Act de 1988, cuerpo legislativo destinado a dar aplicación en el derecho interno al Convenio. Sin embargo, la Visual Artists Rights Act de 1990 reconoce ciertos derechos morales a los creadores de dibujos, esculturas, fotografías y otros análogos, como el derecho a la paternidad e integridad de la obra. LOREDO, Alejandro, cit. (n. 3) y KURTZ, Leslie, cit. (n. 76), p. 85.

⁸⁰ Los plazos iniciales de la *Copyright Act* de 1790 se extienden moderadamente en 1831 y 1909. Sin embargo, desde 1962 el Congreso ha recurrido a esta práctica en once oportunidades. Frente a ello, en 1999 un grupo de académicos y activistas, liderados por Lawrence Lessig plantearon la inconstitucionalidad de la Ley de Extensión del Plazo de Copyright conocida como Ley Sonny Bono, en atención a que la extensión continua de los plazos era contraria, según los recurrentes, al Artículo I, Sección 8, Cláusula 8, ya que por esta vía se infringiría la limitación temporal establecida por la Constitución. La Corte Suprema resuelve, el año 2003, que dicha ley no transgrede la Carta Fundamental. “Eric Eldred v. John D. Ashcroft”, 537 U.S. 186, 221 (2003). La extensión de los plazos ha sido muy criticada en los EE.UU. por diversos sectores de la sociedad. Desde una perspectiva económica, dicha extensión no se justificaría en atención al alto costo que implica (restringe la cultura y, por tanto, la innovación). Al respecto, puede verse el análisis económico de la extensión de los plazos elaborado por varios economistas (entre ellos cinco premios Nobel) presentada en el caso Eldred VV. AA., *The Copyright Term Extension Act of 1998: An Economic Analysis* (Washington D.C., 2002). Por otra parte, algunos estudios revelan que la extensión automática de los plazos resulta innecesaria. Un estudio reveló que de los 10.027 libros publicados en 1930, sólo 174 se siguen imprimiendo en 2001 [LANDES, William, y POSNER, Richard, *Indefinitely Renewable Copyright* (Chicago, 2002), p. 31]. Con base en ello, algunos autores plantean establecer un sistema en que para renovar el plazo de protección se pague un impuesto. Así, sólo las obras con aspiraciones comerciales renovarían la protección y el resto pasará al dominio público. Sobre este tema puede verse: YUAN, Michael, *A Better Copyright System? Comparing Welfare of Indefinitely Renewable Copyright and the Current Copyright System* [en línea] [citado el 15 de abril de 2007] en papers de la Universidad de Michigan, disponible en la World Wide Web en: <<http://web.si.umich.edu/tprc/papers/2004/386/TPRC-Yuan.PDF>>, y LANDES, William, y POSNER, Richard, *Indefinitely Renewable Copyright* (Chicago, 2002).

interno, estableciéndose cuantiosas indemnizaciones civiles⁸¹ junto con elevadas penas, y, a nivel internacional, se ha instaurado un sistema de represión frente a los países que no cumplen con las recomendaciones y obligaciones en materia de propiedad intelectual⁸². Junto a ello, EE.UU. se ha encargado de extender la protección fuera de sus fronteras, ya sea a través de instrumentos multilaterales⁸³ o bilaterales⁸⁴.

Frente a esta expansión del “copyright” han surgido movimientos alternativos que buscan recuperar el sentido social olvidado por la actual regulación⁸⁵. Uno de los más conocidos e influyentes, el movimiento “Crea-

⁸¹ Daños y/o ganancias (en la medida que no coincidan) y daños estatutarios o legales (por violación deliberada, por ejemplo, la indemnización puede llegar hasta 100.000 dólares). KURTZ, Leslie, cit. (n. 74), p. 86.

⁸² La *Omniibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 entrega a la Representación Comercial de EE.UU. (U.S. Trade Representative o USTR) la función de elaborar listas anuales que incluyan a los Estados que no otorgan adecuada protección a la PI (las listas se dividen en tres categorías: Priority Foreign Countries, Priority Watch List y la Watch List). La USTR tiene facultades de sancionar unilateralmente a los países infractores, suspendiendo los beneficios comerciales o imponiendo restricciones al comercio. BECERRA, Manuel, *La Propiedad Intelectual en transformación* (México D.F., 2004), pp. 39-40. Nuestro país apareció en la Watch List el 2006 y en la Priority Watch List el 2007. Una semana antes de conocerse el informe, el Gobierno chileno envió al Congreso un proyecto de ley para adecuarla a las exigencias internacionales. Como señaló Carlos Furche, Director General de Relaciones Económicas de la Cancillería, “*Esto se suma al proyecto para adherir al Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y al proyecto para fortalecer el registro de patentes*”, en *La Tercera*, miércoles 2 de mayo de 2007.

⁸³ Como el “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights” (TRIPS o ADPIC en español) producto de las negociaciones del GATT.

⁸⁴ Como los diversos Tratados de Libre Comercio que mantiene. Así por ejemplo, el TLC con nuestro país establece: “*El gobierno de la República de Chile y el gobierno de los Estados Unidos de América, decididos a: [...] estimular la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derechos de propiedad intelectual*”. Uno de sus objetivos es precisamente “*proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes*”. En la actualidad, EE.UU. se encuentra negociando TLC con Perú, Colombia y Panamá. A pesar de que los proyectos contienen estrictas normas sobre protección de la PI, en marzo de 2007 legisladores demócratas de la Cámara Baja pidieron enmendar los proyectos negociados para incluir medidas que aseguren una mayor protección de la PI, entre otras materias. Sobre el particular, el legislador demócrata Charles Rangel, presidente de la Comisión *Ways and Means*, señaló que “*la política comercial estado-unidense debe asegurar que los TLC incrementen los niveles de vida*”. *El Comercio* de Lima, miércoles 28 de marzo de 2007.

⁸⁵ Las críticas provienen de diversos sectores. Una de las principales es que estas políticas expansivas de la PI obedecen a los intereses de grupos empresariales y no se elaboran pensando en el bienestar de la comunidad. Algunos han postulado flexibilizar

tive Commons”, ya opera en nuestro país y ofrece licencias alternativas que permiten compartir la obra bajo diferentes modalidades⁸⁶.

VI. LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE DERECHO DE AUTOR

La noción de derecho de copia, que, como se expuso, se asemeja a la idea de monopolio de explotación concedido por el Estado, vino a ser reemplazada en los países europeos continentales a partir de la Revolución Francesa. El ideal de igualdad se rebela contra los privilegios otorgados por la monarquía a individuos particulares. Por tanto, surge la inmediata necesidad de establecer el derecho de copia en una regulación general que asegure su igual otorgamiento, labor a la que la ley estaba llamada por naturaleza. Pero ahora el derecho de copia no podía ser considerado un privilegio, palabra vedada para los revolucionarios, de ahí que el término

la regulación y establecer mecanismos alternativos que permitan cumplir los mismos fines que el copyright. Joseph Stiglitz, ex Vicepresidente del Banco Mundial y Premio Nobel de Economía, propone la creación de fondos de innovación, formados con aportes estatales destinados a recompensar a quienes hagan inventos con alta utilidad social, cumpliendo así con los objetivos de recompensa y fomento a la innovación. Sobre este tema puede verse: STIGLITZ, Joseph, *Cómo Hacer que Funcione la Globalización* (Bogotá, 2006), pp. 143-177.

⁸⁶ Como señala Ariel Vercelli “Creative Commons posee entre sus metas principales la creación de un espacio que promueva, facilite y garantice el intercambio colectivo de obras y trabajos de artistas, científicos y desarrolladores de programas, como forma de proteger una cultura de la libertad basada en la confianza de poder facilitar intercambios creativos comunitarios. Procura ayudar a los interesados a intercambiar obras y trabajos de una manera sencilla, dinámica y segura”. VERCELLI, Ariel, *Creative Commons y la profundidad del Copyright* [en línea] [citado el 17 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en <<http://www.arielvercelli.org/ccylpdc.html>> Creative Commons permite al autor elegir entre cuatro tipos de licencias básicas, pudiendo mezclarlas. Ellas son: “Atribución” (permite a otros copiar, distribuir, exhibir y ejecutar el trabajo y/o trabajos derivados, pero mencionando al autor original) “No comercial” (permite a otros copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar el trabajo y otros trabajos derivados basados en éste, pero exclusivamente para uso no comercial) “Sin trabajos derivados” (permite a otros copiar, distribuir, exhibir y ejecutar sólo copias literales del trabajo, no pudiendo alterar el contenido original) y “Compartir bajo condiciones similares” (permite a otros copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar el trabajo solo en la medida en que el nuevo trabajo se comparta en iguales condiciones). Sobre este tema puede verse la página web de la organización en: <http://creativecommons.org/> y <http://www.creativecommons.cl/>. Sobre la compatibilidad de este sistema con la legislación de nuestro país, puede verse: CUEVAS, Andrés, *Creative Commons ¿Alternativa a la Propiedad Intelectual en Chile?*, en Revista de Derecho Informático N° 098 - Septiembre 2006 [en línea] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7195>>

sea sustituido y resulte necesario asignarle una naturaleza distinta⁸⁷.

