



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

# **PROTECCION JURIDICA DE LAS AGRUPACIONES ARTISTICAS Y SUS CREACIONES**

**Memoria para optar al grado académico de Licenciado de Ciencias  
Jurídicas y Sociales**

**AUTORES:**  
Felipe Pino Silva  
Rodrigo Alfaro San Martín

**PROFESOR GUÍA**  
Carlos Urquieta Salazar

Santiago, Chile.  
2011



*A mis padres, familia, amigos y todos  
quienes han sido una inspiración en el camino.  
En especial, a mis abuelos Adolfo, Iris, Casimiro y María.  
Felipe.*

## **TABLA DE CONTENIDOS**

	<b>Página</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b><u>CAPITULO I: LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS</u></b>	
<b>Y DERECHO DE AUTOR.....</b>	<b>5</b>
1. Las Agrupaciones Artísticas. Concepto.....	6
2. Naturaleza Jurídica.....	11
3. El Derecho de Autor.....	19
3.1. Concepto de Derecho de Autor.....	20
3.2 Derecho de Autor y Copyright.....	27
3.2.1. Objeto del Derecho de Autor.....	28
3.2.2. Concepto de Autor. Titulares.....	30
3.2.3. Derecho Moral.....	33
3.2.4. Derecho Patrimonial y Limitaciones.....	34
3.2.5. Formalidades.....	35
4. Titulares del Derecho de Autor.....	36
4.1 El Autor.....	36
4.1.1. Concepto.....	36
4.1.2. El Autor como Titular de Derechos.....	38
4.1.2.1. El Derecho Moral.....	39
4.1.2.1.1. Derecho de Divulgación.....	44
4.1.2.1.2. Derecho de Paternidad.....	47

4.1.2.1.3. Derecho al Respeto e	
Integridad de la obra.....	49
4.1.2.1.4. Derecho de Arrepentimiento	
o Retracto.....	54
4.1.2.2. Derecho Patrimonial.....	56
4.1.3. Persona Física y Jurídica como Autor y	
Titular de Derechos.....	59
4.1.4. Autor en el Caso de Obras Realizadas	
para Terceros.....	63
4.1.5. Presunciones de Autoría.....	67
4.2. Titulares Individuales.....	69
4.2.1. Titulares Originarios.....	71
4.2.2. Titulares Derivados.....	72
4.3. La Coautoría.....	74
4.3.1. La Obra Compuesta.....	78
4.3.1.1. Las Adaptaciones.....	81
4.3.1.2. Traducciones.....	83
4.3.1.3. Antologías y Colecciones.....	84
4.3.1.4. Arreglos y Orquestaciones.....	86
4.3.2. La Obra en Colaboración.....	90
4.3.2.1. Concepto.....	90
4.3.2.2. Régimen Jurídico.....	95

4.3.3. La Obra Colectiva.....	100
4.3.3.1. Concepto.....	100
4.3.3.2. Régimen Jurídico.....	105

## **CAPITULO II: LAS CREACIONES DE LAS AGRUPACIONES**

<b>ARTÍSTICAS Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA.....</b>	<b>108</b>
1. La Creación Artística.....	108
1.1. Concepto.....	108
1.2. Naturaleza Jurídica.....	111
2. La Obra.....	118
2.1. Concepto.....	118
2.2. Requisitos.....	120
2.3. Obras Protegidas.....	123
2.3.1. Obras Literarias.....	125
2.3.2. Obras Artísticas.....	128
2.3.2.1. Obras de Arquitectura.....	129
2.3.2.2. Las Esculturas.....	131
2.3.2.3. La Pintura.....	132
2.3.2.4. La Fotografía.....	133
2.3.3. Obras Teatrales.....	134
2.3.4. Obras Musicales.....	135
2.3.5. Obras del Folklore.....	139

2.3.6. El Título de la Obra.....	141
3. Régimen de Protección de las Obras.....	143
3.1. Protección en el Derecho Chileno.....	144
3.1.1. Protección Constitucional.....	144
3.1.2. Protección de Rango Legal.....	145
3.1.2.1. Normas del Código Civil.....	145
3.1.2.2. Sanciones Penales.....	147
3.2. Protección en el Derecho Internacional.....	150
3.3. Duración de la Protección.....	152
3.4. Contenido de la Protección.....	154
4. Derechos que Otorga la obra, Contratación y Explotación.....	155
4.1. Derechos de los Titulares de las Obras.....	155
4.1.1. Derechos Patrimoniales.....	155
4.1.1.1. Derecho de Reproducción.....	158
4.1.1.2. Derecho de Comunicación Pública.....	160
4.1.1.3. Derecho de Transformación.....	167
4.1.2. Limitaciones.....	168
4.1.3. Derechos Morales.....	175
4.1.4. Derechos Conexos.....	176
4.1.4.1. Concepto.....	177
4.1.4.2. Titulares de Derechos.....	179
4.1.4.3. Contenido de los Derechos Conexos.....	182

4.2. Transmisión de los Derechos de Autor.....	190
4.3. Explotación de los Derechos de Autor.....	192
4.3.1. Contratos en el ámbito del Derecho de Autor.....	194
4.3.2. Características de estos Contratos.....	194
4.3.2.1. Atípicos.....	194
4.3.2.2. Bilaterales.....	195
4.3.2.3. Onerosos.....	196
4.3.2.4. Conmutativos.....	197
4.3.2.5. Principales.....	198
4.3.2.6. Generalmente Consensuales.....	199
4.3.2.7. Intuitio Personae.....	201
4.4. Diversos Tipos de Contratos en el Ámbito del Derecho de Autor..	203
4.4.1. Contrato de Edición.....	203
4.4.2. Contrato de Representación.....	207
4.4.3. Contrato de Grabación con Productor Fonográfico...	209
4.4.4. Contrato de Actuación Artística en Televisión.....	212
4.4.5. Contrato de Presentación en Vivo Recital o Concierto...	213
4.4.6. Contrato de Representación Artística o Manager.....	216
4.4.7. Contrato de Artista Ejecutante con Artista Principal para Presentación en Vivo.....	218
4.4.8. Contrato de Presentación en Vivo de Artista Ejecutante como parte de un Elenco Estable.....	219



<b><u>CAPÍTULO III: EL NOMBRE DE LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS</u></b>	222
1. El Nombre.....	222
1.1. Naturaleza Jurídica.....	225
2. El Nombre bajo el alero de la Propiedad Intelectual.....	228
3. El Nombre bajo el alero de la Propiedad Industrial.....	230
3.1. El Nombre como Marca Comercial.....	231
3.2. Prohibiciones de Registro.....	237
3.3. Titularidad y Registro de la Marca.....	251
4. Nombre de Dominio en Internet.....	258
4.1. Naturaleza Jurídica del Nombre de Dominio.....	259
4.1.1. Tesis del Bien Autónomo.....	260
4.1.2. Tesis del Contrato de Prestación de Servicios.....	261
4.1.3. Tesis de los Signos Distintivos.....	262
4.2. Situación del Derecho Nacional.....	262
<b>CONCLUSIONES.....</b>	268
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	273

## **INTRODUCCIÓN**

Es evidente que hoy en día, las creaciones artísticas han adquirido un carácter cada vez más comercial, como por ejemplo, muchas de estas muestras del talento creativo se conocen hoy como parte de la “*Industria del Entretenimiento*”, así como hemos podido observar el paso de la denominación de las creaciones cinematográficas desde el “*Séptimo Arte*”, a la denominación más común hoy en día que se le señala como la “*Industria del Cine*”, denotando esta acepción cada vez más explícitamente aquel paso de una concepción artística a una cada vez más mercantil. Es en virtud de este matiz mucho más comercial que consideramos relevante el determinar de manera más o menos clara cuál es el trato que se le puede dar a las diferentes creaciones del intelecto, particularmente en el ámbito del derecho. Asimismo, buscamos determinar cuál es el trato que deben recibir las agrupaciones artísticas (grupos musicales, compañías de teatro, etc) que desarrollen su actividad creativa de en un sistema de coautoría, y de qué manera el nombre con el cual se les reconoce en el mundo artístico (o Industria del Entretenimiento si se le quiere llamar) puede ser protegida, ya sea como marca comercial, o bien su protección artística.

En una primera instancia, realizaremos una aproximación para poder entender a qué con agrupaciones artísticas, y cuál es la rama que del derecho

que protegería y regularía la actividad de ellas. En este último sentido es que realizaremos un primer acercamiento a aquello que conocemos por propiedad intelectual, ya que precisamente es esta rama la que tiene como principal objeto la protección de las creaciones del intelecto humano.

Resulta interesante también, determinar cuál es la naturaleza jurídica de las agrupaciones artísticas, si cabe analizarlas bajo el alero de el derecho de autor, junto a las creaciones que nacen de su trabajo, o bien si corresponde estudiarlas al alero de la propiedad industrial como una marca reconocible en el mercado. De este modo, debemos profundizar sobre la protección que le entrega a estas agrupaciones el derecho de autor, tanto en cuanto las facultades que se le otorgan a los titulares de la obra creada bajo coautoría, así como los derechos que le corresponden a estos autores una vez que dejan la agrupación, y la utilización de tales obras por parte de nuevos miembros de ella, amparadas bajo el concepto de los derechos conexos que protege y asegura la propiedad intelectual para los creadores. Por otra parte, cabe analizar la protección que le otorga la propiedad industrial, si es que los nombres con los que son conocidos estas agrupaciones pueden ser considerados como una marca a registrar, bajo qué categoría, cuándo es posible registrarla, qué uso se le puede dar, etc. Así también debemos referirnos al reconocimiento que se le da a este tipo de entes pluripersonales en el derecho comparado, como la aplicación en el marco general de esta rama del derecho.

Dividiremos entonces el problema a plantear en dos frentes:

En primer lugar, los aspectos que surgen a la luz de los derechos de autor y conexos que se vinculan con los miembros de la agrupación, aspectos que tienen que ver básicamente con la titularidad de las obras creadas bajo el régimen de coautoría. Abordaremos el tema de la autoría en la propiedad intelectual (obras individuales y colectivas, y dentro de las últimas las obras en colaboración y en colaboración), la titularidad sobre las obras y los derechos sobre las mismas (morales, patrimoniales y conexos). Luego de haber realizado dicho análisis, abordaremos cuáles son aquellas creaciones que se encuentran bajo éste régimen. Algunas preguntas que surgen al respecto son algunas como ¿Puede la agrupación continuar utilizando las obras sin uno de sus creadores y sin su autorización? o ¿Puede aquel integrante que deja la agrupación utilizar las obras creadas en colaboración?, entre otras.

Un segundo enfoque que le daremos a este estudio, es el de la protección que le otorga el derecho de la propiedad industrial a los nombres de agrupaciones artísticas y musicales al inscribirlas estas como marcas comerciales. Al respecto señalaremos cuáles son los requisitos que señala nuestra legislación para poder inscribir una marca comercial, y si los nombres de las agrupaciones artísticas cumplen con ellos, así como las prohibiciones a

las que hace alusión la ley sobre ciertas denominaciones que no pueden ser inscritas como marcas comerciales. Por otra parte, dentro del mismo ámbito de la propiedad industrial, determinar, a la luz de nuestra legislación quienes son (o deberían ser) los titulares de el derecho sobre la marca registrada (el nombre de la agrupación artística), si lo son los integrantes de la agrupación al momento de inscribirla como marca, o lo son todos los integrantes que alguna vez pertenecieron a la agrupación, o un tercero, en fin. Otro aspecto importante de destacar es la aplicación del principio de especialidad en materia marcaria.

Todos estos aspectos conllevan una fuerte carga económica, pues el posicionamiento de una marca comercial en el mercado implica que ella amplíe sus posibilidades de expandirse en el mismo aún más. Del mismo modo, los derechos de explotación sobre las creaciones artísticas otorgan a su titular infinitas posibilidades para gozar de las facultades pecuniarias que de ellas emanan. Por ello es importante analizar en un apartado de este estudio, los contratos que son susceptibles de suscribir tanto en el ámbito de la propiedad intelectual como industrial, en virtud de la gran relevancia económica que han surgido de este tipo de creaciones.

## **CAPÍTULO I. “LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS Y DERECHO DE AUTOR”**

Las creaciones artísticas protegidas por el derecho de autor, de las cuales nacen múltiples facultades para sus autores y para aquellas personas que son titulares de alguna clase de derecho sobre ellas, pueden revestir diferentes formas, así como, del mismo modo, provienen de diversos métodos de creación.

Dentro de estas diversas maneras en que las creaciones artísticas pueden nacer, encontramos las obras individuales, ya sean originales o derivadas, o bien obras creadas bajo el régimen de coautoría. Es sobre este último tipo de obras las que abordaremos más profundamente, ya que son las que, por su carácter, en el que esencialmente intervienen una pluralidad de personas, llegan a revestir mayores inconvenientes al momento de su análisis a la luz del derecho, como por ejemplo respecto de la titularidad de las facultades que de sus obras emanan. Dentro de este modelo de creación, el de la coautoría, nuestro estudio se enfocará en aquellas colectividades de personas reunidas con el fin de producir esta clase de expresiones, las agrupaciones artísticas.

## 1. LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS. CONCEPTO

Señalar un concepto de agrupación artística, en el ámbito del derecho, podría resultar algo difícil y engorroso, toda vez que esta denominación *no corresponde* a un término utilizado por las legislaciones para denominar cierta clase de autores en el caso de obras creadas bajo el régimen de coautoría, ni para señalar un ente autónomo titular de derechos sobre cierta clase de creaciones.

Por lo anteriormente señalado, es que esbozaremos una propia definición de agrupación artística, de manera de delimitar cuáles tipos de obras serán las analizadas en el presente trabajo.

Bajo nuestra concepción, entendemos por agrupación artística, aquel *conjunto de personas reunidas de forma más o menos permanente con el fin común de crear obras eventualmente protegidas por el derecho de autor.*

Respecto de esta definición podemos realizar ciertas observaciones, desglosándola, de modo de entender más a cabalidad de lo que estamos hablando.

