

Dominio Público de las Creaciones

FRANCISCO ASTUDILLO GÓMEZ

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Fundador del Postgrado de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Profesor de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela. Profesor de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos y de la Especialización en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana, Caracas-Venezuela. Profesor de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de Las Américas, Quito, Ecuador. Consultor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra - Suiza. Secretario General de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, Barcelona - Venezuela. E-mail: astudillo12@gmail.com

Recibido: 29-06-11 Aceptado: 13-07-11

Resumen

El presente artículo analiza la noción y origen del dominio público, así como las creaciones de libre utilización que lo integran a la luz de los derechos de propiedad intelectual (DPI), revisando tópicos de interés como la territorialidad de éstos y las implicaciones particulares de las diferentes categorías de los mismos. En este sentido, se examina el pase al dominio público de las obras objeto del derecho de autor y las creaciones protegidas por los derechos de propiedad industrial, como invenciones, marcas comerciales y variedades vegetales. Asimismo, trata otros bienes intangibles no protegidas por DPI como los conocimientos tradicionales y el folclore.

PALABRAS CLAVES: Dominio Público, Libre Uso de Creaciones, Propiedad Intelectual.

Intellectual Goods in the Public Domain

Abstract

This article analyzes the concept and the origin of the public domain in relation to Intellectual Property Rights (IPR). It refers to works, inventions and ideas that are not covered by IPR and they are available for use by members of the public without restrictions. Also it reviews different topics of interest of IPR always in relation with the public domain such as territoriality principle and the fall into the public domain of the works subject to copyright, inventions patented and other intellectual goods protected by IPR like trademarks and plant varieties. Moreover, it treats other intangible assets not protected by IPR as traditional knowledge and folklore.

KEYWORDS: Public Domain, Works and Intangible Goods available for Use by Members of the Public, Intellectual Property.

INTRODUCCIÓN

Se ha dicho en forma minimalística que el dominio público está comprendido por todas las creaciones que no están protegidas por alguna de las categorías de derechos de propiedad intelectual (DPI). Se divide a las creaciones de los seres humanos entonces en “protegidas” y “no protegidas”, dependiendo de si son o no objeto de estos derechos, sin entrar en mayores análisis y consideraciones sobre estas últimas. Incluso, si no están protegidas pareciera no interesar su estudio y existe tendencia a desestimarlas como creaciones y verlas como de categoría inferior a las que sí lo están.

Pero en realidad el dominio público es el espacio natural de las creaciones, lo que obliga a un mayor análisis. Podría decirse que las creaciones que lo integran son la cuota parte de la sociedad en la trilogía que conforman los creadores, el Estado y la misma sociedad en la fundamentación existencial de la disciplina de los DPI. Esto es, existe un derecho que permite en forma exclusiva realizar actos de disfrute económico de una creación bajo condiciones determinadas en las leyes, las cuales de no cumplirse o agotarse remiten la creación específica al dominio público, con la consecuencia de que cualquier persona podrá entonces realizar dichos actos correspondientes a la exclusividad fenecida.

Por ello, «el derecho de propiedad intelectual constituye una excepción al principio general de libre uso y disposición de las creaciones humanas» (Astudillo, 2011, p. 72). Al Estado le interesa promover la creatividad y por ello dicta leyes que permiten la obtención y ejercicio de derechos de exclusiva dentro de rigurosas limitaciones. Pero las creaciones protegidas lo estarán transitoriamente, por cuanto la sociedad las reclamará para sí en su momento (*quid pro quo*), cesando entonces la excepción que representaba el derecho de propiedad intelectual.

De lo anterior se deriva que las creaciones pueden estar presentes en el dominio público en forma “originaria” como las obras de autores no conocidos o las invenciones para las que no se solicite patente. Pero igualmente lo estarán “consecuentemente” las creaciones cuyo derecho de propiedad intelectual se extinga por alguna de las razones previstas en las leyes, como el transcurso del lapso de duración u otros supuestos, así como aquellas cuya protección esté prohibida por las mismas leyes.