Además de terminar con la concesión arbitraria y discriminadora de privilegios, la primera ley encargada de regular la materia introduce un cambio en el concepto derecho de copia. La idea de derechos naturales, en boga en aquellos tiempos, y la santificación de la propiedad, transforman la noción del “copyright”. En este escenario, autores racionalistas comienzan a “explicitar un nexo indisoluble entre la obra y su personalidad (del creador), en el que la obra se sitúa como una prolongación de su propia individualidad, y por ende susceptible de todos los derechos de propiedad asociados a la propiedad de bienes materiales”⁸⁸. En consecuencia, la doctrina aplica el derecho de propiedad clásico a creaciones del intelecto que carecen de materialidad⁸⁹. La fundamentación radicó, conforme a lo sostenido por Rafael Pacheco, en que como “en el orden material es evidente que el esfuerzo humano aplicado a la materia es suficiente para

⁸⁷ Como los monopolios repugnaban con el ideal de igualdad y eran una manifestación del poder del monarca, los franceses sustituyen el término y se dedican a construir teorías para explicar la naturaleza de esta nueva institución. Posteriormente, los monopolios también son rechazados por las doctrinas económicas, siguiendo los postulados del libre mercado. Este rechazo se plasma en algunas constituciones, como en la actual C. Pol. de los Estados Mexicanos, Carta que, en su artículo 28 inciso 1º, establece: “*En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopolísticas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria*”. Por su parte, el inciso 9º de la misma disposición señala: “*Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora*”. La redacción de este precepto es desafortunada ya que, junto con señalar que los derechos de autor e inventor no constituyen monopolios, se refiere a ellos como “privilegios”, figura que, en la práctica, puede conducir al mismo resultado que el monopolio. Además de ser ilustrativa de lo antes expuesto, es interesante destacar que, de acuerdo con la misma disposición, la Carta mexicana no concibe al derecho de autor como una forma de propiedad. Así, en el artículo 27 que regula esta última garantía, ni siquiera es mencionado el derecho de autor. Probablemente ello se deba a que esta Constitución adopta el modelo anglosajón, tal como lo hizo la primera Carta de ese país, la C. Pol. Mexicana de 1824, que en su artículo 50 entregaba al Congreso General la facultad de “*promover la ilustración; asegurando por un tiempo limitado derechos exclusivos a los autores de sus respectivas obras [...]*”, emulando la regulación constitucional norteamericana antes tratada (Los Padres Fundadores norteamericanos podrían haber demandado al constituyente Mexicano por violación del derecho de autor).

⁸⁸ Traficantes de sueños, *FAQ sobre edición y Copyleft* [en línea] [citado el 17 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <http://biblioweb.sindominio.net/telematica/faq_edicion.html>

⁸⁹ GUZMÁN, Alejandro, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 3), pp. 56 ss.

dar al hombre la propiedad sobre el resultado de su trabajo, igual cosa sucede en el orden intelectual [...] de donde se deduce que el autor tiene una verdadera propiedad sobre su trabajo intelectual”⁹⁰. Así, surge en Francia la denominación “droit d’auteur”, que reemplaza al “copyright” anglosajón. El derecho de autor ya no se presenta, por tanto, como un monopolio sobre la impresión de la obra, sino como el derecho que tiene el autor sobre su creación.

Junto a ello, como la propiedad es considerada un derecho que emana de la naturaleza humana y el derecho de autor es una especie de propiedad⁹¹, entonces la PI se presentaba como un derecho natural, cuya existencia no depende del reconocimiento por el derecho. A pesar de ello, el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual no es incorporado en los primeros catálogos de derechos.

Estas concepciones de igualdad y de propiedad (acompañada del apellido “especial”) se materializan en los decretos de la Asamblea Nacional Francesa de 1791 y 1793⁹². Ambos cuerpos normativos se basan en la idea bien reflejada por Jean Le Chapelier ante la Asamblea: “La más sagrada y personal de todas las propiedades, es el fruto del trabajo del pensamiento de un escritor (...) así que es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten de los beneficios de su trabajo, es esencial que durante su vida y algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio, sin su consentimiento”⁹³. Así, el *Décret relatif aux spectacles* de 1791 y el *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d’écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* de 1793, recogen el contenido económico del “copyright” anglosajón (el monopolio exclusivo y la facultad de transferirlo), pero, al otorgar primacía al vínculo entre el sujeto y su creación producto de la influencia racionalista, introducen notables cambios que marcan un quiebre con la tradición del “Common Law”. En primer término, se establece que el derecho se extiende por toda la vida del autor y se transmite a los herederos, a quienes corresponde por un máximo de diez años⁹⁴. Por otra parte, al concebir a la obra como extensión de la personalidad de su autor, la legislación francesa establece un conjunto de derechos que corresponden al creador aunque transfiera su derecho (o más bien, el contenido patrimonial

⁹⁰ PACHECO, Rafael, *La Ley de Propiedad Intelectual* (Santiago, 1933), p. 6.

⁹¹ Especie, porque como se verá, recae sobre un objeto distinto al de la clásica propiedad romana.

⁹² GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales o producciones del talento o del ingenio*, en *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, 2005), p. 56.

⁹³ LOREDO, Alejandro, cit. (n. 4).

⁹⁴ DÍAZ, Javier, cit. (n. 1).

del DA), los denominados derechos morales⁹⁵. Otro punto de diferenciación radica en que la protección se extiende no sólo a las obras impresas (libros, cartas, mapas, etc.), sino que comprende ahora la representación y alcanza a creaciones no fijadas en un soporte escrito (como las obras de teatro, la música, etc.). Finalmente, como el DA es considerado por los franceses un derecho natural y que, por tanto, no depende del reconocimiento estatal, los decretos en referencia establecen que el derecho corresponde al autor desde la creación, eliminando el registro como requisito para el otorgamiento de la protección.

La concepción plasmada en la legislación francesa de 1791 y 1793 se extiende rápidamente al resto de Europa Continental, recogándose por la legislación alemana bajo la denominación “Urheberrecht” y por la española como “derecho de autor”. Posteriormente, a fines del siglo XIX, esta concepción imperante se ve plasmada en tratados internacionales sobre la materia, comenzando por el Convenio de Berna de 1886⁹⁶.

⁹⁵ Véase nota 79. La categoría “derechos morales” generalmente está comprendida por: i) derecho de divulgación (el autor escoge cuando hacer pública su obra. También se le llama derecho a lo inédito, que representa el contenido negativo de este derecho, es decir, mantener la obra inédita); ii) derecho a la paternidad (el autor tiene derecho a asociar la obra a su nombre o a un seudónimo o bien mantenerla anónima. También se le conoce equivocadamente como derecho de reivindicación); y iii) derecho a la integridad (el autor tiene derecho a exigir que su obra no sea deformada o alterada). Las principales características de estos derechos son su irrenunciabilidad (el autor no puede desprenderse de estas facultades) y la inalienabilidad (estos derechos no pueden transferirse). Nuestra legislación de derecho de autor, la Ley N° 17.336 (publicada en el Diario Oficial de 2 de octubre de 1970) reconoce esta categoría de derechos en el capítulo IV, denominado precisamente “derecho moral”, y señala en su artículo 14 que el autor tiene de por vida las siguientes facultades: “1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido; 2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento [...]; 3) Mantener la obra inédita; 4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere, y 5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común”. Por otra parte, el artículo 16 establece su carácter inalienable. Además, la ley reconoce los derechos morales en otras disposiciones fuera del capítulo, como en los artículos 4, 6 y 11.

⁹⁶ La internalización del derecho de autor responde a la necesidad de los Estados de otorgar protección fuera de su territorio y, junto con ello, uniformarla. Para un análisis sobre la internacionalización puede verse: MÜLLER, Luis, *El Derecho de la Propiedad Intelectual y el entorno mundial: un apunte exploratorio*, en *Revista de Derecho Privado* N° 7 (México, 1992), pp. 65-83; BECERRA, Manuel, cit. (n. 82), pp. 20-43. Este último autor distingue tres generaciones de Tratados sobre PI en sentido amplio. La primera está conformada principalmente por las Convenciones de París de 1883 (sobre protección de la propiedad industrial) y Berna de 1886 (sobre protección de

VII. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA Y AMÉRICA

La situación en la península ibérica no era muy distinta a la del resto de Europa. Frente a un régimen general de restricciones a la difusión del pensamiento, la llegada de la imprenta significó un potencial peligro que exigió la intervención oficial. El control tenía por objeto principal el resguardo de la fe, aunque también se enfocó en evitar la difusión de ideas que atentaran contra la forma de gobierno y en otros fines de menor importancia. Esta actividad contralora de la expresión estuvo a cargo del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, establecido por Real Cédula de 1480⁹⁷. Este organismo, junto con la Casa de Contratación y el Real Consejo de Indias, fueron los encargados de otorgar licencias para ingresar obras prohibidas a las Indias y para su impresión en estos territorios⁹⁸. Entre nosotros, la Inquisición de Lima, fundada en 1569, ejerció jurisdicción sobre el Reino de Chile⁹⁹.

Así las cosas, la imprenta en América, introducida por primera vez en México en 1539 y luego en Lima en 1584¹⁰⁰, funcionó bajo la concesión de privilegios de impresión. Estas licencias se concedían, como se mencionó, siempre que el libro no tratara materias objeto de prohibición¹⁰¹. En un

la obras literarias y artísticas). La segunda generación la integran los acuerdos logrados en el marco del GATT, especialmente el TRIPS, resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Finalmente, el autor revisa los actos unilaterales de protección a la PI, centrandose su atención en la *Especial 301*, integrante de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, dictada por EE.UU.

⁹⁷ MINGUIJÓN, Salvador, *Historia del Derecho Español* (Barcelona, 1927), II, p. 151.

⁹⁸ Hacia 1805 se traspasan parte de estas funciones en España al Juez de Imprenta y a los Censores, a quienes correspondía la aprobación de las obras, la censura, el otorgamiento de licencias y la inspección (Decreto de 11 de abril, inserto en Ced. del Consejo de 3 de mayo de 1805).

⁹⁹ EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile* (Santiago, 1973), I, p. 123. Según este autor, los chilenos no le dimos mucho trabajo al Santo Oficio. En la mayoría de las causas este tribunal impuso sanciones menores. Al parecer, solo se decretó la pena de muerte a un “chileno”, el médico Francisco Maldonado de Silva, acusado de practicar la religión mosaica. A pesar de los intentos por convencerlo de abandonar esa fe, su inflexible posición no ayudó mucho en la preservación de su vida (p. 191).

¹⁰⁰ ENCINA, Antonio, *Historia de Chile* (Santiago, 1983), VII, p.77.

¹⁰¹ Estaban prohibidos los libros que abordaran “materias profanas y fabulosas de historias fingidas” [ENCINA, Antonio, cit. (nota 100), p. 77], aquellos que atentaran contra la religión, propagaran el racionalismo, criticaran el régimen absolutista o cuestionaran la ocupación española en Indias. Regularmente las Pragmáticas y Reales Ordenes se referían a ellos como libros “no necesarios o convenientes, ni de materias que deban o puedan excusarse, o no importe su lectura”, sin pormenorizar los conte-

primer momento, la actitud de la Corona fue promover la internación de libros a los reinos, tarea que emprenden en 1480 eximiéndola de todo impuesto¹⁰². Sin embargo, la Pragmática de 8 de julio de 1502 dictada por los Reyes Católicos vino a establecer el régimen de prohibición de internación, impresión y venta de libros que no contaran con licencia¹⁰³. La cuestión resultó tan importante que en 1558 se estableció que el incumplimiento de esta prohibición sería sancionado con pena de muerte y perdimiento de los bienes¹⁰⁴.