Hablar de una Agrupación Artística, nos da la idea de una *pluralidad de sujetos*. Se trata de un conjunto de personas, por lo que se requiere la presencia de más de un individuo para poder estar frente a una de ellas. La obra de un creador individual no constituye, por tanto, una obra de una agrupación artística, si no que necesariamente estas creaciones serán de aquellas realizadas bajo el régimen de coautoría. Ello se refiere al caso en que, varios autores contribuyen a la creación de una obra trabajando juntos, o bien por separado, pero creando sus aportes, del mismo o de diferente género, para que sean explotados conjuntamente y formen una unidad<sup>1</sup>, siendo estas, bien obras en colaboración u obras colectivas. Aquellos individuos que componen la agrupación artística serán siempre personas naturales, pues sólo ellas son quienes pueden realizar actos de creación intelectual, siendo a esta persona física a quien le corresponde la titularidad originaria sobre una obra<sup>2</sup>.

Esta pluralidad de personas deben encontrarse *reunidas de forma más o menos permanente*. La creación esporádica de alguna obra bajo el régimen de coautoría, o simplemente la creación aislada de una obra por parte de dos o más personas, no constituye, bajo nuestra perspectiva, una agrupación artística, si no que meramente se trataría de coautores, como lo analizaremos posteriormente. Este carácter de permanencia resulta un elemento esencial que debe poseer la agrupación artística, de modo que nos permita comprender

---

<sup>1</sup> LIPSZYC, Delia. "Derecho de Autor y Derechos Conexos". Buenos Aires, UNESCO, 2005. P. 129.

<sup>2</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.*, p. 123.



de mejor forma ciertos aspectos del estudio, como la de una eventual titularidad de derechos y diferentes atributos que pudiesen otorgárseles.

En la agrupación artística debe existir un *fin común* buscado por sus integrantes. Las personas que conforman estos entes se encuentran reunidas establemente porque, en el contexto de la agrupación, crean obras de carácter artístico. En el caso de un grupo musical, sus integrantes crean canciones, de modo que los músicos idean la parte instrumental de sus obras, el cantante crea la letra y la melodía de la voz, de modo que conjuntamente conciben un todo. Este es el objetivo de su unión, su fin común, el cual precisamente será el crear esta obra, la que en este caso ejemplar, se trataría de una canción, para componer, a través del tiempo, más canciones, editar un álbum, y desarrollar una carrera a lo largo de los años, según sea el caso. Una vez que desaparece este objetivo común, se desvanecerá la unidad e integridad de la agrupación artística.

El objetivo común que reúne a los integrantes de las agrupaciones artísticas es la *creación de aquellas obras que deberían encontrarse protegidas por el derecho de autor*, esto es, que deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos que son establecidos por la ley para que ellas sean objeto de su protección. Si bien, eventualmente, la agrupación artística pudiese tener por objeto principal la creación de obras no protegidas por el derecho de autor,

como por ejemplo una banda musical que se dedique de manera exclusiva a tocar temas de otras bandas a modo de “covers” sin el consentimiento de sus titulares originales, de igual modo estaríamos ante una agrupación de artistas con un fin común, pero dicho objeto no es precisamente la creación de aquellas obras que cumplen con los requisitos señalados por la doctrina para ser protegidas. En el presente trabajo nos concentraremos en aquellas agrupaciones cuyo objeto es la obra debidamente protegida por la propiedad intelectual, esto es, que cumplan con las cualidades que se señalan por la doctrina para que se encuentren dentro de sus parámetros de protección, a saber, que la obra sea una manifestación bajo una forma perceptible, se trate de una obra original o de originalidad suficiente, y que sea apta para ser difundida o reproducida<sup>3</sup>. No obstante la existencia de agrupaciones que se dediquen a la interpretación de obras no originales, las cuales no adquieren derechos como creadores sobre ellas, podrán adquirir la atribución de los respectivos “derechos conexos” que le correspondan.

Dentro de las agrupaciones artísticas, podemos mencionar a los grupos o bandas musicales, y tal vez en menor medida, los grupos teatrales. Los grupos musicales, se caracterizan por ser una pluralidad de personas, que a través de la voz humana, instrumentos musicales, o de unos y otros a la vez, crean y transmiten una interpretación propia de obras sonoras pertenecientes a

---

<sup>3</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.*, p. 61.

diferentes géneros y estilos. Estas bandas o grupos musicales pueden tener diferentes formas composición, variando según el estilo o género musical al cual se dediquen. Existen algunos géneros cuya conformación es más libre que otras. Por ejemplo, es el caso de las bandas de rock, las que pueden estar integradas por una o dos guitarras, un bajo eléctrico, batería y voz, a veces con un teclado, y hoy en día en facciones mas modernas del estilo, se llegan a incluir sintetizadores y sonidos computacionales, aunque es muy variable por la libertad que otorga el género. En la música clásica, por otro lado, se pueden mezclar instrumentos musicales de diferentes características, como lo son la familia de las cuerdas, las de viento y la de las percusiones, o bien utilizar los de una sola familia como el cuarteto de cuerdas.

Por su parte, en el caso de las agrupaciones teatrales o compañías de teatro, debemos realizar la distinción, de aquellas que se dedican a la representación de obras teatrales de terceros, y aquellas que interpretan obras creadas por alguno o algunos de los miembros de ellas. Hay que distinguir los derechos que tiene el autor del guión de la obra teatral y el de la música incidental de la obra, del derecho de ejecución de los actores que la interpretan. Esto porque, en alguno de estos casos podríamos encontrarnos frente a derechos de autor propiamente tales, con las correlativas facultades inherentes a ellos, y en otros encontrarnos sólo ante derechos conexos.

## 2. NATURALEZA JURIDICA

Debido a la relevancia de este tema, haremos una breve explicación de su motivación. En primer lugar, y como quedará explicado a lo largo del presente trabajo, las creaciones de las agrupaciones artísticas estarán protegidas fundamentalmente por el derecho de autor. Desde el instante mismo de su creación, la ley ampara los derechos que el creador tenga sobre ella. Sin embargo, el solo estudio de estos derechos y su titularidad, de cuando nacen, o de las posibilidades de ejercicio que se generen, no resuelven *per se* problemas de carácter un poco más práctico.

En ese sentido, debemos señalar que la legislación chilena resulta incompleta en cuanto a propiedad intelectual se refiere. Ni en la Ley 17.336, ni en su texto refundido por la por la ley 20.435 del año 2010, se tocan temas relativos, por ejemplo, a procedimientos especiales aplicables en caso de disputas judiciales por plagios o controversias entre los autores.<sup>4</sup>

Por si este solo tema de carácter procedimental no fuese poco, la misma ley ya citada no se detiene en solucionar problemas que se podrían generar en

---

<sup>4</sup> No obstante estipularse en el artículo 101 de la ley 17.336 que se seguirán las normas del juicio sumario para la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, o en el artículo 85 de la misma ley que “En los casos de contravenciones del derecho de autor o conexos, el Juez de Mayor Cuantía en lo Civil que corresponda, en conformidad a las reglas generales, procederá breve y sumariamente”, se echa de menos la existencia de un órgano especializado, con procedimientos específicos, como en el caso de la Propiedad Industrial.

aquellos casos en donde existiese una pluralidad de autores o ejecutores, que reclamasen titularidad respecto de derechos un tanto difusos. Las relaciones internas entre los miembros de las agrupaciones artísticas quedan fundamentalmente remitidas a contratos atípicos, *sui generis*, que expresan más bien un sometimiento más apegado a la costumbre que a la legalidad expresa. Es en este punto donde pretendemos analizar la naturaleza jurídica que podría tener una agrupación artística, en sus más diversas expresiones, ya que los derechos que emanen de sus creaciones o ejecución responden al trabajo mancomunado de un grupo de personas. A diferencia de los derechos, por ejemplo, del escritor de un libro o su editor –derechos fácilmente identificables y atribuibles al autor individualmente identificado-, no sucede lo mismo en el caso de agrupaciones con un mayor número de personas.

Por otra parte, nos preguntamos ¿Cuál es la relación entre los derechos de autor, los derechos conexos y derechos de propiedad industrial, como es el de la marca? ¿A quién le corresponden dichos derechos? Porque si bien es cierto que el tema no es fácil a la hora de delimitar las primeras dos materias, subsiste, además, el problema de la inscripción de la marca de la agrupación musical (una banda de rock, por ejemplo), que confiere mayores ingresos por conceptos de *merchandising*, venta de discos o comerciales<sup>5</sup>. Nicho

---

<sup>5</sup> Las facultades sobre el nombre de una agrupación artística como marca comercial, viene adquiriendo un carácter más relevante en el tráfico comercial. La explotación del nombre de una banda musical bien posesionada en el mercado, hoy en día puede resultar, incluso, más beneficioso para sus integrantes que la

suficientemente atractivo y de importancia práctica, dadas sus posibles repercusiones comerciales y económicas, como para analizar el derecho que pudiese corresponderle a cada uno de los miembros de la agrupación.

Ante estas interrogantes planteadas, debemos aún, respecto de las agrupaciones artísticas, determinar su naturaleza jurídica, de modo que entendamos el régimen que las regulará, y la manera en que sus integrantes se relacionarán entre sí.

Desde un primer enfoque, se podría llegar a sostener que las agrupaciones artísticas podrían constituirse como PERSONA JURÍDICA. Cabe preguntarse entonces ¿Por qué podrían entrar en esta categoría? El artículo 545 inciso 1º del Código Civil señala que “*se llama persona jurídica una persona ficta, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*”. En otros términos, podríamos decir que es “*todo ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva y al cual,*

---

propia explotación de los derechos de autor sobre sus creaciones. De hecho, mas aún, con el apogeo y desarrollo de la Internet, en donde la industria discográfica ha visto mermada su producción y ganancias, es mediante la venta de artículos vinculados al nombre de la agrupación, como por ejemplo prendas de vestir con el nombre o imágenes de la banda (lo que conocemos como merchandising), presentaciones en vivo, y en general el aprovechamiento del buen nombre o fama de la agrupación, es que ellas consiguen mayores ingresos.

Respecto de la protección del nombre de la agrupación artística como marca nos referiremos en el Capítulo III de esta obra.

*como medio para la consecución de éstos, la ley le reconoce capacidad de goce y de ejercicio”.*<sup>6</sup>

Los requisitos para que una persona jurídica exista son dos, a saber:

1. Que la persona jurídica surja como una entidad distinta de los miembros que la componen o dirigen.
2. Que se encuentren constituidas conforme a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

Como se observa hasta el momento, las agrupaciones artísticas podrían adoptar la decisión de convertirse en personas jurídicas. En general, en nuestra legislación se reconocen dos tipos de personas jurídicas: Están las de DERECHO PÚBLICO, como las mencionadas por el inciso 2º del artículo 547 del Código Civil (“...la Nación, el Fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario...”), y las de DERECHO PRIVADO, las que, a su vez, se dividen entre:

- a) *Las que persiguen el lucro de los asociados*, esto es, las sociedades industriales. La sociedad en este sentido forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, de acuerdo a lo establecido en el

---

<sup>6</sup> VODANOVIC, Antonio. “Tratado de Derecho Civil (Partes preliminar y general)”, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. P.498.

artículo 2053 inciso 2º del Código Civil. Y la propia definición de sociedad dada en el inciso primero lo refrenda: *“La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”*.

b) *Las personas jurídicas que no tienen por objeto el lucro.* Estas se dividen en asociaciones y fundaciones de beneficencia pública.

En virtud de la libertad de acción que otorga el derecho privado, los contratantes, en este caso, los miembros de la agrupación artística, tienen la posibilidad de pactar la constitución de cualquiera de los tipos de personas jurídicas de derecho privado, como sociedades de responsabilidad limitada, sociedades colectivas o por acciones, con el objeto de obtener los réditos provenientes de su actividad artística.

O bien, puede ocurrir que el objeto de los socios no sea más que crear un colectivo artístico que integre a la comunidad en sus actividades, en cuyo caso, resulta posible que se constituyan como una corporación o fundación.



Como vemos, resulta perfectamente posible que la agrupación artística se constituya como una sociedad con fines de lucro, o incluso, de manera más restringida por cierto para los propósitos de este estudio, sin dichos fines. Y de hacerlo, es absolutamente posible que se constituyan, además, como SOCIEDADES, gozando, mas allá de los derechos de autor que les correspondan por su trabajo artístico, de las facultades que el derecho societario les otorga. Es decir, ya no solo tendrán un estatuto jurídico aplicable, sino que al menos dos (derecho de autor y societario), dependiendo de la constitución que hagan.

Pongamos un ejemplo para aclarar el caso. Un grupo de amigos con condiciones artísticas se reúne y forma un grupo musical, de carácter completamente amateur. Probablemente en sus inicios toquen *covers* de sus bandas favoritas, hasta que llegado el día decidan profesionalizar su carrera. Decidirán crear canciones- protegidas por el derecho de autor, como se verá-, y, debido a su afán de hacerse conocidos, invertirán sus recursos en comprar mejores instrumentos, pagar mejores salas de ensayos, alojarse en hoteles, comprar algún vehículo que lleve sus equipos, etcétera. Con el tiempo podrán acceder, tal vez, a millonarios contratos y deberán comenzar a repartirse las ganancias entre ellos ¿No cumple este grupo humano de hecho los requisitos que exige la ley para ser una sociedad, y regirse por sus estatutos? ¿Cuáles

son estos requisitos? El profesor Ricardo Sandoval López señala algunos de ellos:<sup>7</sup>

1. Al ser un contrato, debe reunir los REQUISITOS DE TODO CONTRATO (consentimiento, objeto, causa, capacidad).
2. Los REQUISITOS PROPIOS del contrato de sociedad:
  - a) *Aportes*: Los contratantes deben aportar, ya sea con dinero, especies o trabajo.
  - b) *Beneficios*: La búsqueda y el reparto de los beneficios es un elemento del contrato de sociedad que permite diferenciarlo de otro como la asociación o corporación, que tiene otro fin distinto de éste.
  - c) *Affectio Societatis*: O la voluntad de parte de los socios de colaborar activamente con la empresa y en un pie de igualdad.

Es decir, que cumpliendo estos requisitos, pudiese esta agrupación artística perfectamente tener la naturaleza jurídica de una sociedad, estableciéndose contractualmente la repartición de los beneficios pecuniarios que resulten del ejercicio de su actividad. Así, problemas como el de la titularidad de la marca, y en general, respecto de los aportes de cada uno de

---

<sup>7</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Manual de Derecho Comercial (Organización jurídica de la empresa mercantil)". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, , Tomo I.

ellos o la distribución de los beneficios al término de cada periodo, quedaría zanjado incluso en los estatutos sociales.