A través de los DPI se sustraen las creaciones del dominio público, al que retornarán una vez fenecidos los mismos. La pertenencia al dominio público de las creaciones es la regla y los derechos de propiedad intelectual la excepción.

La diferentes leyes prevén el paso al dominio público de las creaciones protegidas por estos derechos, cuando se den por lo general alguna de la siguientes situaciones: a. transcurso del tiempo establecido para la duración del derecho respectivo o sin que éste haya transcurrido totalmente, sean abandonadas o invalidadas; b. imposibilidad de obtener el derecho por disposición expresa de la ley; y c. cuando el derecho no ha sido gestionado (tratándose de propiedad industrial, por cuanto el derecho de autor se adquiere generalmente en forma directa sin formalidades de registro) o si esto se ha hecho, la creación no cumple con los requerimientos sustantivos o formales.

Integran el dominio público creaciones de diferente naturaleza que nunca fueron objeto de DPI y las que lo fueron y lo perdieron. Así, sobre obras literarias y artísticas se obtienen derechos de autor, mientras que para las invenciones se han previsto patentes. Para marcas comerciales existen los certificados de registro y para variedades vegetales los certificados de obtentor entre otras.

Pero el pase al dominio público no es uniforme. Varía dependiendo de las diferentes categorías de estos derechos y las legislaciones de los diversos países, como se verá a lo largo de este artículo.

Las creaciones intelectuales nacen en el dominio público y serán sustraídas del mismo si cumplen las condiciones previstas en las diferentes leyes de propiedad intelectual.

En el caso de las obras literarias y artísticas, éstas obtienen el derecho de autor una vez materializadas, aunque deben cumplir con algunas condiciones previstas en las leyes de cada país para ser objeto del derecho de autor. Caerán en el dominio público una vez fenecido el derecho.

Pero en relación con las creaciones aplicadas a la industria, como invenciones, diseños, marcas, variedades vegetales, etc., éstas nacen como se dijo en el dominio público y se sustraen temporalmente de éste al obtenerse el derecho de propiedad intelectual sobre las mismas, para en algún momento futuro regresar al mismo.

Las creaciones siempre volverán al dominio público. Ya lo decía Víctor Hugo en el Congreso Literario Internacional de París, celebrado en 1878. Señaló en dicha oportunidad:

El derecho de propiedad literaria pertenece a dos unidades: el autor y la sociedad. Antes de la publicación, el autor tiene un derecho incontestable, ilimitado; pero, desde que la obra se da a la luz, ya el autor no es dueño de ella ... El heredero no tiene derecho a hacer ni una tachadura ni a suprimir un sólo renglón; solo tiene un derecho: el de vivir de la parte de herencia que le ha legado su ascendiente. El escritor trabaja en primer lugar para los hombres, después para sus hijos. Hay que conciliar los derechos de los tres personajes, el autor, el dominio público y el heredero... Durante su vida nadie tiene derecho de publicar sus obras; después de su muerte no puede impedir a la posteridad que las recobre (Danvila y Collado, 1882, p. 247).

Por su parte y sobre el tema, la Profesora Delia Lipszyc ha señalado que: «Los autores se nutren y toman del patrimonio cultural colectivo los elementos para realizar sus obras, por lo que es justo que éstas, a su turno, también vayan a integrar ese fondo común» (1993, p. 250).

ORIGEN DEL DOMINIO PÚBLICO

La noción de “dominio público” estará siempre vinculada a la temporalidad de los DPI y atendiendo a ello, ubicamos su origen legal en el “Parte Veneziana” del 18 de marzo de 1474, que constituye la primera ley conocida de derechos de exclusiva sobre invenciones. Esta contemplaba una obligación de no hacer o abstención de terceros en la fabricación de las invenciones protegidas, por un lapso de diez años (Astudillo, 2004, p. 93). No señala el texto expresamente que sucedía una vez concluido el lapso indicado, con las invenciones objeto del derecho, pero es una consecuencia lógica suponer que perimido el derecho, cualquiera pudiera fabricar la invención protegida.