Al igual que en el resto de Europa, los sujetos beneficiarios de las licencias eran los impresores y el régimen apuntó a evitar la concentración de poder en manos de estos¹⁰⁵. El año 1763 se traslada el privilegio a los

nidos vedados. También se prohibió la impresión de ciertos documentos que trataran materias de Estado (v. gr. Tratado de paz con Francia, la Gaceta de Madrid, mapas que señalaban fronteras) como medio para asegurar la fidelidad de la impresión.

¹⁰² La ley 1^a del título 15^o del libro VIII de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, denominado “*De los Impresores, Libreros, Imprentas y Librerías*”, emitida por Fernando e Isabel, en 1480, exime de impuestos a la internación de libros, ordenando “[...] *que de aquí en adelante, todos los libros que se traxeren a nuestros reynos [...], no se pidan ni paguen, ni lleven almojarifazgo, ni diezmo ni portazgo, ni otros derechos algunos [...]*”. El fundamento estaba en que la internación de libros “*redunda en provecho universal de todos, y en ennoblecimiento de nuestros reynos*”.

¹⁰³ Ella señaló: “*Mandamos y defendemos, que ningún librero ni impresor de moldes, ni mercaderes, ni factor de los suso dichos, no sea osado de hacer imprimir de molde de aquí en adelante por vía directa ni indirecta ningún libro de ninguna facultad o lectura, ó obra, que sea pequeña o grande, en latín ni en romance, sin que primeramente tenga para ello nuestra licencia y especial mandado [...]*”. La misma Pragmática establece que la venta de libros requería de examen previo y obtención de licencia, so pena de la pérdida de los libros, del precio que hubieren recibido y, en caso que nada hubiere percibido por la venta, se les asignaba un valor a ellos. La Corona asignó tal importancia al cumplimiento de esta regla que recompensaba al denunciante con un tercio del precio que hubiere recibido el infractor por los libros o del valor asignado a estos; otra tercera parte correspondía al juez que lo sentenciare y la porción final correspondía a “*nuestra Cámara y Fisco*” (ley 1^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*). El mismo incentivo es recogido por la actual ley de PI chilena (ley N^o 17.336) en su artículo 84 que establece acción popular para la denuncia de los delitos sancionados en aquella, teniendo el denunciante derecho a recibir la mitad de la multa.

¹⁰⁴ En virtud de la Pragmática de 7 de septiembre de 1558 (ley 3^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*).

¹⁰⁵ Así por ejemplo aparece en la Real Orden de 14 de noviembre de 1762 dictada por Carlos III que abolió la tasa fijada para la venta de libros establecida por el Consejo. Sin embargo –y aquí lo que se afirmó al inicio–, ella estableció que tratándose de libros de “*uso indispensable para la instrucción y educación del pueblo, valiéndose los libreros de la necesidad de comprarlos, para hacer mas gravosa al Público su avaricia; he resuelto, que esta especie de libros, que son de primera necesidad,*

autores en virtud la Real Orden de 22 de marzo de 1763 dictada por Carlos III¹⁰⁶. Posteriormente, la Real Orden de 1764 establece la transmisibilidad del privilegio¹⁰⁷. A pesar de este significativo avance en el reconocimiento del derecho de autor, la expresión todavía estaba fuertemente restringida. En cuanto a su naturaleza, y al igual que en el resto del mundo en aquella época, se le consideró un privilegio. Como sostiene Díaz Noci: “el propósito es del todo económico, aunque se trate todavía de un privilegio concedido por el rey y no de un derecho”¹⁰⁸. La revolución francesa significó, en un primer momento, un retroceso en el derecho de autor y en el régimen de impresión. El monarca preocupado por el efecto revolucionario que podía azotar a España y Las Indias, dictó una Real Orden y Real Cedula, ambas de 1784, que prohíben la impresión y venta de libros extranjeros sin licencia¹⁰⁹.

El panorama cambia durante el siglo XIX gracias a los mismos franceses. La prisión de Fernando VII en manos de José Bonaparte motiva la instalación de Cortes y la introducción del constitucionalismo en España. Esto produjo, aunque por breve tiempo y en forma incipiente, el reconocimiento de la libertad de imprenta a partir del Decreto de 10 de noviembre de 1810 de las Cortes de Cádiz. Su artículo 1 estableció: “*Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación*”¹¹⁰. Mas tarde, sin

estén sujetos a la tasa del Consejo como hasta aquí” (ley 23^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*). La misma línea sigue la Real Orden del 22 de marzo de 1793, que reitera la abolición de la tasa para todos los libros, salvo los indispensables para la instrucción del Pueblo, los que quedarían sujetos a ella “*a fin de evitar el monopolio que pudieran hacer los libreros*” (ley 24^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*).

¹⁰⁶ Señalaba que “[...] *de aquí en adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto*” (ley 24^a, tít. 16^o lib. VIII de la *Nov. Recop.*).

¹⁰⁷ La Real Orden de Carlos III de 20 de octubre de 1764, declara “*que los privilegios concedidos a los autores no se extingan por su muerte, sino que pasen a sus herederos [...], y que a estos herederos se les continúe el privilegio mientras le solicitan [...]*” (ley 25^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*). Tiempo después, la Real Orden de 14 de junio y Cédula del Consejo, de 9 de julio de 1778, estableció que: “*Si hubiere expirado el privilegio concedido a algún autor, y él ó sus herederos no acudiesen dentro de un año siguiente pidiendo prorroga, se conceda licencia para reimprimir el libro a quien se presentare a solicitarla [...]*” (ley 26^a, tít. 16^o, lib. VIII de la *Nov. Recop.*).

¹⁰⁸ DÍAZ, Javier, cit. (n. 1).

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ LA PARRA, Emilio, *La Libertad de Prensa en las Cortes de Cádiz* [en línea] [citado

embargo, las propias Cortes impusieron restricciones a dicha libertad¹¹¹. Posteriormente, esta es elevada a rango constitucional a partir de su reconocimiento en los artículos 131 y 371 de la Constitución de Cádiz de 1812¹¹². A dicha consagración siguió la abolición en 1813 del Santo Oficio, aunque la censura subsistió en materia religiosa¹¹³. Finalmente, en junio de 1813 se modifica el Decreto dictado tres años antes, estableciendo que los escritos son propiedad de su autor y que, una vez fallecido, le correspondía a sus herederos hasta por 10 años, transcurridos los cuales la obra pasaba al patrimonio común¹¹⁴. Posteriormente, en 1847 se dicta la primera ley sobre derechos de autor¹¹⁵.

VIII. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN CHILE

1. *Panorama general*

Bajo el régimen hispano, rigieron en Chile las mismas limitaciones para la introducción, impresión, venta y tenencia de libros que para la metrópolis y el resto de los territorios de ultramar. En cuanto a la imprenta, no existe registro de la fecha exacta en que se instala la primera prensa

el 18 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/56818403212381663654679/p0000001.htm#I_0_>

¹¹¹ En esta línea, el Decreto de 29 de abril de 1812 prohibía la reimpresión del texto constitucional sin permiso del gobierno. Según La Parra, esta restricción encontraba fundamento en el temor del gobierno a alteraciones en la impresión de la Carta Fundamental por parte de sus opositores. Lo cierto es que este Decreto fue acompañado de otros que restringieron la antes consagrada libertad [LA PARRA, Emilio, cit. (n. 110)].

¹¹² Práctica que se repite en las constituciones posteriores.

¹¹³ FERNÁNDEZ, Melchor, *Orígenes del Régimen Constitucional en España* (Barcelona, 1928), p. 141. Sobre el particular, La Parra señala: "En junio de 1813 ya no existe legalmente la Inquisición y por consiguiente las disposiciones sobre la imprenta prescinden de manera absoluta de ese tribunal, al que había correspondido en los tiempos anteriores las principales funciones en la censura de impresos. Ahora bien, las Cortes habían creado, en el mismo decreto de 22 de febrero que abolió al Santo Oficio, unos Tribunales Protectores de la Fe a los que precisamente se le asignan amplias funciones para velar por la pureza de la religión. Estos tribunales, constituidos por el ordinario y los jueces eclesiásticos de cada diócesis, sustituyen a las Juntas en todas las publicaciones sobre materias religiosas, sin duda el conjunto más numeroso salido de nuestras imprentas en este tiempo" [LA PARRA, Emilio, cit. (n. 110)].

¹¹⁴ LA PARRA, Emilio, cit. (n. 110).

¹¹⁵ OSSA, Claudio, cit. (n. 4), p. 13.

Según este autor, la expresión propiedad intelectual, como una clase especial de este derecho, es utilizada por primera vez en España en la modificación a la Ley sobre derechos de autor de 1847, efectuada por Alfonso XII en 1879.

en nuestro país. Lo cierto es que a mediados del siglo XVIII se introducen pequeños talleres cuya capacidad se limitaba a la impresión de memorias universitarias y esquelas¹¹⁶, pero el primer libro impreso en nuestro país data de 1776¹¹⁷.

El origen de la regulación sobre las creaciones intelectuales en los primeros intentos por lograr la emancipación de nuestro país, puede encontrarse en un decreto de 1811 dictado por la Primera Junta de Gobierno que eximió de impuestos a la internación de libros e imprentas por el plazo de un año y medio¹¹⁸. La intención de la Junta era fomentar la actividad intelectual y propagar el sentimiento independentista, objetivos asumidos con prioridad por los gobiernos posteriores. Ya en noviembre de 1810 la Junta había intentado comprar una imprenta en Buenos Aires, cuestión que se materializó recién en 1812, en que el Gobierno de Carrera adquiere una en Estados Unidos¹¹⁹. Sólo faltaba consagrar la libertad de imprenta, tarea de la que se encarga el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, cuyo artículo 23 señaló: “*La imprenta gozará de una libertad legal; y para que ésta no degenerare nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno y Senado*”¹²⁰. Con posterioridad, la libertad de imprenta es recogida en todos los textos constitucionales desde 1818 en adelante¹²¹. A pesar de la temprana declaración, tal libertad reconocía —y reconoce— limitaciones. Ellas se materializan, siguiendo al derecho indiano, en la existencia de funcionarios encargados del control de la impresión e internación de libros¹²².