No obstante, con lo que acabamos de decir no solucionamos el problema acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la agrupación artística, toda vez que el elemento de la esencia en este caso será el hecho de que todos los miembros de dicha organización acepten y contraten, escogiendo el modelo societario que más les acomode.

En realidad, al parecer, la naturaleza jurídica de la agrupación artística, sin que medien contratos ni nada parecido es el de la COMUNIDAD.<sup>8</sup> Los miembros de la comunidad que se generaría sobre los bienes inmateriales que pudiese poseer la agrupación artística que no ha celebrado ningún tipo de contrato entre ellos, caso más común en la práctica, tienen derechos absolutos que recaen directamente en estas cosas, facultándoseles para explotarlos económicamente de un modo exclusivo y monopólico.<sup>9</sup>

La fuente que originaría esta comunidad es el hecho mismo de la creación de las obras de la agrupación, una situación de hecho más que un acto jurídico que de origen a la agrupación. Esto, porque desde el momento en

---

<sup>8</sup> La discusión doctrinaria acerca de la naturaleza del concepto de propiedad sobre bienes inmateriales, será analizada en capítulos posteriores (Capítulo II. 1.2).

<sup>9</sup> ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC H., Antonio. “Tratado de los Derechos Reales (Bienes)”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, , 6ª Edición. Tomo I, p.34.

que originan una pieza de su arte, se genera un bien inmaterial que debe ser protegido, y en el cual sus realizadores tendrán derechos compartidos, que en la medida que no tengan titularidad asignada, corresponderán a todos por igual.

### **3. EL DERECHO DE AUTOR.**

Al hablar de la agrupación artística, nos hemos referido a ella como un ente multipersonal creador de invenciones del intelecto humano, en la cual, sus miembros se encuentran reunidos permanentemente con el fin común de realizar estas obras. De este modo, del trabajo mancomunado de los miembros de la agrupación, nacerán obras que otorgan diversos derechos para sus autores, de modo que estas facultades se encontrarán reguladas por un régimen jurídico especial para ellas, especialmente en el caso de las agrupaciones que estamos tratando, ya que sus complicaciones son mayores al encontrarnos frente a más de un titular de estos derechos. Para regular todas las implicancias que derivan de la creación de las obras artísticas, será el derecho de autor el que se encargará de esta reglamentación.

Como primera aproximación para el adecuado análisis de la protección de las agrupaciones artísticas, debemos de estudiar el amparo de la misma bajo el prisma del derecho de autor, para entender las facultades de sus

integrantes bajo el alero de esta rama del derecho. Para un mejor entendimiento debemos, ante todo, realizar un análisis conceptual previo.

### **3.1 CONCEPTO DE DERECHO DE AUTOR.**

La legislación nacional no señala lo que ella entiende por derecho de autor, si no que se limita a estipular cuales son aquellas obras de las que emanan las facultades amparadas por la ley, estableciendo desde que momento comienza su protección jurídica. A este efecto, estipula la ley de Propiedad Intelectual en su artículo 1°: *“La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*<sup>10</sup>. Este artículo presenta gran importancia para nuestro ordenamiento jurídico, ya que nos permite determinar el régimen de adquisición de los derechos, así como para delimitar el ámbito de aplicación de la ley. En relación al régimen de adquisición de estos derechos, esta disposición viene a señalar que nuestra legislación otorga a los autores una protección automática, inmediata, una vez que su obra ha sido creada, sin necesidad del cumplimiento de formalidad alguna para dar lugar a la protección, como, por el contrario, sí ocurría con la legislación aplicable en nuestro país hasta el año 1970, antes de que entrara en

---

<sup>10</sup>Artículo 1° inciso primero Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de Octubre de 1970.

vigencia la ley 17.336, cuando la norma aplicable en esta rama era la del decreto ley N° 345, que señalaba en su artículo 1° *“La propiedad Intelectual se constituye por su inscripción en el Registro que se llevará en la Biblioteca Nacional...”*<sup>11</sup>, estableciendo de esta manera el cumplimiento de la solemnidad señalada para que la pieza fuera protegida por el derecho de autor, requisito no exigido hoy en día por nuestra ley para la tutela de los derechos que de ella nacen, precisamente, desde la creación de la misma.

En cuanto a la delimitación del objeto de protección de la ley N° 17.336, el artículo 1° de este precepto legal circunscribe la protección a *“las obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*. Respecto al objeto, y específicamente a las obras protegidas por el derecho de autor, nos referiremos más adelante<sup>12</sup>. Por el momento sólo realizaremos el alcance de que la redacción de la parte final de este inciso no es muy feliz, ya que puede llevar a algún tipo de confusión respecto de su interpretación, ya que de la sola lectura superficial del mismo, podría llegar a desprenderse que los derechos conexos le corresponden al autor, en circunstancia que sus titulares son

---

<sup>11</sup> Artículo 1° Decreto ley N° 345, publicado en el Diario Oficial el 5 de Mayo de 1925.

<sup>12</sup> En relación al concepto de *Obra* como objeto del Derecho de Autor, nos referiremos más adelante en el Capítulo II. 2.

precisamente, salvo casos excepcionales, personas diferentes a éste, pero que realizan una función relacionada con una obra intelectual.<sup>13</sup>

A modo de determinar el contenido del derecho de autor, el inciso segundo del artículo antes citado establece que: *“El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”*<sup>14</sup>. Este inciso, viene a completar el catálogo de derechos que se le otorgan al autor de una obra, a saber, los derechos de autor (derechos morales y patrimoniales), los cuales corresponden al creador o al titular del derecho en su caso, y los derechos conexos al mismo, que corresponden a los artistas y ejecutantes, productores de fonogramas, y en general a personas diferentes del propio autor de la obra, en relación con la utilización de ella.

Si bien la legislación nacional nos da ciertas pautas para poder entender ciertos aspectos del derecho de autor, no nos es posible desarrollar un concepto acabado del mismo, por lo que debemos recurrir a la doctrina para poder adquirir a cabalidad una noción que nos señale a que se refiere precisamente este concepto. La profesora Delia Lipszyc, eminencia argentina en la materia, señala que *“es la rama del derecho que regula los derechos*

---

<sup>13</sup> HERRERA SIRPE, Dina. “Derechos de Autor. Ley N° 17.336”. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1988. P. 6.

<sup>14</sup> Ley N° 17.336, Artículo 1° inciso segundo. Chile. Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970.

*subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas y audiovisuales*<sup>15</sup>. Ahora que entendemos al derecho de autor como *una disciplina que regula los derechos subjetivos del autor sobre sus obras* (precisión que no realiza la ley nacional), podemos recién analizar cuáles son las facultades que mediante él se le otorgan al creador, tal como lo hace la profesora Lipszyc (y como lo hace la legislación nacional), indicando que el derecho de autor reconoce en favor del titular de los derechos las siguientes facultades:

- Facultades de carácter personal concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinada a garantizar sus intereses intelectuales, que conforman el denominado *derecho moral*.
- Facultades de carácter patrimonial concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico, en lo que constituye el *derecho patrimonial*.

Parte de la doctrina, tiende a hacer algunas distinciones terminológicas respecto del concepto de derecho de autor y de propiedad intelectual. Al respecto, señala el profesor español Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>16</sup> que

---

<sup>15</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 11.

<sup>16</sup> BERCOVITZ CANO, Rodrigo; *et al.* “Manual de Propiedad Intelectual”, 2ª Edición. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003.



debemos advertir cuando nos referimos a la propiedad intelectual, una acepción estricta y una acepción algo más amplia. En aquel concepto más restringido de propiedad intelectual, éste es sinónimo de derecho de autor, esto es, los derechos que tiene el creador de la obra sobre la misma, incluyendo en estos todos los derechos morales y patrimoniales que le pertenezcan en su calidad de tal. En un concepto más amplio de propiedad intelectual, en cambio, se engloba tanto los derechos del autor como los de los demás, relacionados con aquél, incluyendo en estos últimos los derechos conexos de terceros diferentes del autor sobre la obra y otros derechos que la ley regula<sup>17</sup>.

Pero aún así, existe una acepción más amplia de propiedad intelectual, la que, además del concepto antes señalado (derecho de autor propiamente tal y otros derechos de propiedad intelectual, como los derechos conexos), engloba lo que conocemos como propiedad industrial (patentes de invención, marcas, dibujos o modelos industriales etc.). Esta es la acepción que ocupa la OMPI<sup>18</sup> (o WIPO en la sigla anglosajona) para referirse a la propiedad intelectual, tal como hace referencia el artículo 2º del Convenio de Estocolmo de 1967, que señala que se entenderá por propiedad intelectual *todos los derechos* relativos a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas, los

---

<sup>17</sup> En este sentido, el profesor Bercovitz al referirse a la “la ley”, está haciendo mención a la ley española de Propiedad Intelectual, ley 1/1996.

<sup>18</sup> OMPI es la sigla utilizada para referirse a la Organización Mundial de Propiedad intelectual.

fonogramas y a las emisiones de radiodifusión (todo esto dice relación con el derecho de autor), a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico<sup>19</sup>. El acuerdo ADPIC<sup>20</sup> entiende en el concepto de propiedad intelectual en el mismo sentido, señalando en su artículo 1.2 que *“la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”,* las cuales incluyen derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazados de los circuitos integrados, y la protección de la información no divulgada.

En este sentido, debemos además distinguir qué es lo que entendemos por derecho de autor, tanto en un sentido objetivo como en un plano subjetivo. En el plano de la objetividad, derecho de autor se refiere a aquel conjunto normativo que tutela los derechos que tienen los creadores sobre sus obras, así

---

<sup>19</sup> Convenio de Estocolmo que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 14 de Julio de 1967, artículo 2°, viii).

<sup>20</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, establecido como anexo 1C del acuerdo que crea la Organización Mundial de Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de Abril de 1994.

como los derechos de explotación por parte de terceros de las mismas. En un plano subjetivo, en cambio, dice relación con las facultades de que goza el autor en relación con su obra para hacer exigibles sus derechos.

### **3.2 DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT**

La propiedad intelectual podemos entenderla también desde dos veredas, en consideración a la tradición jurídica dentro de la cual se encuentren insertas. En este ámbito podemos diferenciar una concepción jurídica anglosajona (o angloamericana) del derecho de autor, la cual conocemos como el *common law*, la que enmarca el derecho de autor en la denominación que conocemos como *copyright*<sup>21</sup>. Existe por otro lado una concepción jurídica *continental europea* (o latina) del derecho de autor, dentro de la cual se halla nuestra legislación. Ambas concepciones poseen ciertas características propias que las hacen ser diferentes, y que pueden conducirnos muchas veces a desiguales soluciones ante conflictos jurídicos, según la tradición jurídica dentro de la cual estemos analizando dicho conflicto. Un ejemplo que nos sirve para ilustrar la importancia de estas diferencias, es el caso de la película “La Jungla del Asfalto” de John Huston, película ícono del llamado cine negro, género caracterizado por una iluminación tenebrosa en claroscuro. La productora que poseía los derechos sobre dicha película decidió colorear las obra, decisión que

---

<sup>21</sup> En una traducción literal del término, podríamos interpretarlo como “*derecho de copia*”.

no planteaba ningún problema en el derecho norteamericano (bajo el régimen de *copyright*), puesto que aquella había adquirido todos los derechos de la obra, y esta modificación se encontraba perfectamente dentro de las facultades que poseía, por el hecho de ser titular de todos los derechos sobre este filme. Sin embargo, en Francia esto no era posible sin la respectiva autorización de los herederos del mencionado director de cine, puesto que el derecho francés (bajo la concepción jurídica continental europea del derecho de autor) les reconocía como autor de la película, y en consecuencia, titulares de su derecho moral, intransferible por acto entre vivos. Así lo sancionó una sentencia del Tribunal de Casación francés de fecha 28 de Mayo de 1991, con ocasión de la emisión de la versión coloreada de “La Jungla de Asfalto” por una cadena de televisión francesa, fallando a favor de los herederos de John Huston y en contra de la productora de la película.<sup>22</sup>

Como hemos podido notar, las diferentes concepciones jurídicas dentro de las que las legislaciones se encuentran insertas, respecto del derecho de autor, pueden ofrecer diversas alternativas a la realidad dentro de la cual nos encontraremos según sea el caso. Aunque, si bien entre ambas denominaciones, derecho de autor en su concepción continental europea y *copyright*, encontramos variadas diferencias, existe hoy en día un proceso que tiende a un gradual acercamiento entre estas dos orientaciones, como

---

<sup>22</sup> BERCOVITZ CANO, Rodrigo; *et al.* “Manual de Propiedad Intelectual”, 2ª Edición. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003. P. 30.

consecuencia del trabajo unificador sobre las legislaciones nacionales llevado a cabo por el Convenio de Berna, en cual existe un predominio de la concepción continental, así como el trabajo llevado a cabo por la Comunidad Económica Europea.

Pero para un entendimiento más acabado del derecho de autor en cada una de las concepciones jurídicas, procederemos a analizar las diferencias existentes entre ambas<sup>23</sup>.

### **3.2.1 EL OBJETO DE DERECHO DE AUTOR.**

Por una parte, podemos señalar, que el objeto de protección en nuestra tradición jurídica latina es la creación intelectual expresada en obras que presenten el carácter de originalidad o individualidad, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *copyright*, en el cual son objeto de protección bienes que no necesariamente serán obras de creación originales, como grabaciones sonoras (fonogramas), las emisiones de radiodifusión, los programas de cable y la representación tipográfica de ediciones ya publicadas<sup>24</sup>. En este sentido

---

<sup>23</sup> En este análisis seguiremos el método utilizado por la profesora Delia Lipszyc en su libro “Derecho de Autor y derechos conexos”, siguiendo el orden de diferencias que ella señala entre derecho de autor en la concepción jurídica continental y la de *copyright*.