Por su parte, el Estatuto de Monopolios inglés de 1624 (el cual abolió los monopolios existentes en Inglaterra para ese momento, a excepción de aquellos previstos para las invenciones) si previó que al final del periodo de catorce años de protección, la invención pudiera ser comercializada por cualquiera sin restricciones, aunque no menciona al “dominio público” expresamente.

En Estados Unidos, la Constitución de 1787 autoriza al Congreso a «promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles, garantizando durante un tiempo limitado a los autores y a los inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». No señala ésta el término propiedad para calificar el derecho que tienen los creadores, aunque destaca que este deberá estar limitado en el tiempo, descartando de esta manera la perpetuidad del derecho.

Posteriormente en la Francia de la revolución, la Asamblea Nacional dictó un Decreto relativo a los espectáculos el 13 de enero de 1791, exigiendo para cada representación el consentimiento formal y escrito de los autores, estableciendo asimismo que transcurridos cinco años de la muerte del autor, las obras son “propiedad pública” (artículo 2).

Se trata, con todo, de «una propiedad muy distinta de las demás», pues «cuando el autor entrega su obra al público, está haciéndolo compartir su propiedad, o más bien, se la está transmitiendo íntegramente». Por consiguiente, cabe al mismo tiempo que «estas personas saquen algún fruto de su trabajo» que, «tras el plazo fijado comience la propiedad del público» (Bécourt, 1990, p.6).

Por espacio de varios años se utilizaron en Europa y los Estados Unidos los términos “propiedad pública” o “propiedad común” para referirse a las creaciones fuera de los DPI, hasta que finalmente se aceptó “dominio público”, que proviene del derecho civil o administrativo para referirse a aquellos bienes sustraídos del régimen de propiedad en general y sobre los que el Estado tiene una “superintendencia”, para su utilización por parte de la sociedad en general, como calles, plazas, carreteras, etc. Como las creaciones constituyen igualmente “bienes” pero de naturaleza “inmaterial” o “intangibles” (Astudillo, 2011, p. 72) una vez perimido el derecho, quedan igualmente fuera del derecho de propiedad.

No obstante, no tiene el Estado generalmente sobre las creaciones del dominio público esa vigilancia para que las mismas sean de utilidad general, aunque la figura del “dominio público oneroso, pagante o de pago” pueda parecerlo, como se verá posteriormente.

En Francia el término se comenzó a utilizar en el siglo XIX, por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

En Inglaterra se utilizó por primera vez la expresión dominio público en el caso *Donaldson v. Beckett* en febrero de 1774. El caso fue central en la construcción del actual sistema de derecho de autor al denegar la Cámara de Los Lores, la posibilidad de una extensión perpetua del derecho y sostener que el monopolio de copia sobre una obra literaria es una ley estatutaria con una duración limitada.

Por su parte, el 18 de mayo de 1896, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América utilizó en una decisión la frase “dominio público” por primera vez en un caso de propiedad industrial y no de derecho de autor. Fue este el caso *Singer Manufacturing Co. v. June Manufacturing Co.*, donde se señaló que «es evidente que expirado el monopolio de la patente el derecho inherente a ésta pasa a ser propiedad pública. Es esta la condición bajo la cual la patente fue concedida. La terminación del monopolio faculta al público a fabricar la máquina protegida anteriormente por la patente». «El fin del monopolio y la caída del objeto patentado dentro del dominio de las cosas públicas, conlleva igualmente la caída de la designación genérica con la que fue distinguido durante el mismo» (163 U. S. 169).

Esta decisión del máximo tribunal de los Estados Unidos refleja entonces la condición de excepción que tiene la propiedad o titularidad privada sobre los bienes sean materiales o inmateriales. Si estos no están sujetos a algún régimen especial de propiedad o titularidad, están definitivamente en el dominio público y su destino dependerá de su naturaleza.