¹¹⁶ EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile* (Santiago, 1973), p. 52.

¹¹⁷ EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile*, cit. (n. 99), p. 293. Según el mismo autor, en 1748 los Jesuitas habían internado una imprenta, pero no existen antecedentes sobre su utilización y destino final.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 360.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 388.

¹²⁰ El texto del “Reglamento Constitucional Provisorio” de 1812 y las *Constituciones Políticas de la República de Chile* que a continuación se citan, se encuentran en VALENCIA, Luis, *Anales de la República, Textos Constitucionales de Chile y Registro de los Ciudadanos que han Integrado los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*, Primera Parte (Santiago, 1986).

¹²¹ Un resumen sobre la historia constitucional de la libertad de expresión en Chile puede verse en: EVANS, Enrique, *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, 1999), II, pp. 9-15.

¹²² Hacia 1830 tal función correspondía a una Junta de Censura, cuya falta de criterio reclamó públicamente Andrés Bello en 1832. Ese año, el Gobierno, para dar solución a esta crítica, encomienda dicha función al propio Bello junto a Egaña y Marín, quienes la ejercen con flexibilidad, reduciendo la censura casi completamente. La Junta es suprimida formalmente sólo en 1878 (ENCINA, Antonio, cit. (n. 100), XXIV, pp. 10-11).

2. Las primeras regulaciones constitucionales.

En este escenario, el primer intento por regular el derecho de autor aparece en el “Proyecto de Constitución” de 1826, cuya Sección 3^a “*De las Atribuciones del Congreso Nacional*”, artículo 43, entrega al Congreso la facultad de dictar leyes generales para: [N^o 3] “*Promover la ilustración, bien estar, y riqueza nacional, fomentando la agricultura é industria mercantil y fabril, ya por medio de privilegios á los autores, é inventores [...]*”¹²³. Esta disposición, que emula la técnica constitucional norteamericana¹²⁴, no llegó a convertirse en derecho vigente¹²⁵. Lo interesante es que el derecho de autor fue concebido como un privilegio y no como una forma de propiedad, recogiendo la concepción imperante en el sistema del “Common Law”. Posteriormente, el Proyecto de Constitución presentado por el Senador Mariano Egaña en mayo de 1832 a la Comisión encargada de elaborar un proyecto de reforma constitucional para presentarlo ante la Gran Convención de Chile (conocido como Voto Particular de Egaña), incorpora en su Título 16, sobre *Garantías de la Seguridad y de la Propiedad*, el derecho de autor de vertiente Europeo continental. Su artículo 117 señalaba: “*Todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos, y de sus producciones. La lei le asegurará un privilegio exclusivo temporal, ó resarcimiento de la pérdida que tenga en caso de exijirse su publicación*”. Esta disposición fue recogida en el artículo 20 del segundo proyecto de reforma presentado por la Comisión a la Gran Convención, proyecto que se basó en gran parte en el Voto Particular de Egaña¹²⁶. Esta disposición señaló “*Todo inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento por el tiempo que le concediere la lei; y si esta exijiese su publicacion dará al inventor la indemnizacion competente*”. Llama la atención que tanto el Voto Particular como este segundo proyecto se refieran solo al inventor. En el caso del primero, la expresión “producciones” parece incluir a los

¹²³ El texto del Proyecto de Constitución de Chile de 1826, y los demás proyectos de constituciones que a continuación se citan, se encuentran en: DIPPEL, Horst (editor) *Constitución of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, America*, II; BRONFMAN, Alan (editor) *Constitutional Documents of Chile 1811-1833* (Munich, 2006).

¹²⁴ Este Proyecto se basa en la C. Pol. Mexicana de 1824, eco de la Carta norteamericana de 1787. Como se mencionó (supra, n. 87) el artículo 50 de la Ley Fundamental Mexicana entregaba al Congreso General la facultad de “*promover la ilustración; asegurando por un tiempo limitado derechos exclusivos a los autores de sus respectivas obras [...]*”.

¹²⁵ Aunque algunas partes de este proyecto fueron aprobadas por los federalistas en forma separada, conocidas con el nombre de “leyes federales”.

¹²⁶ Se dice que dos tercios de la Constitución de 1833 se basan en el proyecto del Senador Egaña.

autores; en el caso del segundo, en cambio, sólo se hace referencia al “descubrimiento”, suprimiendo toda posible referencia al autor. Finalmente, el texto de la Carta de 1833 materializa estas proposiciones en su artículo 152¹²⁷, precepto que establece: “*Todo autor ó inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente*”. Ella incorpora al “autor”, mas omite su mención al regular la garantía patrimonial del expropiado. Como apunta el profesor Alejandro Guzmán Brito, la omisión puede explicarse debido a que los proyectos antes citados sólo mencionaban al “inventor”, incluyéndose al “autor” en la primera parte de la disposición en el curso del debate del proyecto final de Constitución, pero olvidando su mención en la parte final¹²⁸. Otra posible interpretación, siguiendo al mismo autor, es sostener que el constituyente quiso que sólo los inventos fueran expropiables¹²⁹. Lamentablemente, la ausencia de actas de la Comisión de Reforma¹³⁰ impide aclarar la intención original del constituyente.

3. De la Constitución a la legislación.

Habiendo entregado la Carta de 1833 la regulación del derecho de autor (ahora “propiedad”) a la legislación, el 24 de julio de 1834 se dicta la primera *Ley sobre Propiedad Literaria*¹³¹. Bajo el título “*Privilegio Exclusivo*”, con que aparece publicada, su artículo 1 estableció que: “*Los autores de todo genero de escritos, o composiciones de música, de pintura, dibujo, escultura, y en fin de aquellos a quienes pertenecen las letras, tendrán el derecho exclusivo de vender, hacer vender o distribuir en Chile sus obras por medio de la imprenta, biografía, molde, o cualquiera otro medio de reproducir o multiplicar las copias*”. Como señala el profesor Guzmán, esta ley, a pesar de inspirarse en su análoga francesa de 1793, se refiere al derecho de autor como “*derecho exclusivo*”¹³², aunque su artículo 4 y otras disposiciones recurren a la noción de propiedad establecida ya por la Carta constitucional. El objetivo de esta ley fue estimular la actividad intelectual de un país en formación, tal como es declarado en el Mensaje dirigido al Senado y a la Cámara de

¹²⁷ Que posteriormente, producto de las sucesivas reformas constitucionales, corresponde al artículo 143.

¹²⁸ GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales*, cit. (n. 92), p. 57.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ CARRASCO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* (Santiago, 2002), pp. 111 y 114.

¹³¹ El texto de la ley citado en este trabajo se encuentra en *Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno*, L. VI (Santiago, 1841).

¹³² GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales*, cit. (n. 92), p. 58.

Diputados por el Presidente José Joaquín Prieto el 19 de julio de 1833¹³³, en que se expresa: “*La atención que merecen aquellos literatos que, después de haber ilustrado su patria, no dejan mas patrimonio a su familia que el honrado caudal de sus propias obras, i el estímulo de imitar su bien ejemplo*”. Luego reconocía el carácter de derecho de propiedad al agregar “[...] *la necesidad de proteger el derecho de propiedad que tienen sobre sus obras y escritos*”. En cuanto a la adquisición del derecho, esta se verificaba por el depósito de tres ejemplares de la obra en la Biblioteca de Santiago y expresando en el frontispicio el nombre del autor. El artículo 2 otorgaba el privilegio por toda la vida del autor, al cabo de la cual pasaba a los herederos testamentarios y los legítimos por 5 años, prorrogables hasta por 10 al arbitrio del Gobierno. Se reconoce su transferibilidad en el artículo 3, aunque se emplea la expresión “transmitir”. Su artículo 14 establece que transcurrido los términos señalados, la obra “*quedará en el concepto de propiedad común, y todos tendrán espedita la accion de negociar con ella como les pareciere*”. Finalmente, el artículo 15 dispuso que las infracciones se juzgarían según las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena.

Pocos años después, el *Código Civil* recogía el concepto de propiedad sobre las creaciones en el artículo 584 del título 2º de su libro II¹³⁴. Siguiendo nuevamente al profesor Guzmán, la disposición se basaría en el proyecto de *Código Civil español* de García Goyena, de 1852, que a su vez parece recogerla del artículo 440 del *Código sardo*, ya que el *Code Civil* francés no aborda la materia¹³⁵. El proyecto de Goyena es una de las principales fuentes a que recurre Andrés Bello en la redacción del CCCh.¹³⁶, a tal punto que la disposición es incorporada en éste en forma casi literal¹³⁷. Así, el artículo 584 reconoce la propiedad sobre “*las producciones del talento o del ingenio*” y encarga su regulación a la legislación especial. Bello, reconociendo los caracteres especiales del derecho de autor –y de la propiedad intelectual en general– la consagra como una especie de propiedad distinta

¹³³ Cámara de Diputados, Anexo a la Sesión N° 14 de 29 de julio de 1833, en *Sesiones de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile de 1811 a 1845, recopiladas por Valentín Letelier* (Santiago, 1901), XXII (1833-1834).

¹³⁴ Dicho artículo señala: “*Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. [inciso 1º] Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales [inciso 2º]*”.

¹³⁵ GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales...* cit. (n. 92), pp. 56-57.

¹³⁶ MOISSET DE ESPANES, Luis, *Codificación Civil Española y Americana (Su Evolución e Influencias Recíprocas)* [en línea] [citado el 18 de abril 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.acader.unc.edu.ar/artcodificacionespanolayamericana.pdf>>.

¹³⁷ GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales*, cit. (n. 92), p. 57.

de la que recae sobre cosas corporales y sobre cosas incorporeales, regulada en el Código¹³⁸.

4. *La nueva regulación legal.*

En 1923 el gobierno de la época nombró una comisión encargada de elaborar un proyecto que sustituyera a la ley de 1834, ya obsoleta en algunas de sus partes¹³⁹. La comisión redactó un proyecto basándose en la ley vigente y fue presentado al Congreso por el Presidente Arturo Alessandri, pero no pudo ver la luz¹⁴⁰.