<sup>24</sup> Artículo 1,1. Copyright, Designs and Patents Act. Inglaterra. 1998:  
*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—*

*(a) original literary, dramatic, musical or artistic works,*

*(b) sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and*

consideramos importante destacar la distinción que realiza don Claude Colombet, quien señala que debemos diferenciar los conceptos de originalidad y novedad, entendiendo por el primero como aquella marca de la personalidad que resulta del esfuerzo del creador, la cual se mide subjetivamente<sup>25</sup>. Por su parte, la novedad se referiría a la ausencia de un homólogo existente en el pasado, el cual se mide objetivamente<sup>26</sup>. De este modo, según lo señalado por la profesora Lipszyc, algunas de las obras protegidas por el sistema anglosajón de derecho de autor, carecerían del requisito de novedad, ya que se limitarían a la emisión de obras pre-existentes.

Por otra parte, para la concepción jurídica latina, según lo que expone Delia Lipszyc, la fijación de la obra sobre un soporte material no es requisito previo, como regla general, para que ésta sea protegida por parte del derecho de autor, de modo que una vez creada la obra, inmediatamente se encuentra amparada por la propiedad intelectual. Esto no ocurre de este modo en los países del sistema anglosajón, en donde el requisito de la fijación de la obra sobre un soporte material sigue siendo esencial para el amparo por parte del *copyright*.<sup>27</sup> En este sentido, la ley Inglesa de Propiedad Intelectual de 1988 establece como requisito para que las obras dramáticas, musicales o literarias

---

(c) the typographical arrangement of published editions.

<sup>25</sup> COLOMBET, Claude. "Grandes principios de derecho de autor y derechos conexos en el mundo". Madrid, España, UNESCO, 3º Ed., 1997. P. 13.

<sup>26</sup> *Ibid.* p.3.

<sup>27</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 42.

sean protegidas por el copyright que ellas sean estampadas en algún soporte material, señalando en él , la fecha en que la obra fue realizada, así como la fecha en que dicha obra fue fijada en este soporte<sup>28</sup>. En este sentido, nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece que se protegerá la obra “*cualquiera que sea su forma de expresión*”<sup>29</sup>, sin solicitar la necesidad de un soporte material como presupuesto para su protección.

### **3.2.2 CONCEPTO DE AUTOR. TITULARES DE DERECHO.**

En la tradición jurídica continental, sólo se concibe como titular originario de derecho al autor, a la persona física que crea la obra, sin que la titularidad sobre estos derechos pueda recaer sobre una persona diferente de aquella creadora primigenia de la obra. No obstante, existen ciertas excepciones, como es el caso que ocurre en la ley española de propiedad intelectual, la cual concibe a una persona distinta de la persona natural del autor como titular originario de derecho de propiedad intelectual, lo cual acontece al considerar como autor de obra colectiva a la persona natural o jurídica que edita y divulga la obra bajo cuya coordinación se crea por medio de aportes de diferentes personas<sup>30</sup>. En nuestra legislación, se establece para el caso de los diarios,

---

<sup>28</sup> Artículo 3,2. Copyright, Designs and Patents Act. Inglaterra. 1988,:

*“Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded”.*

<sup>29</sup> Artículo 1° Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. De 2 de octubre de 1970.

<sup>30</sup> Artículo 8° Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.:

revistas y otras publicaciones periódicas, que la empresa periodística – persona jurídica- adquiere el derecho de publicar los artículos, dibujos, fotografías y demás producciones aportadas por el personal que trabaja para ella, conservando los autores los demás derechos que la ley les confiere<sup>31</sup>. Pero la gran regla general en nuestra tradición jurídica es considerar como titular originario de derechos de autor a la persona física que resulta ser el creador de la obra.

Nuestra legislación nacional no es ajena a esta tradición jurídica, y es clara al señalar en el artículo 7º de la ley 17.336, que el titular original de los derechos de propiedad intelectual es el autor de la obra. Se establece como a excepción a esta regla, en el caso de los programas computacionales, establecida en el artículo 8º inciso segundo de la ley, que los titulares de derecho de autor sobre dichos programas serán las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes en el desempeño de sus funciones laborales los hubiesen producido.

---

Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

<sup>31</sup> Artículo 24 letra c Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual de 2 de octubre de 1970.



En definitiva, no obstante existir estas situaciones en que la titularidad le corresponda a personas jurídicas, no constituyen más que situaciones excepcionales a la luz de nuestro derecho, y en general, las legislaciones de la tradición jurídica continental.

En los países del sistema anglosajón, en cambio, en el caso de autores que crean obras en virtud de una relación contractual laboral, por encargo o para producciones cinematográficas, se considera al empleador, comitente o productor como titular originario del derecho de autor. Tal es el caso de lo que acontece en la ley Inglesa de Propiedad Intelectual de 1988, en su artículo 11, que regula quien es el primer titular de los derechos de autor de una obra (*first ownership of copyright*), señala que el autor es el primer titular de los derechos de copyright sobre la obra, a excepción, señala a continuación, de los casos en que la obra haya sido creada por un empleado en ocasión del desempeño de su trabajo, en cuyo caso, el empleador será el primer titular de los derechos de autor sobre dicha obra<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Artículo 11. Copyright, Designs and Patents Act. Inglaterra. 1988,:

- (1) The author of a work is the first owner of any copyright in it, subject to the following provisions.
- (2) Where a literary, dramatic, musical or artistic work is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary.

### 3.2.3 EL DERECHO MORAL.

En los países que se encuentran contextualizados dentro de una tradición jurídica latina o europea continental, los derechos morales de los autores se encuentran fundamentalmente regulados en sus respectivas leyes de propiedad intelectual, al menos en lo que dice relación con el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra.

En los países pertenecientes a la tradición del derecho anglosajón, en cambio, en su mayoría, han entregado la regulación de los derechos morales de los autores a la jurisdicción ejercida por los tribunales de justicia de cada país. Debemos recordar en este sentido, la importancia que tiene en el sistema anglosajón los fallos de los tribunales superiores de justicia, los cuales sientan un precedente obligatorio para los tribunales sometidos bajo su jurisdicción. En la mayoría de los países pertenecientes a la tradición del *common law*, son los tribunales de justicia los que han reconocido la existencia de la gran parte de las facultades que integran el derecho moral, pero sin incluir la regulación de estas facultades dentro de las leyes de *copyright*. Así es lo que ha ocurrido, entre otros países de tradición angloamericana, en Estados Unidos, en donde los tribunales de justicia han reconocido al autor muchas facultades que comprenden el derecho moral, siendo estas instituciones las que han debido completar el catálogo de derechos que se le otorga a los autores.

### 3.2.4 DERECHO PATRIMONIAL Y LIMITACIONES<sup>33</sup>.

Si bien en ambas tradiciones jurídicas se reconoce la facultad exclusiva del autor de la obra para explotar económicamente para si mismo o autorizar a terceros para ello, en la concepción jurídica latina, los derechos patrimoniales del autor son tan amplios como tantas formas de utilización de la obra sean posibles, no existiendo una limitación numérica de ello, y no se reconocen más excepciones que las establecidas en la propia ley, ya que ellas son específicas y finitas, a diferencia de lo que ocurre con los derechos patrimoniales que son reconocidos de manera genérica y no taxativa.

En las legislaciones de la tradición angloamericana, los derechos patrimoniales o de explotación son solamente aquellos que se encuentran taxativamente tipificados en la ley, y las utilidades libres o gratuitas de las obras es mucho más amplia que en aquellos países pertenecientes a una tradición jurídica continental, como sucede por ejemplo en los Estados Unidos, en donde la reproducción por fotocopiado de obras protegidas por derecho de autor por parte de bibliotecas y de organismos de investigación se encuentra sometida a la limitación del *"fair use"* o "uso justo".

---

<sup>33</sup> Respecto de los derechos patrimoniales profundizaremos en el apartado 4.1.1 del Capítulo II de esta obra

### 3.2.5 FORMALIDADES

En nuestra tradición jurídica, la continental, el derecho de autor nace en el acto mismo de creación de la obra, y su goce y ejercicio no están sujetos al cumplimiento de ninguna clase de formalidad, no obstante la excepción que nos otorgan algunos países en donde la inscripción es necesaria para que el autor logre disfrutar de los derechos patrimoniales que le reconoce la ley de manera exclusiva y para que sea oponible *erga omnes*, que en caso de no cumplir con este requisito de inscripción, los derechos son privados de estas características<sup>34</sup>

Los países de la tradición anglosajona, como Estados Unidos, se habían mantenido fieles al requisito de hacer formal la mención de reserva de derecho de autor, pero al ser uno de los criterios básicos del Convenio de Berna la protección automática, se ha suprimido en dicha legislación, mediante la *Berne Convention Implementattion Act* de 1988, dichos requisitos de formalidades. De este modo, la legislación interna de los Estados Unidos se adecuó al principio de ausencia de formalidades receptado en el Convenio de Berna. Pero algunos autores han señalado que si bien hoy esta mención de reserva de derechos es facultativa, es prácticamente imperiosa realizarla, ya que ella puede llegar

---

<sup>34</sup> Este es el caso por ejemplo de la ley argentina, como se establece en los artículos 57 a 64 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

impedir la defensa ante una “infracción de buena fe”, ante lo cual, dicha mención seguiría siendo obligatoria.

## **4. TITULARES**

Al analizar las agrupaciones artísticas, se señaló que ellas se encuentran conformadas por una multiplicidad de personas, quienes trabajan en la creación de obras del intelecto humano. Por lo tanto, es característica y elemento fundamental de ellas, la existencia de más de un autor en el trabajo creativo, quienes serán precisamente los titulares de los derechos que de aquellas expresiones emanen, en su calidad de autores de las mismas.

### **4.1 EL AUTOR**

#### **4.1.1 CONCEPTO**

La legislación sobre propiedad intelectual centra como sujeto de derecho su atención en *el autor*. Es éste quien debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, toda vez que es su creación la que debe ser amparada. Delimitar sus atribuciones, o la duración de su derecho, es solo posterior al hecho de tener que definir quién es este sujeto, o a quien puede atribuírsele la calidad de tal, de manera que pueda ser titular de dichas facultades que le concede la ley. El

Convenio de Berna señala los derechos que se le conceden al autor, y la forma en que dichas facultades serán protegidas, pero tampoco define lo que se entenderá como tal, encargándole tácitamente a cada legislación nacional su conceptualización.

La legislación de Propiedad Intelectual en nuestro país, que corresponde a la ley 17.336, señala en su artículo 1º que: “*La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina*”. En el mismo sentido, se extraña una delimitación del concepto de autor en diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, como el Convenio de Berna, el Acuerdo ADPIC, o el tratado de Libre Comercio de Chile con Estados Unidos.

En este sentido, el artículo primero viene a confirmar la protección que le da la legislación a los autores “*por el solo hecho de la creación de la obra*”. El problema en este punto es que la propia ley no es capaz de señalarnos una definición de este titular de forma específica, sino que solo lo hace de una manera tácita.

Alguna legislación extranjera, como la ley española del ramo, es mucho más clara al respecto, señalando que “*El autor es la persona natural que crea una obra literaria o artística*”<sup>35</sup>. En el mismo sentido, aunque de manera aún más escueta, se pronuncia la OMPI<sup>36</sup> al señalar que el autor “*es la persona que crea una obra*”. De ello podemos deducir claramente que por el solo hecho de la creación es que se le atribuye la calidad de autor a una persona determinada.

Resulta entonces fundamental una determinación clara de lo que entendemos como autor, ya que todo derecho que nazca de la obra se radicará de forma automática e inmediata en su persona, siendo el único adquirente originario y pleno de las facultades que de ella emanen, ya que ni siquiera sus causahabientes podrán adquirir la totalidad de las facultades que comprende el derecho de autor. Esto debido a que existen ciertas limitaciones respecto de la transmisión de los derechos morales, y en ocasiones respecto de algunos derechos patrimoniales.

#### **4.1.2. EL AUTOR COMO TITULAR DE DERECHOS**

Como señalábamos anteriormente, el derecho de autor está caracterizado en principio por tener un doble contenido: el de ser tanto derecho moral como patrimonial.

---

<sup>35</sup> Artículo 5º Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual..

<sup>36</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

A continuación enunciaremos a modo de esquema las dos grandes ramas que componen el contenido del derecho de autor, y posteriormente explicaremos cada una de ellas:<sup>37</sup>

**A. Derecho Moral**

1. Derecho a Divulgar
2. Derecho al reconocimiento de su paternidad
3. Derecho al respeto y a la integridad de su obra
4. Derecho de retracto o arrepentimiento

**DERECHO DE**

**AUTOR**

**B. Derecho Patrimonial**

1. Autoriza su reproducción en forma material
2. Autoriza su comunicación pública no material
3. Puede transformar la obra

**4.1.2.1 EL DERECHO MORAL**

Cuando analizamos este “bifrontismo” que caracterizaba al derecho de autor, señalamos la existencia de estos dos contenidos. Por una parte, existe un derecho patrimonial que otorga al titular las facultades de explotación pecuniaria de su obra. Pero por otro lado, existen una serie de derechos de carácter espiritual que ligan al autor con su creación, los cuales pueden llegar a resultar aún más importantes que los primeros, toda vez que no siempre el

---

<sup>37</sup> En este punto nos remitiremos a esquema utilizado por Lipszyc, Delia, *Op.Cit.* Éste gráfico es una mera referencia, por cuanto los distintos autores señalan algunas variaciones muy mínimas en cuanto al nombre dado a estos derechos.



autor persigue la explotación comercial de su obra, siendo esta, muchas veces, simplemente la expresión de su inquietudes artísticas personales.

Como derecho de la personalidad, el derecho moral está compuesto de diversos atributos, *“los cuáles tienen todos en común el no ser apreciables en dinero y estar estrechamente ligados al individuo; los derechos morales son además, en principio, inalienables e imprescriptibles.”*<sup>38</sup>

En esencia, por tanto, la idea de esta noción de derechos morales implica el proteger al autor en relación a su obra y el aspecto más personal que lo liga a ella. Ello podría explicarse debido al carácter eminentemente subjetivo que el creador imprime en toda obra del intelecto. En términos simples, trae la noción de que el autor tiene derecho a decidir acerca de la divulgación de su obra, ya sea dándola a conocer o derechamente dejándola al resguardo del resto, a que se le reconozca la titularidad de la autoría, de la creación, e incluso, a que se proteja a la obra físicamente, manteniéndola íntegra. Por si fuera poco, implica la noción de que se ampara y respeta su decisión, en caso de arrepentimiento y retractación, por ejemplo, porque cambió de ideas o convicciones, de retirarla de circulación.