TERRITORIALIDAD DEL DERECHO Y DOMINIO PÚBLICO

En cuanto al alcance espacial de los DPI, estos están circunscritos al territorio del país que los confiere y son independientes unos de otros, así el objeto de protección sea el mismo en dos o más países, lo que conlleva a que en caso de incumplimiento la ley aplicable (regla de conflicto) sea la de ese país, en franco cumplimiento del principio del derecho internacional privado conocido como de la *lex loci protectionis*, previsto por ejemplo en el Reglamento Roma II (864/2007), sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de la Unión Europea.

No obstante, esta territorialidad es absoluta para los derechos de propiedad industrial, donde los países conceden el derecho individualmente

a través de un acto usualmente administrativo y constitutivo del mismo. Pero no en el caso del derecho de autor, donde generalmente no existen formalidades para su obtención, bastando la materialización de la obra para ello. Un criterio aceptado por la generalidad de los países para determinar la ley de aplicación en caso de conflicto es la del origen de la obra (De Miguel Asensio, 2007, p. 377).

En el caso de las creaciones objeto de derechos de propiedad industrial, por razón del principio de la territorialidad, éstas podrán estar en el dominio público en un país y mantener la vigencia de dichos derechos en otro.

Similar situación puede suceder con las obras objeto del Derecho de Autor, pero en menor grado por efecto de los acuerdos internacionales como el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, que establece la regla del país de origen de la publicación en su artículo 5.4.

EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS OBRAS EN EL DERECHO DE AUTOR

Como señalamos anteriormente, en la Francia de la Revolución, la Asamblea Nacional dictó un Decreto relativo a los espectáculos el 13 de enero de 1791, exigiendo para cada representación el consentimiento formal y escrito de los autores, estableciendo asimismo que transcurridos cinco años de la muerte del autor, las obras son “propiedad pública”.

El derecho de autor “temporal” se impuso a la tesis de la perpetuidad, defendida por juristas como Portalis, Demolombe o Dalloz, pensadores como Diderot o Voltaire y escritores como Lamartine y Balzac (Danvila y Collado, 1882, p. 15.) durante el siglo XIX y se aferró a esa transitoriedad sólo en cuanto a su sustrato material o patrimonial, lo cual fue recogido por el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas suscrito en 1886. En su artículo 7 se establece que la protección concedida se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, pero en el mismo artículo se permite que los países miembros concedan lapsos mayores.

En el dominio público están entonces todas las obras sobre las que no existe derecho de autor y que por lo tanto pueden ser utilizadas sin autorización de nadie. Por lo tanto, pueden ser copiadas, editadas, representadas, distribuidas, adaptadas, interpretadas y exhibidas en público gratuitamente.

Las obras entran en el dominio público cuando:

- Termina el período de vigencia del derecho. El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas establece que el derecho se establecerá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, pero esto se ha interpretado como el mínimo que deben prever los países en sus legislaciones.
- No cumplen con las condiciones básicas para ser previstas en las leyes como objeto del derecho (originalidad y susceptible de ser divulgada) o ello está prohibido en las mismas, como es el caso de textos de leyes, decretos, reglamentos oficiales, tratados públicos, decisiones judiciales y demás actos oficiales, de acuerdo con la Ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela.

El dominio público oneroso

Algunos países prevén en sus leyes sobre el derecho de autor el denominado dominio público oneroso, pagante o de pago, que constituye la cancelación de una tasa parafiscal al Estado directamente o a determinados entes por parte de quienes deseen utilizar las obras que pasan al dominio público. Las obras están en el dominio público, pero sujeta su explotación al pago de dicho impuesto. Se ha argumentado que lo recaudado por dicho concepto, podrá ser utilizado en beneficio de la cultura en general o para el auxilio y asistencia de los autores.

Ahora bien, esa condición tributaria colide con la naturaleza privada que tienen los derechos de propiedad intelectual. De allí, que algunos tratadistas hayan sugerido considerar que se extienda el lapso de vigencia del derecho una vez cumplido el lapso de ley, pero ya no a favor de los causahabientes del autor, sino de la comunidad de autores. «La ventaja de este procedimiento reside sobre todo en que es una solución que se sitúa dentro del marco del régimen de derecho de autor y, por lo tanto, compete al derecho privado. Como ya se ha dicho, el nuevo titular de derecho, es decir la comunidad de autores, viene a sustituir simplemente a los causahabientes del autor» (Dietz, 1990, p.16).