Dos años después, se encarga a Carlos Silva Cruz, Director de la Biblioteca Nacional, la elaboración de un nuevo proyecto¹⁴¹. Basado en el proyecto fallido de 1923, Silva envía su trabajo al Ministro de Justicia don José Maza, quien modifica y suprime algunas de sus disposiciones¹⁴². Suspendido el Congreso por aquella época, su aprobación como Decreto Ley por la Junta de Gobierno favoreció su buen destino. Así, la legislación especial de derecho de autor de 1834 es sustituida por el DL. N° 345 publicado en el *Diario Oficial* de 17 de marzo de 1925, sobre Propiedad Intelectual¹⁴³. La nueva normativa vino a reproducir en gran medida lo establecido por la ley anterior. Su artículo 1 dispuso que el derecho de autor se constituye por la inscripción en el registro de PI a cargo de la Biblioteca Nacional y que, para tener la exclusividad de goce se debía anunciar en cada ejemplar el número del registro (artículo 15); se reitera el carácter transferible de los derechos patrimoniales (únicos reconocidos hasta esa época, salvo la paternidad) (artículo 7); aumenta el plazo de veinte años cuando el derecho ha sido transmitido a los herederos (artículo 7); se reconocen las excepciones o uso justo (artículos 6 y 11); y se reitera que la PI consiste en un “*derecho exclusivo de distribuir, vender o aprovechar con fin de lucro una obra de la inteligencia*” (artículo 1), aunque se utiliza la expresión “propiedad” en diversos artículos.

¹³⁸ Sin duda, la regulación de la propiedad en el CCCh no se compadecía con las especiales características que presenta el derecho de autor, razón por la cual requería de una regulación especial que, además, en aquella época ya estaba dictada.

¹³⁹ PACHECO, Rafael, cit. (n. 90), pp. 21-22.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ El texto del D.L. 345 de 1925 se encuentra en *Recopilación de Decretos Leyes por Orden Numérico, Arreglada por la Secretaria del Consejo de Estado* (Santiago, 1925), XII.

5. *El derecho de autor en la nueva Constitución.*

En septiembre del mismo año entra en vigencia la Constitución de 1925, Carta que no introduce modificaciones sustanciales en relación con la norma de 1833. Su artículo 10 N° 11, en el capítulo sobre “*Garantías Constitucionales*”, reconoce “*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*”. A diferencia de la disposición constitucional anterior, el autor es incluido en la garantía patrimonial frente a la expropiación (expresión que reemplaza a “publicación”, pero que tenía el mismo sentido). El constituyente optó por regular el derecho de propiedad en el artículo 10 N° 10, y la propiedad intelectual en el numeral siguiente. Esta decisión genera duda acerca de la aplicación del estatuto general de la propiedad del numeral 10, específicamente de las limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad por “*las reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social*”. Si no se entiende incluida, la propiedad intelectual aparecía como un derecho absoluto (al menos en lo relativo a este concepto), por un tiempo determinado claro, pero que permite ejercer las más amplias facultades de forma ilimitada e independiente¹⁴⁴. Sin embargo, y a pesar de la ausencia de limitaciones, la doctrina ya había construido excepciones al carácter absoluto de la propiedad en general (por tanto, aplicables a esta especie), específicamente el llamado “derecho de uso inocuo”, que permite a terceros obtener provecho de la cosa sin causar perjuicio al dueño¹⁴⁵. Este “derecho”, por tratarse de una excepción y no de un límite constitucional, debe interpretarse en forma restringida¹⁴⁶. Superando esta interpretación, parece más razonable

¹⁴⁴ Antes de la limitación impuesta por la función social de la propiedad (ya como límite interno o externo) la doctrina reconocía que el carácter absoluto de la propiedad estaba atenuado por la misma definición del artículo 582 del CCCh, al establecer que si bien permite “*gozar y disponer de ella arbitrariamente*”, estas facultades se encuentran limitadas por la misma disposición cuando señala “*no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”. Sin embargo, estas limitaciones rigen para una especie de propiedad que es la definida por este precepto, o sea la que recae sobre cosas corporales. No se trata de una definición del género propiedad, sino de una de sus especies, no aplicable, por tanto, a la que recae sobre cosas intelectuales.

¹⁴⁵ PEÑAILLO, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, 2006), p. 130.

¹⁴⁶ Es interesante destacar que el “derecho de uso inocuo” es el fundamento del llamado “uso justo”, reconocido por todas las legislaciones de derecho de autor, como una excepción a su exclusividad. Este uso se basa en la ausencia de perjuicio al autor por la utilización de la obra sin remunerarlo y sin contar con su autorización. Entre nosotros, se encuentra regulada en la Ley N° 17.336, párrafos 3° y 4°. Su artículo 45 expresa: “*Las excepciones establecidas en este Párrafo y en el Párrafo siguiente se circunscribirán a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un*

sostener que la regulación de la propiedad intelectual se complementaba con el estatuto general normado en el numeral 10 del artículo 10 de la carta política de 1925, aplicándose, en consecuencia, las referidas limitaciones en su ejercicio.

6. *El cambio de legislación y la normativa actual*

El D.L. dictado en 1925 es reemplazado en 1970 por la Ley N° 17.336, publicada en el *Diario Oficial* de 2 de octubre de ese año, que entro en vigencia 180 días después de aquella fecha. La necesidad de actualizar la legislación para no mantener al país al margen de los avances originados por las convenciones internacionales de la época, exigían la aprobación del proyecto enviado por el Presidente Eduardo Frei Montalva a la Cámara de Diputados¹⁴⁷. El nuevo cuerpo legal introduce importantes modificaciones en relación con la legislación anterior, destacando la adquisición del derecho de autor por el sólo hecho de la creación (artículo 1), sin necesidad de registro, el que ahora sirve como presunción de autoría de la obra (artículo 8) y para la inscripción de los contratos translaticios de los derechos de autor y conexos (artículo 73). Así mismo, establece por primera vez un catálogo de los llamados “derechos morales” (artículos 14 y ss.)¹⁴⁸; reconoce los derechos conexos que corresponden a los artistas, intérpretes y ejecutantes (artículos 65 y ss.); regula los contratos de edición (artículos 48 y ss.) y representación (artículos 56 y ss.); y establece las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor (artículos 91 y ss.).

Esta ley ha sido modificada por las leyes N° 17.773 de 18 de octubre de 1972, N° 18.443 de 17 de octubre de 1985, N° 18.957 de 5 de marzo de 1990, N° 19.166 de 17 de septiembre de 1992, N° 19.912 de 4 de noviembre de 2003, N° 19.914 de 19 de noviembre de 2003 y N° 19.928 de 31 de enero de 2004. La mayoría de ellas ha extendido el ámbito de protección del derecho de autor, ya sea incorporando nuevas obras (como los ideogramas, programas computacionales, compilaciones de datos), regulando en detalle los fonogramas, aumentando el plazo de duración de los derechos de autor (en un principio se otorgaba por toda la vida del autor y se extendía por 30 años después de su muerte, plazo que se aumenta a 50¹⁴⁹ y luego a 70 años,

perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

¹⁴⁷ “Mensaje del Presidente de la República a la Cámara de Diputados”, cit. por LARRAGUIBEL, Santiago, *Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (Santiago, 1979), p. 21.

¹⁴⁸ Además se encuentra reconocido en otras disposiciones. Véase nota 98.

¹⁴⁹ Según el art. 7 del Convenio de Berna (contenido en el D.S. N° 266 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el D.O. de 5 de junio de 1975) el plazo de protección se extiende durante la vida del autor y 50 años después de su muerte, por lo que el plazo original de 30 años debió ser modificado.

por regla general¹⁵⁰) y derechos conexos, y elevando las sanciones en caso de infracciones a la ley y a su reglamento y las penas por delitos contra la PI. Además, la ley es complementada por el *Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual* contenido en el DS. N° 1.122 del Ministerio de Educación Pública, publicado en el *Diario Oficial* de 17 de junio de 1971.

En la actualidad, existen diversos proyectos que pretenden modificar la legislación vigente¹⁵¹. El último de ellos es el enviado por la Presidenta Michelle Bachelet, el 23 de abril de 2007. En su Mensaje a la Cámara de Diputados¹⁵², la mandataria reconoce la necesidad de buscar un equilibrio entre el DA y el acceso a la cultura. Expresa: *“la regulación de estos derechos [sc. derechos de autor y derecho conexos] debe siempre realizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, se deben otorgar las condiciones que estimulen la actividad creativa y generadora de conocimiento, garantizando el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales resultantes de éstas; y, por otro lado, la necesidad de asegurar el acceso de la población a estas creaciones artísticas-culturales y productos del conocimiento”*; y agrega: *“Chile ha reafirmado la necesidad de que el sistema de propiedad intelectual sea balanceado, de forma de equilibrar los intereses de los distintos actores y sectores involucrados. De esta forma, se busca conjugar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto”*. En cumplimiento de este objetivo, el proyecto amplía las excepciones al derecho de autor en beneficio de establecimientos educacionales, bibliotecas y archivos sin fines de lucro y de personas con discapacidad. Por otra parte, se refuerzan los medios de represión

¹⁵⁰ Ya que existe una hipótesis en que se extiende por toda la vida del cónyuge o hijas sobrevivientes (art. 10). Esta disposición dificulta extremadamente el conocimiento acerca de si la obra pertenece al dominio privado o al patrimonio cultural común.

¹⁵¹ Los proyectos modificatorios son los siguientes: *Boletín* N° 2554-04: “Modifica las leyes de propiedad intelectual y de fomento al libro y la lectura, para que las especies decomisadas puedan ser destinadas a un fin educacional, cultural o de instrucción”; *Boletín* N° 3008-07: “Protege la propiedad intelectual de obras digitales”; *Boletín* N° 1944-04: “Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual”; *Boletín* N° 3313-07: “Modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, en materia de delitos en contra del derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor”; *Boletín* N° 5012-03: “Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual (regulación de derechos de autor y conexos –piratería– responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet)”; y *Boletín* N° 4432-24: “Modifica la ley N° 17.366, sobre Propiedad Intelectual para perfeccionar el concepto de derechos conexos y precisar su contenido y efecto; agregar nuevos resguardos en beneficio de las interpretaciones y ejecuciones de un artista y establecer reglas sobre estipulaciones contractuales”.