---

<sup>38</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P.45.

Como se ve, la protección dada es amplia. No obstante, en términos doctrinarios, podemos distinguir estas facultades del autor en dos categorías:

1. Facultades Positivas: La calificación de positivas está dada porque para ser ejercidas es necesaria la existencia de una decisión por parte del titular, una acción, que las haga efectivas. En este grupo podemos incluir las facultades de divulgar la obra, y su contraparte, el derecho de arrepentimiento o retracto, incluyendo el de modificación de la misma.

2. Facultades Negativas: Se califican de negativas porque se traducen en un deber de abstención por parte de los sujetos pasivos. Aquí encontramos el derecho al reconocimiento de la paternidad sobre la obra y de que se respete la integridad de la misma. Es más, incluso se señala que la importancia de esta categoría de facultades está dada porque *"...aun después de la muerte del autor y de que la obra haya entrado en el dominio público, permiten actuar en resguardo del derecho moral a fin de proteger la individualidad e integridad de la creación intelectual en las cuáles está involucrado el interés general de la comunidad."*<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.155.

El derecho moral posee ciertos elementos que le son propios y característicos, los cuales podemos señalar a continuación<sup>40</sup> :

I. EL DERECHO MORAL ES ESENCIAL. Al efecto, contiene un mínimo de derechos exigibles por el hecho de crear una obra, sin los cuáles la propia condición de autor perdería sentido. Sin embargo, a diferencia de los derechos de la personalidad tradicionalmente considerados, este “*no es innato porque no lo tienen todas las personas por la sola condición de tales sino solo las que son autoras*”.<sup>41</sup>

II. ES EXTRAPATRIMONIAL. Aun cuando produzca consecuencias patrimoniales directa o indirectamente, no es estimable en dinero.

III. ES INHERENTE A LA CALIDAD DE AUTOR. El autor lo conserva durante toda su vida. Incluso la protección abarca, respecto de las facultades negativas, un periodo posterior a su muerte, la cual podrá ser ejercida por sus herederos o las personas designadas para tal efecto.

IV. ES ABSOLUTO. Es oponible *erga omnes*, lo que le permite al titular enfrentar incluso a quién haya recibido derechos patrimoniales sobre la obra.

---

<sup>40</sup> *Ibid.* P.156

<sup>41</sup> *Ibid.* P.156.

V. ES INALIENABLE E IRRENUNCIABLE. Al ser inalienable, toda transmisión “inter vivos” de derechos de autor solo puede involucrar derechos patrimoniales. Al otorgarle las distintas legislaciones y la doctrina éste carácter, se “fortalece la posición de los autores frente a las presiones a las que puedan verse expuestos por parte de los cesionarios de los derechos, de cara a los posibles intentos de estos para forzarle contractualmente a desprenderse de los mismos y poder así disponer de mayores opciones de cara a la futura explotación comercial de la obra”.<sup>42</sup> La Ley 17.336 es clara en los artículos 15 y 16, al señalar que “El derecho moral es *transmisible* por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor”, así como al expresar que “Los derechos enumerados en los artículos precedentes son *inalienables* y es nulo cualquier pacto en contrario”.

VI. ES INEMBARGABLE, INEJECUTABLE E INEXPROPIABLE. Todo esto consecuencia de su inalienabilidad.

VII. ES IMPRESCRIPTIBLE. Toda vez que se encuentra fuera del comercio.

VIII. ES INSUBROGABLE. Necesita siempre la calidad de autor, real o ficta.

---

<sup>42</sup> ALONSO PALMA, Angel Luis. “Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual”. España, Ediciones CEF, 2006. P.23.

Estas características explican la protección que se le da al autor de la obra por sobre los intereses comerciales que terceros pudiesen tener respecto de la misma. En ese sentido, encontramos la más amplia tutela por la obra, tanto desde que se crea hasta el hecho de que exista una posibilidad de transformación conforme se expondrá más adelante.

A continuación se analizarán cada uno de los elementos que componen el sustrato del derecho moral.

#### **4.1.2.1.1 EL DERECHO DE DIVULGACIÓN.**

El primer derecho que le da contenido al derecho moral del autor puede definirse como aquel que *“consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de ésta”*.<sup>43</sup> Se ha señalado que éste derecho es el que cronológicamente precede a la obra, cuestión en que radica su importancia, pues *“es a partir de su ejercicio cuando la obra, separada de su autor, entra en el circuito económico, transformándose en un bien*

---

<sup>43</sup> LIPSZYC, Delia. *Op.Cit.* P.160.

*patrimonial* sobre el cual podrán ejercerse los otros atributos, tanto morales como pecuniarios, del derecho de autor”.<sup>44</sup>

Como se ha expresado, es en virtud de esta facultad positiva y potestativa, que el autor da inicio a los demás derechos. Hasta ese momento el autor puede guardar su obra, o modificarla las veces que quiera. Pero, desde que la divulga, está expresando su conformidad con ella y su interés de que sea vista por otros. De este modo, el autor que divulga su obra al público solo está compelido a buscar la vía por la cual se hará masiva su creación, manteniendo intactas las demás formas de difusión. Por ejemplo, el autor que desea que su obra sea divulgada a través de la divulgación en un libro, no pierde respecto de ella su derecho a representarla teatralmente o mediante o una publicidad gráfica.

Este principio se encuentra inmanente en prácticamente todas las legislaciones del mundo, a veces explícitamente, en otro caso más tácito. El caso chileno se ubica en la segunda especie, dando una definición de derecho de divulgación en forma negativa, como *el derecho de impedir la publicación de la obra o el derecho a mantener la obra inédita*. De este modo se desprende de la propia Ley de Propiedad Intelectual vigente, la que al referirse al derecho moral señala en su artículo 14:

---

<sup>44</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P.47.

*“El autor, como titular exclusivo del derecho moral, 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. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico;*
- 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.”*

Esta nomenclatura, si bien no explícita, atiende a la misma protección del autor, pues toda decisión de explotar una obra no publicada o inédita importa decidir su divulgación.

Por último, se debe mencionar que aunque el llamado a establecer la vía por la cual se divulgará la obra es el propio autor, siendo éste quien determine el procedimiento, para que opere como iniciador de los derechos patrimoniales consecuentes se debe presentar, en cualquier caso, a un público amplio, alejado de la esfera privada del autor. El mero hecho de poner la obra en conocimiento de otros, por sí solo, no equivale a divulgación, *“esta requiere del consentimiento del autor y de un público, de un número de personas indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor”*.<sup>45</sup>

#### **4.1.2.1.2 EL DERECHO DE PATERNIDAD**

Este derecho, también conocido como *“derecho de respeto al nombre”*, tiene por objeto proteger a todos los autores, los que pueden exigir que se reconozca su creación intelectual. Esto, porque sumado a los eventuales beneficios pecuniarios, la creación artística por esencia representa una satisfacción espiritual que está indefectiblemente ligada al honor que ella trae consigo. Por lo general, el autor no crea solo pensando en lo patrimonial. Lo hace, también, y creemos que la mayor parte de las veces, pensando en la buena recepción y acogida que tendrá por parte del público, queriendo ser vinculado a su creación por siempre.

---

<sup>45</sup> LIPSZYC, Delia. *Op.Cit.* P.161.



Esta relación entre el autor y su obra no deja sin solución el caso del creador que no desee ser identificado con ella, y utilice seudónimos o el anónimo para ejercer la titularidad. En efecto, siendo ésta una facultad y no una obligación, que faculta a cualquier autor que por motivos personales no desee dar a conocer su verdadera identidad, a simplemente no hacerlo. En el caso chileno, el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya citado, establece en su número 1) la facultad de “*reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido*”. Como consecuencia de ello, se pueden deducir tres grandes consecuencias:

- Por el mero hecho de utilizar esta facultad el autor no renuncia a sus derechos, tanto patrimoniales como morales, admitiéndose por tanto el derecho de representación (por ejemplo, de un editor).

- El derecho a no dar a conocer su identidad como autor de una determinada obra, no puede ser violado por la otra parte contratante. Cometería falta y lesionaría el derecho moral, en este caso, el editor que sin el consentimiento del autor revelara su identidad.

- La voluntad de permanecer oculto puede ser temporal y no indefinida. En cualquier momento de su vida, e incluso después de muerto por una disposición testamentaria, puede el autor reivindicar la paternidad sobre su obra. Sin

embargo, en todo el periodo que el autor se mantenga oculto, sus facultades serán ejercidas por la persona- física o jurídica- que, con el consentimiento de aquel, divulgue la obra.

#### **4.1.2.1.3 EL DERECHO AL RESPETO Y A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA**

En virtud de este derecho, el autor está capacitado para impedir que su pensamiento o creación sea modificada en cualquier forma, desnaturalizando el sentido que quiso darle en un comienzo. De la misma manera, la comunidad toda tiene derecho a que la obra creada por el autor les llegue en su más auténtica expresión, sin variaciones ni deformaciones producidas por intermediarios.

En nuestra legislación, el señalado artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual recoge la protección, precisando en su número 2) que el autor tiene la facultad de *“oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico”*.

En todos los casos se consagra este derecho, que en la práctica implica siempre el deber por parte del cesionario de los derechos o del propietario del

soporte de la obra de arte de mantener una actitud pasiva. Sin embargo, en este punto debemos precisar un alcance. ¿Cuál es el límite entre el respeto por la obra en sí, y ciertas modificaciones que deban hacersele? ¿Vulnera el derecho moral de respeto a la integridad de la obra la adaptación de una obra literaria, el coloreado de una película antigua para que pueda ser vista en cines, o incluso el subtítulo que deba hacersele?

Aún cuando la obra ya hubiese sido divulgada, el autor conserva todavía la facultad de modificarla. Esto como consecuencia casi lógica del derecho de autor, ya que no siempre éste conservará sus mismas convicciones o ideas, las que con el tiempo pueden variar. Un prólogo en una nueva edición, un cambio en alguna escena, modificación de partituras, son siempre atendibles si el creador lo desea y entiende necesario. Este es el llamado "*Derecho de modificación*", que corresponde exclusivamente al autor en relación a la integridad del contenido de su obra, en la medida en que respete los derechos patrimoniales adquiridos por terceros. No debe confundirse con el "*Derecho de Transformación*", que deja inalterada la individualidad primigenia de la obra, pudiendo ser ejercida por los derechohabientes del autor o por cualquier persona una vez que ésta entra en el dominio público. Ejemplos típicos de éste derecho de transformación los encontramos en las traducciones, las adaptaciones, las revisiones de libros, los resúmenes o arreglos musicales.

El autor siempre tenderá a proteger su creación, pues pudiese verse expuesta a deformaciones, alteraciones o modificaciones por parte de terceros que en definitiva signifiquen un menoscabo, tanto respecto de sus legítimos intereses como respecto de su propia reputación. ¿Podría no reconocérsele éste derecho a un pintor reconocidamente católico, que vea como sus obras ligadas al tema religioso sean compradas y utilizadas para denostar públicamente su propia fe? En efecto, en esta primera instancia, la protección resulta coherente. No obstante lo anteriormente dicho, el derecho a que se le respete la integridad de la obra no constituye un derecho absoluto, se debe estar necesariamente en presencia de un menoscabo *que no sea consentido por el autor*.<sup>46</sup> Bajo estos términos, la premisa original del derecho de transformación es que a la obra se le debe respetar tanto en la forma como en el fondo. En la forma, evitando su destrucción material. En el fondo, no alterando el espíritu de la obra, dándole con esto un carácter distinto del que el autor hubiese deseado.

---

<sup>46</sup> En doctrina se distinguen aquellas legislaciones que siguen una *concepción objetiva*, protegiendo la obra contra deformaciones, mutilaciones u otras modificaciones que de una manera objetivamente comprobable puedan perjudicar los legítimos intereses personales o intelectuales el autor, o que causen perjuicios a su honor o a su reputación. Pero también existen las legislaciones que sustentan una *concepción subjetiva*, prohibiendo todo tipo de modificaciones sin condicionamiento alguno (Vid. Lipszyc, Delia, Op. Cit., p.169).

El caso chileno pareciese seguir la primera de las concepciones, toda vez que la ley señala que “*el autor tiene la facultad de oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento*”. De esta forma, y a contrario sensu, se podría admitir que la legislación chilena acepta que, aun cuando exista un perjuicio o menoscabo al autor, de mediar su consentimiento no existiría ningún tipo de prohibición legal para modificar la obra.

No obstante, persiste la duda respecto de cuáles son en concreto las modificaciones que perjudicarían a la obra y su creador, las que por ende, estarían prohibidas. Las distintas legislaciones señalan escasas herramientas para dirimir en el caso a caso cuando nos encontramos en presencia de una modificación lesiva de los derechos del autor, que ponga en conflicto sus intereses y los del propietario de la obra por ejemplo, que no siempre son la misma persona.

Algunos criterios para solucionar estos conflictos de intereses son el ponderar factores como:

1. El hecho de que la obra tenga un carácter *único o múltiple*, esto es, si la obra es capaz de ser reproducida cuantas veces se desee, o no (no es lo mismo un cuadro original que un libro del cual se pueden extraer miles de ejemplares), y a partir de ahí, atender a la *naturaleza y características de la obra*, su *uso habitual*, su *lugar de ubicación* o la *condición de los propietarios*. Solo en el caso de que los atentados se le hagan al ejemplar único, las alteraciones o modificaciones estarían vulnerando el derecho a la integridad de la obra. Si existiese una multitud de ejemplares distintos del original, la destrucción de uno de ellos no comportaría un atentado contra el derecho moral a la integridad del autor.

2. Otro criterio a tener en cuenta podría ser el de la *esencialidad*, por cuanto serían ilícitas todas aquellas modificaciones que afectasen lo esencial de la obra. El problema es lo difícil que resulta delimitar lo esencial de lo accesorio en las obras intelectuales.