El origen del dominio público oneroso se ubica en Francia, ante una propuesta de Victor Hugo presentada en junio de 1878 en un Congreso Literario Internacional, en el sentido de imponer un pago a los herederos o

cesionarios de los autores para crear un fondo cultural que auxiliaría a nuevos autores. Aunque no muy clara la propuesta, es considerada un precedente importante de esta modalidad.

El dominio público oneroso fue acogido luego por algunos países y en 1949, cinco países ya contaban con éste en sus leyes: Uruguay (1937), Bulgaria (1939), Italia (1941), Rumania (1946) y Yugoslavia (1946), (UNESCO, 1949, p. 1).

El sistema más antiguo conocido es el de Uruguay, establecido mediante la Ley 9.739 del 17 de diciembre de 1937. En Brasil existió entre 1973 y 1983. En México entre 1963 y 1991.

En Argentina el Fondo Nacional de Artes recibe directamente los derechos percibidos por la utilización de las obras que se encuentren en el dominio público, de conformidad con lo previsto en la Resolución N° 15.850/77, la cual prevé un listado de aranceles para las distintas formas de explotación comercial de las mismas. En virtud de ésta, no hay necesidad de pedir autorización para el uso, adaptación o traducción de las obras caídas en dominio público, aunque si debe pagarse el arancel correspondiente. Asimismo, se exceptúa del pago el uso de éstas con fines exclusivamente culturales o didácticos en lugares con libre y gratuito acceso de público donde no se incluya publicidad comercial paga o gratuita, de modo directo o indirecto.

Se aplica a obras de autores argentinos o extranjeros comercializadas en dicho país, pero por supuesto, el arancel debe abonarse sólo cuando la obra del dominio público sea puesta en el comercio de la República Argentina.

EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS INVENCIONES EN EL RÉGIMEN DE PATENTES

Como se señaló anteriormente el “Parte Veneziana” del 18 de marzo de 1474, constituye la primera ley conocida de derechos de exclusiva sobre invenciones y contemplaba una obligación de no hacer o abstención de terceros en la fabricación de las invenciones protegidas, *por un lapso de diez años*. No indica este instrumento que sucedía una vez concluido el lapso indicado, con las invenciones objeto del derecho, pero es una consecuencia lógica suponer que perimido el derecho, cualquiera pudiera explotar la invención protegida.

Las invenciones obtenidas y no patentadas están en el dominio público. El derecho inherente a las patentes debe invocarse ante el Estado, quien deberá constatar si las invenciones para las cuales se solicitan cumplen las condiciones previstas en las leyes (novedad universal, altura o paso inventivo y aplicabilidad industrial), obligándose a otorgarlo si estos requisitos concurren.

Las invenciones patentadas que pasan al dominio público por vencimiento del derecho despiertan mucho interés, por cuanto los competidores podrán entrar al mercado con el mismo producto. Esto en algunos sectores industriales específicos es más notorio que en otros. Por ejemplo, el grado de competitividad en la industria farmacéutica es muy grande, por lo que se ha desarrollado en muchos países un sector fuerte de productores de genéricos, que esperan la oportunidad del vencimiento de las patentes para entrar en competencia legítima con el titular del derecho perimido.

Las invenciones patentadas pasan al dominio público en las siguientes situaciones:

- Por vencimiento de término que es como mínimo de veinte años, al menos en los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, por disposición expresa del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).
- Por caducidad del derecho al no cancelarse las tasas y derechos previstos en las leyes. Estas son generalmente progresivas en el tiempo con incrementos anuales, por lo que muchas patentes son abandonadas antes de cumplirse el lapso de ley.
- Por anulación del derecho por parte de las mismas oficinas o en juicios intentados por terceros. En algunos países como los Estados Unidos, existen procedimientos como el denominado re-examen que permite que terceros puedan introducir peticiones de nuevo análisis de patentes concedidas sobre invenciones no novedosas y que solo consisten en reformulaciones de tecnología del dominio público.
- Es menester precisar, que los derechos inherentes a las patentes están regidos por el principio de la territorialidad, por lo que en los países en los cuales no se gestione y obtenga el derecho, podrán explotarse económicamente las invenciones objeto de las mismas, sin autorización alguna.

EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS MARCAS COMERCIALES

Las marcas comerciales son indudablemente creaciones sobre las cuales se pueden obtener derechos de exclusiva para producir o comercializar productos o servicios en cada país. Pero este uso exclusivo está asociado a la protección de los consumidores, quienes identificarán a los productos o servicios con las marcas que los individualizan y eso les permitirá esperar una determinada calidad de los mismos.

El derecho obtenido sobre una marca en un país determinado está limitado igualmente en el tiempo, pero a diferencia del derecho de autor y los obtenidos sobre invenciones con las patentes, los derechos sobre signos distintivos pueden ser renovados indefinidamente, precisamente por la protección a los consumidores mencionada.

Así tenemos que el ADPIC establece en su artículo 18, que «el registro inicial de una marca de fábrica o de comercio y cada una de las renovaciones del registro tendrán una duración de no menos de siete años. El registro de una marca de fábrica o de comercio será renovable indefinidamente».

Por supuesto que de no renovarse el derecho y no pagar las tasas y derechos previstos por cada país en sus leyes, la marca podrá ser utilizada por cualquiera para distinguir los productos o servicios para cuya individualización estuvo registrada.

Las marcas igualmente pueden pasar al uso común para designar al género de productos que identifica en un momento determinado, lo que se ha denominado “vulgarización” de la marca, fenómeno que ocurre generalmente por una excesiva popularidad de la marca. Ejemplos mundiales sobran, como el caso de la “aspirina” en los Estados Unidos para distinguir el ácido acetilsalicílico o “chiclets”, para individualizar goma de mascar en muchos países.

Cuando una marca se vulgariza o entra a describir el género no debe ser renovada por las autoridades encargadas de ello, por cuanto perdió una de las condiciones fundamentales para obtener el registro del derecho de exclusiva, como es la capacidad de distinguir un producto o servicio de sus semejantes.

EL DOMINIO PÚBLICO DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE

El tema de los conocimientos tradicionales de pueblos y comunidades locales fue introducido al mundo de los DPI por parte del Convenio sobre Diversidad Biológica en 1992. El artículo 8, literal j de este señala, que cada Parte, en la medida de lo posible y según proceda: «Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente».

Aunque estos conocimientos tradicionales existen en otras áreas, es su asociación con los recursos biológicos la que ha cobrado mayor importancia por la denominada biopiratería, que consiste en la sustracción de esos recursos de países que no lo han autorizado, que luego utilizan para realizar investigaciones que a su vez originan productos que son patentados o protegidos con otras categorías de DPI, sin que los países de origen perciban algún beneficio de una eventual explotación económica.

Por su parte, el folclore o cultura tradicional de acuerdo al Comité de Expertos Gubernamentales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en un sentido lato, «es una creación originaria de un grupo y fundada en la tradición, expresada por grupos o individuos reconocidos como respondiendo a las aspiraciones de la comunidad en cuanto éstas constituyen una manifestación de su identidad cultural y social. Las normas y valores se transmiten oralmente, por imitación o por otros medios. Sus formas comprenden: el *lenguaje*, la *literatura*, la *música*, la *danza*, los *juegos*, la *mitología*, los *rituales*, las *creencias*, las *costumbres*, la *artesanía*, la *arquitectura* y otras artes» (UNESCO, 1982, Anexo I).

En el caso de los conocimientos tradicionales y el folclore, uno de los problemas presentes frente a los derechos de propiedad intelectual, es su falta de materialización o documentación. No cuentan por lo general con un *corpus mechanicum* o soporte material de los conocimientos o *corpus mysticum* objeto de los derechos.