¹⁵² “Mensaje” N° 130-355, de 23 de abril de 2007 [en línea] [citado el 27 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-05-02.6435180927/5393.pdf>

frente a las violaciones al derecho de autor, lo que responde, según el mismo *Mensaje*, “a la necesidad de adecuar nuestra normativa sobre derecho de autor y derechos conexos a los compromisos internacionales asumidos por Chile, se hace necesario modernizar las herramientas que permitan otorgar una mejor protección a los creadores y a la industria asociada a los productos que se derivan de la inteligencia y de la creación humana”. Así, el proyecto aumenta las sanciones civiles y penales a las infracciones y delitos contra los derechos de autor y derechos conexos. Finalmente, se persigue limitar la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet frente a las infracciones cometidas por los usuarios de estos servicios.

7. El derecho de autor en la Constitución de 1980

La carta de 1980 asegura el derecho de autor en el numeral 25 de su artículo 19, dentro del capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”. La disposición original, que fue modificada el año 2001, tiene su origen en el debate surgido en el seno de la Comisión Constituyente en las sesiones N° 197 de 1 de abril de 1976, 201 de 13 de abril y 202 de 14 de abril del mismo año.

a) El debate en la Comisión. El 19 de enero de 1976, la llamada Comisión Ortúzar encarga a la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al derecho de propiedad, la elaboración de un estatuto regulador de esta garantía¹⁵³. Dos meses más tarde, el Presidente de la Subcomisión, señor José María Eyzaguirre, remite las principales conclusiones a las que arribó este organismo¹⁵⁴. La Subcomisión se ocupa del DA en las sesiones N° 13^a, 94^a, 106^a y 107^a¹⁵⁵. A la primera de ellas asistieron el Director de la Asociación Chilena de la PI, señor Arturo Alessandri Besa; la Conservadora de la PI, señora Dina Herrera Fierpe; el profesor de sociología del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Chile, señor Edmundo Fuenzalida Faivovich; el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial de la Dirección de Industria y Comercio, señor Santiago Larraguibel Zavala; y el abogado jefe del Departamento de Derechos Intelectuales de la Dirección General de Bibliotecas, señor Gustavo Martínez González.

Algunos miembros de la Subcomisión hicieron notar las diferencias que guardaba la PI con el derecho de dominio. En tal sentido, doña Dina Herrera manifiesta que “*el derecho de dominio sobre las obras literarias y de arte debe consagrarse separadamente de la propiedad en general, pues es de*

¹⁵³ En virtud del Oficio N° 476 de 19 de enero de 1976.

¹⁵⁴ En virtud del Oficio N° 276 de 19 de marzo de 1976.

¹⁵⁵ Las referencias a estas sesiones se encuentran en el informe presentado por la Subcomisión antes citado, en Anexo de Documentos a la sesión N° 197 de 1 de abril de 1976, en *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente* (Santiago, 1977).

distinta naturaleza”. Por la misma postura, don Gustavo Martínez expresa que hay dos aspectos propios del derecho de autor que lo diferencian de la propiedad común. En primer lugar, señala, existe un aspecto moral inalienable que permite conservar la facultad del autor para oponerse a la transformación, mutilación o alteración de su obra, y, en segundo término, el aspecto pecuniario que permite la dación del derecho a terceros, tanto a título gratuito como oneroso. Luego de discutir diversos aspectos, la Subcomisión encarga a don Santiago Larraguibel la redacción de un proyecto con el nuevo texto de la garantía. El proyecto de Larraguibel proponía consagrar expresamente el contenido del derecho de autor: “*el derecho moral que protege la paternidad e integridad de la obra, y el derecho patrimonial para resguardar su aprovechamiento comercial* [inc. 2]”. El mismo reconoce que “*El derecho de autor por obras literarias y artísticas no será óbice a la utilización de ellas con fines didácticos o científicos* [inc. 4]” y encargaba a la ley la regulación de esta utilización. La sesión N° 106 estuvo destinada al análisis de la redacción propuesta por Larraguibel Zavala. En ella, resulta importante destacar que se acuerda dejar expresa constancia de las causales de extinción del dominio por causas ajenas a la voluntad del dueño: caducidad por vencimiento del plazo, caso en el cual no procede indemnización, y por causa sobreviniente (privación), de donde se deriva la obligación de indemnizar. En relación con la expropiación, Pedro Rodríguez expresa que ella sólo comprende el aspecto patrimonial del derecho de autor, quedando a salvo siempre los derechos morales. El texto definitivo fue acordado en la sesión N° 107, de acuerdo a la proposición de Eduardo Dagnino¹⁵⁶.

La Comisión Constituyente estudió el informe de la Subcomisión en la sesión N° 197. En ella, Evans de la Cuadra plantea modificar la redacción de la norma propuesta por la Subcomisión, en orden a sustituir las expresiones “*literarias y artísticas*” por “*creaciones intelectuales*”, debido a que esta última es comprensiva de aquellas y de otras creaciones que quedaban excluidas en la redacción original. En relación con el aspecto social de este derecho, el presidente de la Comisión, señor Enrique Ortúzar, consultó respecto de qué sucedería si el titular del derecho de autor, por egoísmo, no quisiera poner su obra a disposición de la colectividad. Evans responde que en ese caso la solución sería la expropiación. Sobre este último tópico, existió acuerdo en la Comisión de que la expropiación nunca alcanzaría el derecho moral, sino únicamente la vertiente patrimonial. Silva Bascuñán

¹⁵⁶La propuesta señalaba: “*La propiedad de las creaciones literarias o artísticas y de los inventos, descubrimientos, procesos, marcas, modelos y patentes de carácter técnico u otras formas de propiedad industrial por el tiempo que concediere la ley. Es aplicable a estas especies de propiedad lo dispuesto en los incisos 2º, 4º, 5º y 6º del número anterior*”.

reclamó contra la expresión “derechos morales”, ya que el término moral no corresponde con el contenido asignado a esa categoría de derechos.

Los comisionados estimaron que la propiedad es solo el contenido patrimonial del derecho de autor, y Silva Bascuñán sostuvo que lo que la Constitución pretendía garantizar no era sólo la propiedad, sino el conjunto de beneficios que integran el derecho de autor. Señalaron también que el plazo de caducidad sólo afectaba al derecho patrimonial, y no a los derechos morales. Finalmente, se entrega a don Alejandro Silva Bascuñán la redacción de lo acordado. En la sesión N° 201, celebrada el 13 de abril de 1976, se discute en torno a la presentación del profesor Silva Bascuñán. En esa oportunidad, el comisionado Guzmán señaló que era necesario distinguir dos aspectos distintos. Uno relativo a la protección del autor de la obra y, el segundo, corresponde al derecho que la comunidad tenía a que las obras recibieran protección. Este último aspecto, según Guzmán, no era necesario consignarlo en el texto constitucional debido a que no se ajustaba al concepto de garantías constitucionales que establecen derechos cuya titularidad está clara y puede ser especificada. Al final de esta sesión quedan esbozadas las principales líneas del precepto. Finalmente, en la sesión N° 202, celebrada el 14 de abril del mismo año, se afina y aprueba la disposición final.

b) La Consagración en el Acta Constitucional N° 3. Recogiendo el trabajo efectuado por la Comisión Ortuzar, el D.L. N° 1552, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de septiembre de 1976, que aprueba el Acta Constitucional N° 3 “*De los Derechos y Deberes Constitucionales*”, aseguró en su artículo primero número 17: “*El derecho de 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 las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley [inc. 1]*”. Así, por primera vez la protección constitucional se ampliaba a un conjunto de derechos de carácter no patrimonial. En efecto, este artículo no consagró sólo la propiedad intelectual, sino que viene a asegurar a todas las personas el “*derecho de autor*”, garantía integrada por derechos de carácter patrimonial [Propiedad Itelectual] y extra patrimonial (derechos morales). En consecuencia, el objeto de protección cambiaba.

Por otra parte, la consagración del derecho de propiedad recogida en el número 16 no incluía al DA, ni siquiera a la PI, debido a que la nueva redacción aseguraba “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clases de bienes, corporales e incorporales*”, y como las creaciones intelectuales no corresponden a ninguna de esas dos categorías, fue necesario la consagración del DA en un numeral separado¹⁵⁷. Finalmente, el inciso

¹⁵⁷ En las constituciones anteriores esto no se producía, ya que la redacción del dere-

tercero del numeral 17 señalaba: “Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial, lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior”. Esta parte de la norma somete a la PI a parte del estatuto genérico, lo que acarrea importantes consecuencias. Según el inciso primero, el derecho de autor comprende “la propiedad sobre las obras y otros derechos”, es decir, los derechos morales. Ahora bien, teniendo presente este distinguo, la remisión que efectúa el inciso tercero sólo alcanza a la propiedad intelectual y no al derecho de autor en general. La primera consecuencia que de ello se deriva es que la expropiación sólo permite a la administración tomar coactivamente el contenido patrimonial del derecho de autor, es decir, la propiedad intelectual. Esto genera la siguiente complicación. Según el artículo 11 de la Ley N° 17.336, el destino de las obras expropiadas es, por regla general, el patrimonio común. Así, si la administración expropia el derecho patrimonial al autor de, por ejemplo, una canción para reemplazar el actual himno nacional, éste conservaría los derechos morales. En este caso la utilización de la obra ya no requeriría de la remuneración o permiso del autor (o del titular del derecho patrimonial, que podría ser un tercero), pues estaría en el patrimonio común. Sin embargo, en virtud del carácter inalienable de los derechos morales, el derecho a la integridad seguiría correspondiendo al autor. Ahora bien, según el artículo 14 N° 2 de la ley en referencia, el derecho de integridad consiste en la facultad del titular de oponerse a la deformación, mutilación y modificación de la obra. En consecuencia, uniendo los puntos, si bien la obra puede ser utilizada libremente (en realidad no tan libremente, ya que existen requisitos fijados por la ley y su reglamento), y en este caso, el nuevo himno nacional podríamos interpretarlos todos, no podríamos, por ejemplo, dividir el himno. Tratándose de una obra escrita de 10 tomos, no podríamos, por ejemplo, imprimir un libro que resumiera esta obra, o un resumen en un formato que permitiera a un discapacitado visual acceder a ella. Un problema similar fue discutido en la Comisión Constituyente, pero la cuestión quedó sin solución. En aquella oportunidad, el señor Eyzaguirre sostuvo que, en el caso de transformaciones, se trataría de una nueva obra. Sin embargo, en