Al respecto se debe precisar que se entenderá sustancial una alteración cuando sea susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor intentaba darle a la obra, o sea, cuando afecta el *corpus mysticum* de la obra. Como ejemplo, destruir o quemar una copia del libro del autor no constituiría atentado, mientras que editar dicha obra después de haber eliminado o censurado pasajes de ésta sí supondría una lesión a su integridad.

Como señala doña Cristina López Sánchez, *“En cualquier caso, entendemos que para imponer una prohibición de destrucción hay que sopesar los intereses del autor frente a los del propietario, y para ello constituyen criterios decisivos, como venimos apuntando, la existencia de una obra original como única pieza de nivel creativo significativo (así, quedarían excluidas de la prohibición de destrucción las obras de poco valor), el lugar que ocupa la obra dentro de la creación global del artista, o la finalidad del uso, con lo que por ejemplo se suprime la prohibición de destrucción para las obras de arte que son*

*parte esencial de otros objetos móviles o inmóviles, como podría ser un mural*.<sup>47</sup>

A pesar de todo lo antes dicho, el derecho moral no puede vaciar de contenido el derecho de propiedad. El autor de una obra no puede en todos los casos prohibir las alteraciones que le haga, pues en ese caso, estaríamos aceptando que el propietario solo tiene un deber de custodia sobre ella.

#### **4.1.2.1.4 EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO O RETRACTO**

El derecho de arrepentimiento o retracto *“es la facultad que tiene el autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños a los titulares de derechos de explotación”*.<sup>48</sup> Lo primero que cabe mencionar respecto de esta definición, es que, como derecho moral, el arrepentimiento o retracto tiene una finalidad eminentemente protectora de la libertad de pensamiento. Esto, porque es posible que el autor de una obra, con el paso del tiempo, y como es muy natural en todas las personas, cambie no solo de puntos de vista, sino que de convicciones, que le hagan desear retirar

---

<sup>47</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. “La transformación de la obra intelectual”. Madrid, España, Ed. Dykinson, 2008. P.38.

<sup>48</sup> LIPSZYC, Delia. *Op.Cit.* P.172.

una obra del comercio que esté lesionando lo que en la actualidad considera más acertado.

El contrapunto de esto es que, en virtud de la fuerza obligatoria de los contratos -el *pacta sunt servanda* de la tradición romana-, la retractación, con su consecuente repercusión en el comercio, alteraría gravemente lo pactado, vulnerando este principio uno de los pilares en que se funda, no solo el derecho chileno, sino toda la tradición jurídica "*continental*". Es por esto que el legislador se ve en la necesidad de conciliar ambos principios, estableciendo una especie de responsabilidad ulterior. De acuerdo a la doctrina, es absolutamente necesario que la condición para que proceda sea el que la parte perjudicada reciba en todos los casos una indemnización por los daños causados. Esto es lógico, si pensamos que nadie contrataría con el autor si viese expuestas todas las inversiones hechas para masificar la obra (de cualquier tipo, literaria, musical o teatral) al evento incierto de que la mera potestad del autor lo obligue a retirar todo del comercio. "*El respeto a tal escrúpulo lleva siempre a la creación de un derecho exorbitante del derecho común, al permitir una resolución unilateral de las condiciones del contrato, incluso hasta la supresión del derecho mismo*".<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 57.



#### 4.1.2.2 EL DERECHO PATRIMONIAL

Al autor, por el fruto de su obra, no solo le espera un reconocimiento “espiritual”, como puede ser el honor o buen nombre como artista. En realidad, lo que muchas veces espera es sacar un provecho económico de la divulgación de ésta. Este derecho pecuniario es el que será analizado sucintamente en esta parte, dejando el análisis más de fondo a los capítulos posteriores<sup>50</sup>.

El artículo 17 de la Ley 17.336 lo define de la siguiente forma:

*“El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros”.* Esta definición, pobre en cuanto a contenido, señala solamente las facultades que confiere el derecho de autor. No obstante, nos permite comprender las atribuciones que históricamente han ido evolucionando. Como consecuencia de la tecnología, se han multiplicado las formas de explotación, encargándose el legislador de señalar solo las facultades para el autor por sobre conceptos de carácter doctrinario.

---

<sup>50</sup>Capítulo II, 4.1.1. Derechos Patrimoniales

Podemos identificar como características de los Derechos Patrimoniales<sup>51</sup>

1. SON IDENPENDIENTES ENTRE SÍ. La reproducción de la obra, su adaptación o cualquier otra manifestación de los derechos exclusivos de explotación que posee el autor, son completamente independientes entre sí, cuya manifestación y transferencia a terceros depende de manifestaciones de la voluntad del autor expresas y distintas para cada una de ellas.

2. NO ESTAN SUJETOS A *NUMERUS CLAUSULUS*. Serán tantos como formas de explotación y utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de creación de la obra, sino también durante todo el tiempo que ella permanezca en el dominio privado.

3. EL AUTOR PUEDE FRACCIONAR EL ÁMBITO DE VALIDEZ ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA AUTORIZACIÓN DE USO DE SU OBRA. No sólo puede accionar contra las utilizaciones hechas sin su consentimiento, sino también contra las realizadas en ámbitos geográficos distintos a los estipulados en el contrato, por ejemplo.

---

<sup>51</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 174.

4. NO CONOCEN MÁS EXCEPCIONES QUE LAS ESTABLECIDAS POR LA LEY. Mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, el derecho exclusivo del autor cubre toda posible forma de utilización de la obra, presente o futura.

5. LA AUTORIZACIÓN DE USO DE UNA IMPLICA EL DERECHO DEL AUTOR DE OBTENER UNA REMUNERACIÓN. Siempre se deberá entender que toda utilización de la obra es onerosa y origina el derecho a percibir una remuneración.

La lista de estos derechos es aceptada fundamentalmente por todo el mundo. Sin embargo, *“se observa que ciertos países confieren un derecho general de explotación, sin especificar las formas de utilización, mientras que, por el contrario, otras leyes establecen una lista de los derechos, limitativa o no”*.<sup>52</sup>

Doctrinariamente, estos derechos de explotación, reconocidos, son<sup>53</sup>:

- a) El Derecho de Reproducción
- b) La Comunicación Pública de la obra en forma no material
- c) El Derecho de Transformación

---

<sup>52</sup> COLOMBET Claude. *Op. Cit.* P.63.

<sup>53</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.178

En algunas legislaciones, se reconoce el Derecho de Participación, o “*Droit de Suite*”.

#### **4.1.3 PERSONA FÍSICA Y JURÍDICA COMO AUTOR Y TITULAR DE DERECHOS**

El concepto autor presenta otro punto de vital importancia: la naturaleza de la persona que detenta esta calidad. Así, se ha señalado que en la concepción jurídica latina únicamente se reconoce la calidad de autor y, por ello, la de titular originario del derecho, a la *persona física que crea la obra*; solo por excepción se admite que la titularidad originaria nazca en cabeza de otras personas (por ejemplo, en las obras colectivas –salvo pacto en contrario: Francia, art.13; España,art.8,2ª parte). Una diferencia muy acentuada con el sistema latino se encuentra en la calificación de autores que se dispensa a personas naturales o jurídicas que realizan actividades industriales de explotación de obras (productores de grabaciones sonoras y de obras cinematográficas, organismos de radiodifusión, empresas de distribución de programas por cables y editores), a las que Cornish se refiere como “*aportaciones por las empresas de competencias técnicas en un campo estético*” (“*entrepreneurial skills in an aesthetic field*”).<sup>54</sup> Como podemos apreciar, la necesidad de que sea una persona física la titular de derechos en

---

<sup>54</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pp.43-45.

nuestra legislación es uno de los requisitos esenciales a la hora de asignar autoría. No obstante esto, ni siquiera la ley 17.336 logra definir claramente al autor.

En cuanto a algunas legislaciones extranjeras, el artículo 5.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española es mucho más claro en esta materia, estableciendo, en primer término, que se considera autor a la *persona natural* que crea alguna obra literaria, artística o científica, no obstante de añadir posteriormente que de la protección que la ley conceda a dicho autor *se podrán beneficiar personas jurídicas* en los casos expresamente previstos en ella.

Este es el punto de mayor importancia en este contexto, pues permite abordar el complejo tema de la posibilidad de considerar autores a personas jurídicas. La legislación española ya citada, se inclina por la existencia de autoría para personas físicas en la medida que ello sea posible, no obstante dejar abierta la posibilidad de que en algunos casos muy concretos, las personas jurídicas puedan beneficiarse de la condición de tal. “*Ello se producirá cuando la creación sea atribuible a una persona jurídica y no resulte posible ni operativo atribuir la creación a las personas físicas que intervienen en el proceso de creación, sin perjuicio de la autoría sobre aportaciones propias y distinguibles de las personas físicas al proceso de creación de la obra que se*

*atribuye a las personas jurídicas*".<sup>55</sup> Dicha opción de dejar abierta la posibilidad de otorgar la titularidad de derechos de autor a personas jurídicas, queda clara en la legislación española, la cual señala que "*en los casos expresamente previstos... de la protección que esta ley le concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas*"<sup>56</sup>. Ello queda aún más patente al referirse el artículo 8º de la misma ley a las obras colectivas, y el artículo 97.2 respecto de los programas computacionales. Estas normas han abierto un debate respecto de la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consideradas como autores propiamente tales, y que por ello pudiesen adquirir todos y cada uno de los derechos que al creador de la obra –persona física- le corresponden. Una parte de la doctrina ha señalado que este caso se trata de una ficción legal establecida en favor de las empresas dedicadas a la creación y explotación de *softwares* y bases de datos pero que no obstante, en virtud de ella se haga una cesión de los derechos que la ley le confiere al autor a la empresa, ello no implica que ésta sea considerada como autora propiamente tal.

En cualquier caso, y dados los eventuales problemas que podría suscitar este reconocimiento de autoría para personas distintas de las naturales, se debe dejar expresa constancia de que solo favorecerá a aquellas con una interpretación restrictiva en aquellos casos que no estén expresamente contemplados en la ley. Pues si bien es cierto que las creaciones vienen del

---

<sup>55</sup> ALONSO PALMA, Ángel Luis. *Op. Cit.* P.25.

<sup>56</sup> Artículo 5.2. Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual..

ingenio de una persona física, existen casos complejos en que se le asigna la titularidad al conjunto de creadores, o a la empresa para la que trabajan, como en el caso de software o programas computacionales. *“Y ello, fundamentalmente, por la dificultad que representa la atribución de la titularidad del derecho moral a una persona jurídica, por su carácter de derecho personalísimo”*.<sup>57</sup>

La tesis contraria sostiene que se debe admitir la titularidad de la autoría de manera más amplia, con los respectivos derechos patrimoniales y morales que conllevaría, para las personas jurídicas, *“máxime si se piensa que a la persona jurídica se le reconocen hoy derechos fundamentales y derechos de la personalidad, como son los derechos al honor e intimidad, a partir de la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero”*.<sup>58</sup>

En el caso de nuestra legislación, el inciso 2º del artículo 8º de la LPI acepta la existencia de autoría para personas jurídicas, en los siguientes términos: *“Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario”*.

---

<sup>57</sup> ALONSO PALMA, Ángel Luis. *Op. Cit.* P.25

<sup>58</sup> PLAZA PENADÉS, J. “Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información”. Valencia , Ed. Aranzadi S.A., 2002. Pp. 69-72.

En este caso, nuestra ley establece una ficción legal, mediante la cual traslada directamente la calidad de autor primigenio de una obra a una persona jurídica, que si bien, sabemos que carece de un órgano cognoscitivo intelectual capaz de producir creaciones artísticas, la ley nos indica al dependiente de dicha empresa como el órgano creador de las obra del intelecto de dicha empresa.

#### **4.1.4 EL AUTOR EN EL CASO DE LAS OBRAS REALIZADAS PARA UN TERCERO.**

Cuando nos referimos a la protección del autor y de los principios a éste ligado, deberemos resolver otra arista de importancia para enmarcar lo que entendemos por autor. En este caso deberemos distinguir dos hipótesis: Por una parte debemos analizar al autor individualmente considerado, independiente, el que no es muy complejo de delimitar. Una segunda hipótesis, que genera mayores problemas a la hora de definir quién es el titular de la protección de los derechos de autor, por arrogarse dicha categoría, se genera en el caso de que exista un creador ligado a un tercero en virtud de un contrato, por ejemplo, de alquiler de obra o de servicios ¿Quién será el titular de los derechos inmanentes a la autoría, y ligado a esto, respecto de qué derechos? En el primer caso, esto es, considerando al autor como una persona física independiente, no se produce ningún tipo de complicaciones, acá opera en todo



su esplendor el derecho nacido y ejercido por el propio creador, oponible *erga omnes* e independiente de cualquier presión externa. Esta es la situación donde el autor que genera una creación de cualquier índole, obtiene la total protección, tanto de su obra como sus derechos, debido a que no existe colisión de ningún tipo con otros intereses de terceros extraños. Se dice para estos efectos que opera la presunción establecida en numerosas legislaciones de *auctor est quem opus demonstrat*, ya sea porque bajo su nombre o seudónimo se difunde la obra, o simplemente se incorpora dicho nombre en los ejemplares de la misma. En todos los casos, la premisa común entre las diversas legislaciones señala y protege a una persona individualmente considerada, quien se identifica de manera tal que no haga difícil para el público en general el asociarlo a su creación.