Las diferentes categorías de bienes que pueden ser objeto de DPI, como las obras literarias y artísticas, las invenciones, diseños industriales, variedades vegetales, etc., deben estar materializadas al menos en teoría, como es el caso de las invenciones patentables cuya materialización debe estar descrita en los documentos técnicos para solicitarlas.

Pero este no es el caso de los conocimientos tradicionales y folclore de pueblos y comunidades locales, cuyo origen se remonta por lo general a varias generaciones previas y que son una especie de *res nullius* o bienes sin dueño de cara a los DPI.

En el caso de los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, los pueblos y comunidades que los han generado tienen a través de normas internacionales y nacionales en materia de regulación del acceso a recursos biológicos o genéticos, derechos para autorizar su disposición. Un ejemplo de esto es el Protocolo de Nagoya sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización, suscrito en noviembre de 2010 en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica. Establece este en su artículo 7 que:

De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.

Pero en general estos conocimientos y los inherentes al folclore carecen de DPI. La creación de una categoría *sui generis* de derechos de propiedad intelectual, pareciera ser la vía para que los pueblos y comunidades generadores o herederos de estos conocimientos, puedan percibir beneficios de quienes desean utilizarlos comercialmente.

Al respecto, en un estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) por la profesora Séverine Dusollier, se menciona:

... que muchos países en desarrollo incluyen en sus regímenes de derecho de autor una protección específica de las expresiones del folclore que es

generalmente paralela, cuando existe, a la protección de las obras del dominio público. Es el caso, entre los países cuyas leyes nacionales han sido analizadas para el presente estudio, de Argelia, Kenya y Rwanda. Bajo la denominación de folclore o patrimonio cultural, a algunas formas creativas de expresión se les atribuye un régimen específico, que no es equivalente a la protección del derecho de autor, pero que combina reglamentos a partir de los cuales los organismos oficiales pueden autorizar su uso, a veces imponiendo una tasa, y la prohibición de representar indebidamente o distorsionar dicho patrimonio (OMPI, 2011, p. 11).

EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS VARIETADES VEGETALES

La variedad vegetal es la unidad en la clasificación taxonómica a los fines de la denominada fitotecnia, que es la aplicación de los conocimientos o tecnologías que proporciona la agronomía para el cultivo de plantas con la finalidad de obtener productos vegetales útiles a los seres humanos y animales.

La ciencia o arte de la producción de cultivos es conocida como horticultura y en ella se identifican las formas cultivadas de una especie como Variedad Cultivada o Cultivar o Variedad Hortícola, para referirse a poblaciones dentro de una determinada especie que poseen una o más características productivas particulares. Así, la especie *Zea mays* cuenta con muchas variedades de esta planta logradas por los seres humanos bien a través de técnicas tradicionales o la ingeniería genética.

Las técnicas generadas por el ser humano para lograr nuevas variedades son variadas y el trabajo del campo se ha llevado al laboratorio con la ingeniería genética o transgenización, logrando resultados sorprendentes mediante el cultivo de tejidos vegetales.

Pero sin dudas las nuevas variedades obtenidas son producto del trabajo intelectual y ello las hace acreedoras de DPI, siempre que cumplan las condiciones específicas previstas en las leyes (Astudillo, 2004, p. 348).

Para la obtención de DPI sobre nuevas variedades logradas existe un sistema *ad hoc* conocido como UPOV por las siglas de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales creada en diciembre de 1961.

Consiste en la concesión de un derecho que le permite al obtentor de una nueva variedad de planta de reproducción sexual o asexual, excluir a otros de los siguientes actos respecto del material de reproducción o multiplicación de ésta: la producción o reproducción del material, la preparación a los fines de reproducción o multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación, la importación y la posesión para cualquiera de los fines mencionados en los puntos anteriores.

El convenio de la UPOV de 1991, prevé en su artículo 19 que la duración del derecho del obtentor de la variedad no podrá ser inferior a 20 años a partir de la fecha de concesión del derecho. Para los arboles y vides, dicha duración no podrá ser inferior a 25 años a partir de dicha fecha. Esto último por el ciclo de vida más prolongado de estas plantas.