cho de propiedad no hacía referencia a la clase de bienes sobre la que recaía, quedando entregada su determinación a la ley. En consecuencia, podría no haber un precepto constitucional especial donde se consagrara la PI y, sin embargo, igualmente la hubiera alcanzado la protección constitucional sobre la base del derecho de propiedad general. Sin embargo, es necesario precisar que en base a la regulación actual, se reconoce la propiedad sobre cosas incorporales y, por tanto sobre el derecho de propiedad, una de cuyas especies es la PI. De todas formas esta protección es indirecta y es discutida por la doctrina la existencia de propiedad sobre propiedad

la ley no es muy claro que una nueva obra pueda basarse en otra anterior, sin cumplir con los requisitos mencionados. De hecho, el artículo 11 señala que las obras del patrimonio cultural común pueden utilizarse siempre que se respete su paternidad e integridad. En consecuencia, tomar ciertas partes de una obra y transformarla sería un uso no autorizado y como la constitución no permitió la expropiación de los derechos morales, el autor podría oponerse a dicha transformación aún en el caso de que la obra hubiere pasado al patrimonio común en virtud de expropiación. De todas formas, si acogemos lo planteado por Eyzaguirre en orden a que la transformación de la obra es una nueva creación y si estaría autorizada, parecería extraño que utilizar tres párrafos de los cinco que contendría, por ejemplo, el himno nacional, constituya una nueva creación, debido a que el himno nacional no puede ser mutilado sin permiso del autor.

La segunda consecuencia es que las limitaciones y obligaciones que permiten asegurar la función social sólo corresponden al contenido patrimonial de este derecho, es decir, a la PI. Por tanto, el derecho de autor en general no se encuentra limitado, salvo en su aspecto patrimonial, pero el contenido restante se presentaría con carácter absoluto (teniendo presente lo señalado con anterioridad con respecto a este carácter). Ese restante corresponde en la actualidad a los derechos morales, categoría que, por su naturaleza, podría llevarnos a pensar que la ausencia de limitaciones constitucionales tiene escasa importancia. Sin embargo, como ya vimos, ciertas facultades que integran los derechos morales sí tienen trascendencia, como el derecho a la integridad. En ese caso, el derecho a la integridad no puede ser objeto de limitantes en base a la función social y la obra no podría dividirse, existan las razones que existan. En cambio, si los derechos morales reconocieran la función social, aceptaría limitaciones sin que ello genere un vicio de inconstitucionalidad ni requiera del pago de indemnización¹⁵⁸.

La tercera consecuencia es que el Acta, al no definir el contenido del derecho de autor, entrega a la ley su determinación. Esto a todas luces parece adecuado. Aplicando las dos consecuencias antes tratadas, afirmamos que los derechos morales son inalienables y no están limitados por la función social (o no tienen aquella función, según la postura que se siga), porque la remisión alcanza sólo al contenido patrimonial del derecho de autor. Ahora bien, la norma no señala que el contenido restante del derecho de autor sean sólo los derechos morales, sino que, después de hablar de “*otros derechos*”, entrega su determinación a la ley. Entonces ella podría crear

¹⁵⁸ Ya que ella sólo está prevista para la expropiación. Este punto, en todo caso, ha sido discutido por la doctrina. Nuestra posición es que la indemnización no está prevista frente a limitaciones que derivan de la función social.

otra clase de derechos –siempre que no tuvieran carácter patrimonial– o ampliar el catálogo de derechos morales, y, en ambos casos, estos serían inalienables e ilimitados (al menos por la función social), pero igualmente gozarían de amparo constitucional.

c) El derecho de autor en la Constitución de 1980 y la Reforma de 2001. Posteriormente, la Constitución de 1980 reproduce la norma contenida en el Acta Constitucional N° 3, segregando el inciso primero en dos¹⁵⁹. La disposición no requiere comentarios, debido a que no representa una innovación en relación con la norma anterior.

Finalmente, sólo resta comentar la reforma constitucional introducida por la Ley N° 19.742, publicada en el *Diario Oficial* de 25 de agosto de 2001.

En efecto, el artículo único de la citada ley, denominada “*Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*”, introduce tres modificaciones en la carta constitucional: reemplaza el párrafo final del numeral 12 del artículo 19 sobre libertad de opinión e información, sustituye el párrafo primero del numeral en estudio, y agrega una disposición transitoria destinada a establecer la época en que entraría en vigencia la primera de las modificaciones.

En lo que nos interesa, la reforma sustituye al inciso 1° por el siguiente: “*La libertad de crear y difundir las artes, así como 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*”. En consecuencia, la Ley N° 19.742 sólo agregó a la disposición en estudio la expresión “*La libertad de crear y difundir las artes*”, para cuyo análisis será desagregada.

“*La libertad de crear [...] las artes*”. Esta parte de la disposición no guarda relación con el derecho de autor, ni con la propiedad intelectual o industrial. Se trata de una forma de ejercicio de la libertad de expresión, género que contiene, a partir de esta reforma, tres subcategorías o manifestaciones: la libertad de opinión, libertad de información y libertad de creaciones y difusión artística. La libertad de expresión garantiza que la actividad de expresar o difundir pensamientos, ideas u opiniones ha de ser libre, es decir, que no existan restricciones o trabas previas por parte del Estado o de particulares¹⁶⁰. Ahora bien, cuando esa expresión tiene un

¹⁵⁹ La nueva disposición aseguraba “*El derecho de 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 [inciso 1°]. Este derecho comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley [inciso 2°]*”. El inciso final se mantuvo tal cual.

¹⁶⁰ ESPÍN, Eduardo, *Los Derechos de Libertad* (II), en VV. AA., *Derecho Constitucio-*

contenido específico, estamos frente a una manifestación o subespecie, como en el caso de la libertad de creación literaria. Esta garantía, como señala Eduardo Espín, ampara la labor creativa de cualquier género, cuyo mensaje transmitido consiste en la emoción o sensación estética¹⁶¹. En consecuencia, la libertad de expresión se encuentra consagrada no sólo en el numeral 12 del artículo 19, como se suele señalar. Este precepto ampara manifestaciones específicas de la libertad de expresión, calificadas por el contenido (*opinión e información*) y el sustento que permite dicho ejercicio (*la creación de medios de comunicación*). El constituyente optó por consagrar las formas de ejercicio de la libertad de expresión en numerales distintos [12 y 25], y no asegurar en un precepto el género, a diferencia del constituyente español que, en el artículo 20 apartado 1 de la carta de 1978, reconoce el concepto amplio de esta libertad, y luego aborda sus manifestaciones (como la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica en el ap. 1 b). Por tanto, esta primera parte dice relación con una forma específica del ejercicio de la libertad de expresión y no con el DA.

“*La libertad de [...] difundir las artes*”. Esta parte del precepto corresponde un aspecto de la libertad de expresión, ya que el expresarse supone la difusión del mensaje, en atención a que esta garantía tiene un carácter eminentemente relacional que depende, en gran medida, de su difusión. Por otro lado, se asocia también al derecho de autor como un tipo específico de derecho moral, que es el llamado derecho de divulgación, reconocido en los artículos 6 en forma positiva y 14 número 3, en su faceta negativa. Por otra parte, también se vincula con el derecho moral a la paternidad, que le permite difundir la creación de una cierta manera, ya con su nombre, con un seudónimo o en forma anónima.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se ha analizado el surgimiento del DA. Como se estudió, el DA no es reconocido directamente en la Antigüedad y, el momento en que comienza a ser de interés para el derecho es cuando se inicia la producción masiva de libros, es decir, a partir de la invención de los tipos móviles que sientan las bases de la imprenta moderna. Considerando el potencial difusor de los libros, la Iglesia y la Monarquía ven la necesidad de regular la materia, estableciendo un régimen de restricciones que impidieran la extensión de la reforma protestante y de las ideas racionalistas y revolucionarias. En este contexto general de prohibición, surgen

nal, *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos* (Valencia, 1997), p. 263.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p.279.

las patentes de impresión y representan una excepción a esa restricción. Estos privilegios no se consideran una forma de propiedad, sino una concesión real. Con ese carácter, la tradición anglosajona y norteamericana lo regulan y lo consagran de manera general en la legislación y, después, a nivel constitucional. Pero la revolución francesa produce un quiebre con esta concepción y, buscando la forma de consagrar el DA sin acudir a la noción de privilegios, se asume que se trata de un derecho de propiedad, noción construida por los autores racionalistas que ven en las creaciones un manifestación de la personalidad del autor. En este punto, se produce un cambio radical y surge la denominación *derecho de autor*, en oposición al “copyright” del sistema del “Common Law”. La tradición europea continental ha sido criticada desde el momento en que surge por autores como Demolombe, Planiol, Ahrens, Kohler, Picard, Laborde, Kant y otros¹⁶².

Nuestro país, heredero del derecho común vigente en España y del derecho indiano, como ordenamiento jurídico de carácter eminentemente público que rige en los nuevos territorios, comparte el origen del derecho de autor como privilegios o monopolios. Una vez producida la emancipación, en el denominado periodo de ensayos constitucionales hay un intento por recoger la regulación constitucional norteamericana del “copyright” en el Proyecto de Constitución de 1826 elaborado por los federalistas, pero que no llegó a materializarse. Luego, la tradición europea continental es recogida por la carta de 1833, las sucesivas leyes y las constituciones posteriores.

El Acta Constitucional N° 3 modifica el sentido de la garantía, ampliándola no sólo al derecho de propiedad intelectual en sentido estricto, sino también al aspecto extra patrimonial. En consecuencia, la expresión “derecho de autor” se compone por un conjunto de facultades patrimoniales y extra patrimoniales. La PI, en cambio, se presenta ahora como una subespecie de aquél (es decir, el aspecto patrimonial del DA).

La tendencia comparada en la materia ha sido la expansión del DA, extensión que se produce principalmente por el resguardo de los intereses de grupos empresariales, como apunta el economista Joseph Stiglitz¹⁶³.