El problema radica en la segunda hipótesis ya planteada ¿Quién es el titular de los derechos de autor-y además de qué derechos- en el caso de que la creación provenga de un contrato de alquiler de servicios o de obra? Esta hipótesis plantea lo siguiente: Supongamos que los empleados de una oficina de arquitectos crean un edificio absolutamente innovador, o que en virtud de un contrato le encargo a un famoso pintor que haga retratos de toda mi familia. ¿Pertenece en este caso el derecho de autor a los empleados asalariados o al pintor, por el simple hecho de ser los creadores intelectuales, o por el contrario, este derecho me pertenece a mí como empleador, toda vez que dichas obras

están relacionadas, directa o indirectamente, con que el trabajo de ambos existe únicamente porque yo se los encomendé, ejecutando simplemente ambos mi encargo? En este punto deberemos volver a hacer una distinción. Si el vínculo contractual proviene de un contrato de arrendamiento de servicios, el cual entendemos como *“aquel por el cual una persona -empleado- se compromete a trabajar bajo las órdenes de un patrón-empleador- mediante una remuneración o un salario determinado por día, semana, mes o de acuerdo con el trabajo ejecutado”*<sup>59</sup>, o por el contrario, proviene de un alquiler de obra, entendido como aquel contrato por el cual *“una de las partes se compromete a realizar un trabajo de cualquier índole, a cambio de una remuneración determinada. En el campo del derecho de autor, el trabajo puede consistir en la realización de, por ejemplo, fotografías, grabados, retratos, fonogramas, grabaciones en general, así como películas”*.<sup>60</sup>

En el primer caso, el del ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS, las legislaciones de derecho de autor a este respecto están divididas. En un primer grupo se encuentran los países que tienen la concepción de que el derecho corresponde al empleado. Esto sucede en países como en Francia por ejemplo<sup>61</sup>. No obstante, *“cabe mencionar que, entre dichos Estados, muchos*

---

<sup>59</sup> COLOMBET, Claude. “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado”. Unesco, 3ª Edición, Madrid, 1997, pp.41-43

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Artículo I 11-1 inciso 3º del Código de Propiedad Intelectual Francés: *“La existencia o la conclusión de un contrato de alquiler de obra o de servicio por parte del autor de una obra del intelecto humano no implica menoscabo alguno del disfrute del derecho reconocido en el apartado primero”*

*reconocen que el derecho de utilización de la obra puede cederse por contrato al empleador o que el empleador tiene derecho a utilizar gratuitamente la obra para fines relacionados con sus actividades”.*<sup>62</sup>

En un segundo grupo se encuentran aquellas legislaciones que le confieren derechos de autor directamente al empleador, ya sea utilizando una ficción jurídica (“el empleador será considerado creador”) como ocurre en Australia, Canadá, Estados Unidos y Reino Unido<sup>63</sup>, países cuya tradición jurídica corresponde a la del *common law*, o considerando una presunción de cesión de derechos al empleador, como sucede en Argelia, Malta o Nigeria.

Sin embargo, en caso del ARRIENDO DE OBRAS la solución es radicalmente distinta. En esta situación la mayoría de los países adopta el sistema que considera al comitente como titular de derechos de autor. Este es el caso de Australia, Canadá, Dinamarca, Italia, México, Reino Unido o Turquía. Al contrario, son muy pocas las legislaciones que consideran que el derecho sigue perteneciendo al creador, a pesar del contrato de comisión. Este es el caso de Francia, Portugal o Senegal.

---

<sup>62</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 41.

<sup>63</sup> La Ley de Propiedad Intelectual de Reino Unido (Copyright, Designs and Patents Act 1988) señala en su artículo 11 que el empleador será el primer titular de los derechos de autor de una creación, cuando dicha obra sea haya sido creada en el ejercicio del empleo encomendado, salvo que el contrato diga lo contrario.

En los dos casos ya mencionados, se manifiesta lo interesante de la diferenciación, dejando en claro que el principio rector del derecho de autor en esta materia es de exclusividad del derecho y la posibilidad de transmisibilidad bajo cualquier forma de explotación.

#### **4.1.5 PRESUNCIONES DE AUTORÍA.**

Ante la vaguedad existente respecto de una definición asertiva de los que entendemos como autor, su naturaleza jurídica, así como su determinación en caso de controversias, poseemos ciertas certezas al respecto, ya que las legislaciones han establecido presunciones de autoría que nos permiten conocer de manera más fácil quién es el autor de determinada creación.

Este caso es similar al ejemplo español. No obstante, dentro de los tratados suscritos por Chile tampoco se refleja claramente una definición de la autoría y sus límites, situación que se recoge en la legislación especial que consagra nuestro país.

Entre los tratados vigentes en Chile, podemos encontrar algunas definiciones. La Convención Interamericana de Derechos de Autor, suscrita por Chile en 1946 y promulgada en 1955 (Publicado en el Diario oficial el 21 de julio de 1955), señala en su artículo VII que “*se considera autor de una obra*

*protegida, salvo prueba en contrario, a aquel cuyo nombre, o seudónimo conocido, esté indicado en ella”.*

El artículo 8º de la ley de propiedad intelectual nacional delimita en parte este concepto, señalando una presunción de autoría. Este artículo expresa: “*Se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquella, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquel a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra”.*

En términos simples, la existencia de una presunción que admita prueba en contrario despeja las dudas acerca de la verdadera calidad de autor del creador de la obra, más no una certeza absoluta. En aquellos casos donde la ley presume la autoría, puede entregarle protección a un individuo que inscribió una creación, incluso ante la posibilidad de que aquella haya sido plagiándola o robándole la idea a otro, siendo la propia legislación la que abre la puerta a la posibilidad de que exista un contradictorio que busque identificar al verdadero autor, no cerrando las oportunidades de que el verdadero creador pueda pelear por su eventual derecho vulnerado. Lo que realiza esta presunción es hacer recaer la carga probatoria respecto de la calidad de autor de una obra en aquel que alega tal estatus, pero que no la tiene inscrita o no la ha divulgado bajo su nombre.

El Convenio de Berna ha establecido como uno de sus principios elementales la protección automática de las creaciones artísticas, esto es, que no se encuentren sometidas a ningún tipo de formalidad como requisito para que se encuentren protegidas. No obstante, algunas legislaciones aún señalan como requisito para la tutela por parte del derecho estos requisitos de forma, como inscripciones en registros especiales, como es el caso de la ley argentina del ramo<sup>64</sup>. Pero la tendencia mundial al respecto es la señalada en el Convenio de Berna, como es el caso de nuestra legislación y la española por señalar un par de ejemplos, constituyendo, como se mencionó, esta formalidad de registro solo una presunción simplemente legal, permitiendo prueba en contrario que rebata la titularidad ahí señalada.

## **4.2 TITULARES INDIVIDUALES**

Como hemos podido observar hasta este momento, el autor es la persona que crea la obra. Este autor será el sujeto originario de la obra, y como persona física, será el único apto para realizar este tipo de actos de creación intelectual. Esto es lógico, pues las creaciones del intelecto solo pueden ser realizadas por seres humanos. *“Dado que esta solo puede ser realizada por las*

---

<sup>64</sup> Artículo 57 Ley 11723. Argentina.Ley de Propiedad intelectual.

*personas físicas, la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra”.*<sup>65</sup>

Las personas jurídicas, *a priori*, no pueden ser titulares originales. Solo lo serán las personas físicas que lo integran, no obstante consagrarse alguna excepción, como el artículo 8º inciso segundo de la ley 17.336 respecto de los programas computacionales, donde se permite la titularidad a las personas jurídicas. De la misma manera, se les permite ser titulares derivados de algunos derechos de autor, pero para atribuírseles la autoría o titularidad originaria se debe recurrir necesariamente a una ficción jurídica. *“La fictio iuris por las que la calidad de autor o la titularidad originaria sobre las obras se atribuyen a personas-físicas o jurídicas-distintas de la persona física que crea la obra, responden al interés de los terceros que explotan las obras”.*<sup>66</sup>

Esta titularidad originaria que recae en las personas físicas, se explica porque la finalidad político-jurídica de las distintas legislaciones, es, por una parte proteger adecuadamente los resultados de la creación del autor, y por otra, seguir estimulando la actividad creativa de la gente.

---

<sup>65</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.122. En este caso es interesante pensar, que si bien, se asume la titularidad originaria en las personas físicas, por ser estas quienes tradicionalmente se han ligado a la creación intelectual, es lícito preguntarse ¿Qué pasa cuando, debido a los programas tecnológicos y a los avances de la ciencia, son los propios programas los que “generan” las ideas? ¿O las obras de arte hechas por algunos animales que actualmente se transan a elevados precios en las galerías de arte? ¿A quién debe atribuirse esta “creación”?

<sup>66</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 124.

#### **4.2.1 TITULARES ORIGINARIOS**

Bajo esta denominación se considera a la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.

En esta materia, lo más importante es no confundir los términos. Siempre el titular originario será el creador de la obra, cualquiera sea la denominación que se haga de ésta. Por ejemplo, el traductor de una obra, será el titular originario respecto de esa traducción y las copias que se vendan, no obstante tener el carácter de derivada de otra anterior. En este caso, habrá dos titulares originarios, pero respecto de dos obras distintas, la original y la traducida. Lo que pasará en este caso puntual, es que se requerirá una doble autorización para utilizar la obra derivada (en el ejemplo, la traducción). La persona que quiera explotar los derechos que se generaren con la traducción, deberán pedirle permiso tanto al traductor como al autor primigenio, por ser ambos titulares originarios, y por el hecho lógico de que están indefectiblemente ligadas.



#### 4.2.2. TITULARES DERIVADOS

Se les define como “*las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos del autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho del autor (moral y patrimoniales).*”<sup>67</sup>

Como se ha explicado, los derechos morales son inalienables, e incluso en caso de sucesión por causa de muerte, los sucesores no recibirán las facultades esencialmente personales que integran el derecho moral del autor (en este caso las positivas, que excepcionalmente se transmiten), pudiendo ejercer solamente las negativas (como el derecho al reconocimiento de la paternidad sobre la obra y de que se respete la integridad de la misma). Sin embargo, podrán recibir la totalidad de los derechos patrimoniales o de explotación.

En este caso, la titularidad derivada podrá obtenerse por los siguientes medios<sup>68</sup>:

a. Cesión Convencional: Los cesionarios o titulares derivados de la obra tendrán sobre estas los derechos otorgados en el contrato. Esta cesión, podrá ser total o parcial. En Chile, el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual

---

<sup>67</sup>*Ibid.*. P.127.

<sup>68</sup> LIPSZYC, Delia, *Op. Cit.* P. 127.

corroborar esto, expresando que *“El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de...transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella...”*

b. Cesión legal (*cessio legis*): Los cesionarios serán, por ministerio de la ley, titulares a título derivado (toda vez que la titularidad originaria corresponderá a los autores); la presunción de cesión es *iure et de iure* respecto de los derechos de explotación específicamente contenidos en la norma. En este sentido, el artículo 29 de la ley 17.336 señala *“El contrato entre los autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión a favor de éste de todos los derechos sobre aquella, y lo faculta para proyectarla en público, presentarla por televisión, reproducirla en copias, arrendarla y transferirla, sin perjuicio de los derechos que esta ley reconoce a los autores de las obras utilizadas y demás colaboradores”*.

c. Presunción legal de cesión. Esta presunción la establecen muchas legislaciones en el caso puntual de las obras cinematográficas, otorgándole la cesión del derecho exclusivo de explotación al productor. Es por ejemplo el caso chileno, que en el artículo 25 de la mencionada ley, señala: *“El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor”*. Esta presunción, de acuerdo a las reglas generales, admite prueba en contrario, resultante del contrato entre autor y productor.

d. Transmisión por causa de muerte. Los sucesores podrán recibir, de acuerdo a las reglas generales establecidas en el Código Civil, los derechos patrimoniales que el autor no haya transferido por actos celebrados entre vivos. Podrán ejercer los causahabientes las facultades negativas del derecho moral y el derecho de divulgación de las obras póstumas. En este sentido, el artículo 15 de la ley en comento, señala que *“El derecho moral es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor”*.

#### **4.3. LA COAUTORÍA**

Como ya habíamos mencionado al esbozar un concepto de agrupación artística, sus creaciones son siempre de aquellas realizadas bajo un régimen de coautoría, ya que al tratarse de una pluralidad de personas no puede desarrollar su actividad creativa de otra manera.

La coautoría es aquella modalidad de creación artística mediante la cual varios autores contribuyen a la creación de una obra, ya sea trabajando juntos en el proceso creativo de la misma, o bien trabajando por separado creando cada uno sus aportes para que sean explotados de manera conjunta y formen una unidad.

Dentro de este régimen de la coautoría, podemos distinguir dos subsistemas de creación artísticas en los cuales participan una pluralidad de personas, pero que se diferencian entre sí en cuanto a la forma que los coautores realizan los aportes creativos, el modo en que sus derechos sobre la obra son explotados y un régimen jurídico diferenciado para cada una. Estas modalidades son las obras en colaboración y la obra colectiva. En las *obras en colaboración*, los coautores trabajan juntos para crear una obra única, en la cual sus aportes, si bien pueden ser distinguidos, no pueden ser separados de la obra final sin que se destruya el fundamento de su que justificó su realización<sup>69</sup>. En el caso de las *obras colectivas* en cambio, se trata de aquellas obras que son creadas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga a su nombre, a partir de las contribuciones realizadas para tal fin por los autores que han participado en su elaboración, las que se funden en una creación única y autónoma<sup>70</sup>

Sin embargo, una parte de la doctrina ha realizado una clasificación aún más amplia de aquellas obras en donde existe la participación de más de un autor, como es el caso del profesor y jurista francés Claude Colombet, quien señala la existencia de un tipo de obras a las que él denomina obras complejas, las cuales define como “*aquellas que necesariamente emanan de varios*

---

<sup>69</sup> SCHUSTER, Santiago, “Los autores”, en:  
[http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_1/LOS%20AUTORES.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/LOS%20AUTORES.pdf)

<sup>70</sup> LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Buenos Aires, UNESCO, 2005. P. 132

autores”<sup>71</sup>. Como podemos observar, esta idea de obras complejas señaladas por el profesor Colombet posee el elemento esencial que requieren las obras en coautoría, la pluralidad de autores. En un análisis más extenso del concepto, el profesor Colombet aclara, que las aportaciones de esas diferentes personas pueden fundirse en la obra realizada, de manera que ya no puedan identificarse de una manera precisa, o, por el contrario, puedan seguir distinguiéndose después de la terminación de la obra<sup>72</sup>, haciendo clara alusión a lo que son las obras en colaboración y las obras colectivas. Dentro de las obras complejas, la doctrina francesa reconoce, además de las obras en colaboración y colectivas, a las obras compuestas, siendo además el propio Código de Propiedad Intelectual francés (*Code de la Propriété Intellectuelle*) el que señala en su artículo 113-2 como un mismo grupo de obras, las obras en colaboración (*l'oeuvre de collaboration*), las obras derivadas (*l'oeuvre de composite*), y la obra colectiva (*l'oeuvre collective*)<sup>73</sup>. Claude Colombet hace patente su parecer, bajo el alero de la legislación gala, que las obras compuestas efectivamente son parte de las obras complejas (o de coautoría bajo una nomenclatura diferente), entendiendo como tal, aquella obra nueva a la cual se incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última<sup>74</sup>, toda vez que existe el trabajo de más de un autor en la obra final, esto es, del autor de la obra

---

<sup>71</sup> COLOMBET, Claude. “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado”. Unesco, 3ª Edición, Madrid, 1997. P. 28.