No señala expresamente el citado Convenio el pase al dominio público de las variedades después de transcurrido dicho lapso, pero como se ha señalado anteriormente en el caso de las invenciones ello se infiere y es la consecuencia lógica una vez perimido el derecho. No obstante, pasarán al dominio público de conformidad con las disposiciones previstas en las leyes de los países donde se obtenga el derecho.

CONCLUSIONES

- El dominio público está constituido por las creaciones sobre las cuales no existen DPI.
- Las creaciones o bienes intelectuales nacen en el dominio público para su uso por la sociedad, por lo que éste constituye su espacio natural.
- No obstante, cuando cumplen con las condiciones previstas en las leyes relativas a la propiedad intelectual obtienen, derechos de exclusiva temporales previstos en las mismas.
- Los DPI son en consecuencia derechos de excepción limitados en su ejercicio y duración.
- El dominio público está vinculado a la temporalidad de los DPI.
- Por ello tiene su origen en el Parte Veneziana de 1474, dictado en la ciudad estado de Venecia, para conferir derechos sobre invenciones por diez años.
- Como los DPI están gobernados por el principio de la territorialidad, estarán o no en el dominio público de conformidad con las previsiones de las diferentes leyes de los Estados.

- El derecho de autor se adquiere en forma automática sobre obras literarias y artísticas, pasando al dominio público por el transcurso de un lapso no menor de 50 años posterior a la muerte del autor, según el Convenio de Berna.
- Los derechos de propiedad industrial, especialmente el referido a las patentes, deben invocarse ante los Estados donde se desea el derecho. Donde no se soliciten, los bienes intangibles objeto de los mismos están por lo general en el dominio público.
- Las marcas comerciales son igualmente creaciones y están limitadas en el tiempo, pero por protección a los consumidores las leyes permiten su renovación indefinida.
- Los conocimientos tradicionales y folclore de pueblos y comunidades locales están en el dominio público a la luz del DPI. Para su protección se sugiere un sistema *ad hoc*.
- Las nuevas variedades vegetales obtenidas por técnicas tradicionales y de ingeniería genética son bienes intangibles, sobre los cuales se pueden invocar DPI. El sistema UPOV prevé en su acta de 1991, que la duración del derecho del obtentor de la variedad no podrá ser inferior a 20 años a partir de la fecha de concesión del derecho. Para los arboles y vides, dicha duración no podrá ser inferior a 25 años a partir de dicha fecha. Vencido este lapso la variedad protegida pasa al dominio público.

REFERENCIAS

- Astudillo Gómez, Francisco. (2011). *Naturaleza jurídica compleja de los bienes inmateriales y los derechos intelectuales*. Estudios en Homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta. Universidad Central de Venezuela. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela: Talleres Gráficos de la Universidad de Los Andes. pp.67-96.
- Astudillo Gómez, Francisco. (2004). *La protección legal de las invenciones. Especial referencia a la biotecnología*. Mérida, Barcelona, Venezuela: ULA-UGMA.
- Bécourt, Daniel. (1990). La revolución francesa y el derecho de autor: Por un nuevo universalismo. *Boletín de Derecho de Autor*, XXIV, (4). París: UNESCO.
- Danvila y Collado, Manuel. (1882). *La propiedad intelectual*. Madrid.
- De Miguel Asensio, Pedro A. (2007). La lex loci protectionis tras el Reglamento Roma II. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado AEDIPr*, Tomo VII, pp.375-406.
- Dietz, Adolf. (1990). Una concepción moderna del derecho de la comunidad de autores (dominio público pagante). *Boletín de Derecho de Autor*. UNESCO, XXIV, (4), p. 16.
- Lipszic, Delia. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. París/Bogotá: OMPI/CERLALC.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO. CPY/TPC/I/4. París 28 de mayo de 1982.

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO. /DA/7. París 27 de mayo de 1949.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos en el dominio público*. CDIP/7/INF/2, Original: Inglés, Ginebra, 4 de marzo de 2011.