¹⁶² Sobre esta materia puede verse: GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales*, cit. (n. 92); Del mismo, *Las Cosas Incorporales*, cit. (n. 3); MALDONADO, Marcela, *Derecho de Propiedad Intelectual* memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Chile (Santiago, 1994); PACHECO, Rafael, cit. (n. 90); CASAS, Ramón, cit. (n. 64); SALMON, Jorge, *La Propiedad Intelectual y los Derechos de Autor* (Zacatecas, 2001); FISHER, William, *Theories of Intellectual Property*, en MUNZER, Stephen (editor), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge, 2001).

¹⁶³ STIGLITZ, Joseph, cit. (n. 85).

Nuestro país también ha experimentado este fenómeno y es la línea que sigue el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo en abril de 2007, que si bien representa un avance en la ampliación del uso justo o excepciones al DA, aumenta las penas y sanciones civiles. El mencionado proyecto busca responder a los compromisos internacionales, especialmente los derivados del TLC con EE.UU. Este último país ha elevado desmesuradamente los estándares de protección, generando importantes consecuencias perniciosas¹⁶⁴.

Frente a este panorama, se hace necesario revisar el concepto de propiedad, que parece no calzar muy bien en el sistema jurídico chileno¹⁶⁵, y discutir acerca del alcance de su protección.

El acceso a la cultura, el respeto a los principios de proporcionalidad y necesidad que limitan la potestad punitiva del Estado y el equilibrio entre la propiedad privada y el patrimonio cultural común, son elementos que se han de tener presente en todo intento por modificar la actual legislación sobre la materia.

[Recibido el 18 y aceptado el 30 de mayo de 2007].

¹⁶⁴ En este país se ha llegado a absurdos en la represión de la violación al derecho de autor. Al respecto, presentamos tres casos emblemáticos citados por el español David Bravo. El primero: La canción “*Happy birthday*”, interpretada seguramente por todos los lectores, es propiedad de Warner Bros, entidad que recibe, por concepto de patentes, más de 2 millones de dólares al año. Por tanto, su interpretación fuera del núcleo familiar o, en general, fuera de las escasas excepciones al DA, constituyen una infracción a la ley. Segundo: La “paloma blanca”, símbolo de paz utilizado en todo el mundo, también está protegido por DA, de manera que su utilización fuera de las excepciones, o sin contar con la autorización o pagar una tarifa a la entidad de gestión de esos derechos, constituye una vulneración al DA. Por último: El grupo musical Planets incorporó en su último disco una canción que consistía en 60 segundos de silencio total. Luego de la publicación, fueron demandados por plagio por los herederos de John Cage, quien había grabado años antes una canción de 237 segundos de silencio. La controversia se resolvió por un acuerdo extrajudicial cuyo monto alcanzó las seis cifras. Uno de los integrantes del grupo declaró irónicamente “nuestra canción es mejor que la de Cage, porque pudimos decir lo mismo en menos tiempo”: BRAVO, David, *Copia este Libro* (Madrid, 2005), pp. 18 - 19.

¹⁶⁵ Piénsese, por ejemplo, en la expropiación. La Constitución y el DL. N° 2168, denominado Ley de Procedimiento Expropiatorio, se basan en que el bien expropiable sea corporal, aunque reconocen su aplicación a los bienes incorporales. Para ambos, la toma de posesión material, que no tiene sentido tratándose de cosas intelectuales, cumple un papel central en el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Actas oficiales de la Comisión Constituyente* (Santiago, 1977).
- ANDERSON, Benedict, *Comunidades Imaginadas, Reflexiones acerca de la difusión y origen del nacionalismo* (México D.F., 1993).
- BECERRA, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación* (México D.F., 2004).
- Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno*, L. VI (Santiago, 1841).
- BRAVO, David, *Copia este libro* (Madrid, 2005).
- Recording Industry Association of America, [en línea], *Brief History on Copyright Laws* [citado el 4 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.riaa.com/issues/copyright/history.asp>>
- CARRASCO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* (Santiago, 2002).
- CASAS, Ramón, *¿Propiedad intelectual?* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007]: Conferencia inaugural del Seminario sobre Propiedad Intelectual y Revistas Culturales, 13 y 14 de junio de 2003, disponible en la World Wide Web en <<http://www.arce.es/news/newsDetail.jsp?IdNews=121>>
- CUEVAS, Andrés, “Creative Commons” *¿Alternativa a la propiedad intelectual en Chile?* [en línea] [citado el 17 de abril de 2007] en *Revista de Derecho Informático* 98 (Septiembre 2006), disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7195>>
- DÍAZ, Javier, *Periodismo y derechos de autor: Evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007], disponible en la World Wide Web en <<http://www.ehu.es/zer/zer7/noci74.html>>
- DIPPEL, Horst (editor), *Constitution of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, America*, II: BRONFMAN, Alan (editor), *Constitutional Documents of Chile 1811-1833* (Munich, 2006).
- El Comercio*, miércoles 28 de marzo de 2007.
- Enciclopedia Encarta* (s.l., 1995).
- Enciclopedia Wikipedia* [en línea] [citado el 13 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://es.wikipedia.org/>>
- ENCINA, Antonio, *Historia de Chile* (Santiago, 1983), VII.
- Enciclopedia Historia Universal* (Madrid, Editorial Océano, s.d.).
- ESPIN, Eduardo, *Los derechos de libertad* (II), en vv. A.A., *Derecho Constitucional, El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos* (Valencia, 1997).
- Statute of Anne*. El texto citado en este trabajo está disponible en la World Wide Web en <<http://www.institutoautor.org>>
- EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales* (Santiago, 1999), III.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile* (Santiago, 1973), I.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile* (Santiago, 1973).
- FERNÁNDEZ, Melchor, *Orígenes del Régimen Constitucional en España* (Barcelona, 1928).
- GUZMÁN, Alejandro, *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, 1995).
- GUZMÁN, Alejandro, *Los derechos sobre cosas intelectuales o producciones del talento o del ingenio*, en *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, 2005).

- JIMÉNEZ DE LEÓN, Juan, *Riba* [en línea] [citado el 3 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en <http://www.razonesdeser.com/contenido/30_3_07_riba.asp>
- KURTZ, Leslie, *Algunos aspectos generales de la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos y el desarrollo de la protección para los programas de computación*, en VV. AA., *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional* (México D.F., 2000).
- LA PARRA, Emilio, *La Libertad de Prensa en las Cortes de Cádiz* [en línea] [citado el 18 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en <http://www.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/c1812/56818403212381663654679/p0000001.htm#I_0_>
- La Tercera*, miércoles 2 de mayo de 2007.
- LANDES, William, y POSNER, Richard, *Indefinitely Renewable Copyright* (Chicago, 2002).
- LARRAGUIBEL, Santiago, *Derecho de autor y propiedad industrial* (Santiago, 1979).
- LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre* (Santiago, 2005).
- LOREDO, Alejandro, *Derecho Comparado: Derecho de autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran* [en línea], en *Revista de Derecho Informático* 91 (Febrero 2006) [citado el 15 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>>
- Los Códigos Españoles* (Madrid, 1850), IX.
- MAHER, William, *Copyright Term, Retrospective Extension, and the Copyright Law of 1790 in Historical Context* (Illinois, 2002).
- MALDONADO, Marcela, *Derecho de propiedad intelectual* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Chile, Santiago, 1994).
- Mensaje* N° 130-355, de 23 de abril de 2007 [en línea] [citado el 28 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-05-02.6435180927/5393.pdf>
- MINGUIJÓN, Salvador, *Historia del Derecho español* (Barcelona, 1927), II.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, *Codificación civil española y americana (Su evolución e influencias recíprocas)* [en línea] [citado el 18 de abril 2007], disponible en la World Wide Web en: <<http://www.acader.unc.edu.ar/artcodificacionespanolayamericana.pdf>>
- MÜLLER, Luis, *El Derecho de la propiedad intelectual y el entorno mundial: un apunte exploratorio*, en *Revista de Derecho Privado* 7 (México, Enero-Abril 1992).
- OSSA, Claudio, *Derechos de autor y derechos conexos como herramientas estratégicas para avanzar hacia una sociedad del conocimiento. El caso de Chile* [en línea], en *Revista de Derecho Informático* 104 (Marzo del 2007) [citado el 13 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=8921>>
- PACHECO, Rafael, *La Ley de Propiedad Intelectual* (Santiago, 1933).
- PATRY, Williams, *Copyright Law and Practice* (Washington DC., 1994).
- PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, 2006). *Recopilación de decretos leyes por orden numérico*, arreglada por la secretaria del Consejo de Estado (Santiago, 1925), XII.
- ROSARIO BARBOSA, Pedro, *El condominio, copyright y la globalización* [en línea] [citado el 2 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://pr.indymedia.org/news/2004/12/5932.php>>

- SALMON, Jorge, *La propiedad intelectual y los derechos de autor* (Zacatecas, 2001).
- Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile de 1811 a 1845*, recopiladas por Valentín Letelier, 1833-1834 (Santiago, 1901), xxii.
- STIGLITZ, Joseph, *Cómo hacer que funcione la globalización* (Bogotá, 2006).
- Traficantes de sueños, faq sobre edición y Copyleft* [en línea] [citado el 17 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <http://biblioweb.sindominio.net/telematica/faq_edicion.html>.
- U.S. Copyright Office, *A Brief Introduction and History* [en línea] [citado el 10 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.copyright.gov/circs/circ1a.html>>
- U.S. Copyright Office, Circular 92: *Copyright Law of the United States of America* [en línea], [citado el 13 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.copyright.gov/title17>>
- VALENCIA, Luis, *Anales de la República. Textos Constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810* (Santiago, 1986)
- VERCELLI, Ariel, *Creative Commons y la profundidad del copyright* [en línea] [citado el 17 de abril de 2007] disponible en la World Wide Web en: <<http://www.arielvercelli.org/ccylpdc.html>>
- VV. AA., *The Copyright Term Extension Act of 1998: An Economic Analysis* (Washington DC., 2002).
- YUAN, Michael, *A Better Copyright System? Comparing Welfare of Indefinitely Renewable Copyright and the Current Copyright System* [en línea] [citado el 15 de abril de 2007] en papers de la Universidad de Michigan, disponible en la World Wide Web en: <<http://web.si.umich.edu/tprc/papers/2004/386/TPRC-Yuan.PDF>>