<sup>72</sup> *Ibid.* P.28.

<sup>73</sup> Artículo 113-2 Código de Propiedad Intelectual francés. 1º de Julio de 1992.

<sup>74</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 28.

primitiva sobre la que se va a trabajar, y el trabajo del autor de la nueva obra que realiza sus aportes para la creación de una obra diferente.

Existe sin embargo, una posición contrapuesta a la recién señalada, y es la sostenida, entre otros, por la profesora Delia Lipszyc, quien sostiene que las obras compuestas no pueden ser consideradas como obras en coautoría, ya que la nueva obra solo se limita a incorporar la obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última<sup>75</sup>.

Nuestra posición al respecto es que las obras derivadas efectivamente son un tipo de obras en coautoría, toda vez que, si bien puede no existir un trabajo codo a codo físicamente entre los autores (el o los autores de la obra primitiva y el o los creadores de la nueva obra), existe una retroalimentación de ideas e influencias que claramente sirven y son utilizadas al momento de su creación. Por lo demás, sin la existencia del trabajo de alguno de sus autores, la nueva obra jamás llegaría a existir. Un ejemplo de ello es lo que ocurre en el caso de una adaptación de una obra literaria a una obra cinematográfica. Es imposible negar la importancia de la obra literaria primitiva en la creación de la obra cinematográfica, ya que probablemente sin la primera jamás se llegaría a crear la segunda, pero tampoco podemos negar el trabajo realizado por aquella persona que adapta la obra literaria a un género diferente, entregando todo su

---

<sup>75</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.130

talento y creatividad, realizando un importante proceso de adaptación artística para llegar al resultado final.

#### **4.3.1. LA OBRA DERIVADA**

Las obras derivadas, o también denominadas obras compuestas, en términos simples, son aquellas que se basan en una obra preexistente. La legislación francesa las define como “*la obra nueva a la cual se le incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última*”<sup>76</sup>. Nuestra legislación nacional señala que la obra derivada “*es aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación originaria*”<sup>77</sup>. Ambas definiciones indicadas, tienen como elemento común el requisito de la existencia de una obra preexistente u originaria, y la de una obra nueva que nace de la incorporación, adaptación, traducción o cualquier tipo de transformación de esta obra primigenia. Nuestra ley incorpora el requisito de que la nueva obra debe ser una creación originaria, de modo que el nuevo producto nacido a partir de la incorporación de la obra primitiva, debe poder ser diferenciada de la creación preexistente. Esta originalidad puede encontrarse en la composición de la obra derivada, como es el caso de las antologías y compilaciones; ya sea en la expresión de la obra derivada, como ocurre en el caso de las traducciones, en donde el contenido de

---

<sup>76</sup> Artículo 113-2 Código de Propiedad Intelectual francés. 1° de Julio de 1992.

<sup>77</sup> Artículo 5°, letra i) Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual.

la obra traducida no es alterado en lo absoluto, si no que lo que cambia es el idioma en que la obra se encuentra expresada; o bien la originalidad puede encontrarse en la composición y la expresión de la obra, como es el caso de las adaptaciones. Las obras derivadas deben ser fruto del esfuerzo personal del autor que incorpora una obra preexistente, debiendo existir algún grado de creatividad en el trabajo del autor de la obra, que permita diferenciarla de alguna manera de la primera creación. Por este trabajo intelectual y creativo del autor de la obra derivada, es que la ley las protege, no obstante de los derechos que posee el autor de la obra anterior en la cual el creador de la obra compuesta basa su trabajo.

Por su parte, la ley francesa prescribe que la obra compuesta debe ser realizada sin la colaboración del creador de la obra preexistente, ya que si éste participa activamente en la creación de la nueva obra, sin que se incorpore una obra anterior a una nueva, no estaríamos en el supuesto de una creación compuesta, si no que en el de una obra en colaboración o una obra colectiva, según sea el caso. Sin embargo, puede darse el caso en que el autor de la obra originaria colabore en la creación de la derivada, en cuyo caso, dándose los demás supuestos de la obra compuesta, estaríamos en la presencia de un caso de una obra compuesta creada en colaboración.



La legislación española de derecho de autor dispone que la obra compuesta es *“la obra nueva que incorpora una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última; sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización”*<sup>78</sup> La gran novedad que ofrece esta definición la encontramos en la mención a la autorización por parte del titular de los derechos de la obra preexistente para que esta pueda ser utilizada para la creación de la obra compuesta. Esta indicación de la ley española hace necesaria la autorización del autor para la realización de la obra derivada, cuando la obra preexistente se encuentra bajo el dominio privado de su autor, siendo esta la manifestación del derecho de transformación que posee el titular de ella. En cambio, cuando la obra originaria se encuentra en el dominio público, no se necesita autorización alguna para realizar una obra derivada a partir de ella, ya que el derecho de transformación antes señalado es parte de la esfera del derecho patrimonial del autor. Sin embargo, este derecho, no obstante de ser parte de las facultades pecuniarias de su autor, se encuentra prácticamente en el límite del derecho moral, ya que la transformación de la obra puede llegar a desvirtuar el pensamiento o intención del creador, e incluso infringir una lesión a la personalidad del autor de la obra originaria<sup>79</sup>. Por ello, es que el creador de la obra derivada debe en todo evento, respetar y los derechos morales del autor de la obra originaria.

---

<sup>78</sup> Artículo 9-1 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>79</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 112.

El jurista español Enric Bataller agrega, a propósito del análisis de los requisitos para la existencia de una obra compuesta a la luz de la legislación española, un elemento temporal que determina a la obra como derivada, señalando que debe existir una separación cronológica entre la nueva obra que se pretende crear y la antigua que se le quiere incorporar.<sup>80</sup>

Pero existe sin embargo un cierto consenso en las diferentes legislaciones respecto de la enumeración de las obras compuestas, en el plano literario encontramos a las adaptaciones, traducciones, colecciones y antologías; en la esfera musical, los arreglos; y las transformaciones en el mundo de las artes plásticas<sup>81</sup>.

#### **4.3.1.1 LAS ADAPTACIONES.**

Por medio de la adaptación, una obra pasa de un género a otro, como es el caso típico de la transformación de obras literarias, como novelas u obras dramáticas, a obras cinematográficas o televisivas. Esta adaptación implica que la obra adaptada, conservando sus características propias esenciales, como argumento y personajes, pasa de una genero, el literario, por ejemplo, a un género diferente, el televisivo o cinematográfico. En estos casos, la adaptación

---

<sup>80</sup> BATALLER I RUIZ, Enric, "La Obra Colectiva". Valencia, España Tirant lo Blanch, 2002. P. 94.

<sup>81</sup> El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, señala en su artículo 2-3 que "Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística".

implica un trabajo del creador de la obra compuesta, quien deberá realizar los respectivos cambios, como por ejemplo adaptar los diálogos de una novela para poder ser representada en el cine, o desarrollar la acción que se verá en pantalla, y en general traspasar las ideas plasmadas en el papel al plano audiovisual. Todas estas modificaciones entregan un sello personal del creador de la obra derivada, que le conferirán una originalidad que es, sin embargo, relativa. Este esfuerzo personal del autor por otorgar una sello personal y dotar de una limitada originalidad de la obra, es indispensable en las obras compuestas o derivadas, como lo señala la doctrina francesa, *“la expresión cinematográfica no se limita a los moldes de un texto, por denso y prestigiosos que fuera, mientras que una película debe llegarle a un público muy variado y los diálogos deben armonizarse con el movimiento y las imágenes que son de la esencia del arte cinematográfico”*.<sup>82</sup>

Hemos señalado que la originalidad de la obra adaptada es relativa, ya que el autor de ella debe ceñirse a la obra primigenia y realizar una adaptación de ella, debiendo respetar los aspectos más relevantes de la obra preexistente. Este respeto puede darse en diferentes niveles, ya que en un principio, la obra derivada debe ser una adaptación fiel de la original, lo que puede ir variando según la medida en que el autor de ella le otorgue una mayor libertad al autor de la nueva obra para realizar una adaptación libre, e incluso llegar a utilizarla

---

<sup>82</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 30.

solo como inspiración, los que dependerá de la voluntad de otorgar tal o cual grado de libertad al autor de al obra adaptada.

#### **4.3.1.2 LAS TRADUCCIONES.**

La traducción es la expresión de una obra en un idioma diferente al utilizado en la obra original. Aunque algunas legislaciones consideran las traducciones como una especie de adaptación, lo más frecuente es que las traducciones sean tratadas separadamente, ya que éstas permanecen dentro del mismo género que la obra original.

Al igual que en las adaptaciones, existe una originalidad en la traducción, la cual se ve atenuada por el respeto que se debe tener con el contenido y estilo de la obra original, no pudiendo alterar la creación en su forma ni fondo. Sin embargo tiene la libertad de otorgar a su traducción el estilo que le sienta más cómodo, utilizando las palabras que quiera, siempre que en su obra, la elección de ellas no la haga caer en contrasentidos, por lo cual nunca existirán dos traducciones exactamente iguales. El traductor imprime su propio sello en su traducción, la cual conlleva un trabajo creativo, que constituye precisamente el motivo en virtud del cual el derecho de protege la traducción como una obra derivada.

#### 4.3.1.3 ANTOLOGÍAS Y COLECCIONES

Las antologías y colecciones de obras de un autor diferente a aquel que realiza la recolección y compilación de ellas, se encuentra protegida por el derecho de autor, toda vez que presenten una originalidad en la selección o en la disposición de los elementos que las integran. Por ejemplo, dicha originalidad se puede manifestar en la selección de las obras que la componen y la metodología con la que son tratadas. En algunas legislaciones, como la francesa, se exige una originalidad doble, ya sea respecto de la selección de las obras, y una originalidad respecto de la disposición de ellas<sup>83</sup>. Otras legislaciones en cambio, como la española, establecen como requisito para la protección de estas obras sólo la selección o disposición de las obras, bajo el argumento que la mera selección de las obras constituye por si misma una expresión de la personalidad del compilador<sup>84</sup>.

Alguna doctrina trata conjuntamente con las compilaciones, a las bases de datos, las cuales según la definición de la OMPI, se trata de un *“conjunto de elementos de información, seleccionados de acuerdo con criterios determinados y estables, dispuestos en forma estable, dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un sistema informático a la que tenga acceso un*

---

<sup>83</sup> Artículo 112-3 del Código de Propiedad Intelectual francés. Del 1° de Julio de 1992.

<sup>84</sup> Artículo 12-1, inciso segundo del Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

cierto número de usuarios”<sup>85</sup>. Nuestra Ley de Propiedad Intelectual que se encuentran especialmente protegidas: *“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”*<sup>86</sup>. Respecto de las bases de datos, pueden darse dos situaciones. Una de ellas es que los elementos de información que formen parte de las bases de datos sean documentos propios de quien la crea, esta obra no sería una creación derivada, si no que estaríamos ante una obra propia que goza de plena protección por parte del derecho de autor. Por el contrario, cuando las bases de datos no crean obras nuevas, ni incorporan creaciones originales, si no que se limitan a incorporar textos íntegros de documentos preexistentes, estas no pueden ser incorporadas a un ordenador sin el consentimiento de su autor, conformando la base de datos en este sentido, una obra derivada, protegida por el derecho de autor, siempre que cuente con la autorización del titular de las obras preexistentes para su respectiva utilización.

---

<sup>85</sup> Esta definición la señala Delia Lipszyc en su obra “Derechos de autor y derechos conexos”, citando al documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-II del 11 de Abril de 1998, principio PW16.

<sup>86</sup> Artículo 3 N° 17 de la Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual. 2 de octubre de 1970.

Las antologías se encuentran igualmente protegidas como las colecciones, ya que estas son colecciones de obras o pasajes literarios con un propósito determinado, quedando sometidas al mismo régimen jurídico de estas.

#### **4.3.1.4 ARREGLOS Y ORQUESTACIONES.**

Los arreglos y orquestaciones son los dos grandes tipos de obras compuestas en el ámbito musical. Las obras derivadas surgen de la variación en la combinación de los elementos de una obra musical, como lo son la melodía (sucesión de sonidos organizados formando frases con sentido musical), la armonía (combinación de notas que suenan simultáneamente), y ritmo (proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente)<sup>87</sup>. De este modo, podemos modificar alguno de estos tres elementos de la obra musical para crear una nueva obra derivada.

Se ha indicado, que el término de arreglos abarcaría los arreglos propiamente tales y las variaciones. Delia Lipszyc define el arreglo musical como *“la transcripción de una obra musical para otros instrumentos”*, mientras que la orquestación la entiende como el proceso por medio del cual *“una obra musical es transcrita para los diversos instrumentos que integran una*

---

<sup>87</sup> LOPEZ SANCHEZ, Cristina, “La transformación de la obra musical”. Madrid, Dykinson, 2008. P. 82.

*orquestra*<sup>88</sup>. En cuanto a los arreglos, debemos señalar que suponen la transformación de la obra musical original para poder interpretarla con instrumentos o voces diferentes, estando ante una obra derivada, pese a que quien realiza el arreglo no incorpora ninguna melodía original, no variando de ningún modo la obra preexistente, si no que conserva el orden y organización de la misma.

El caso más común de los arreglos es el de la orquestación de una pieza musical que ha sido originalmente compuesta para un solo instrumento. Como es el caso, por ejemplo, de la obra “*Cuadros en Exposición*”<sup>89</sup> (“*Картинки с выставки*”), creada originalmente sólo para piano por el ruso Modest Mússorgski en 1874, la cual fue orquestada por el compositor Maurice Ravel en 1922, escribiendo para esta pieza su versión en fagot, saxofón y cuerdas. No obstante de ser una orquestación, llegó a ser aún más importante en el mundo de la música clásica, la orquestación de Ravel, que la propia obra original de Mússorgski.

Este tipo de obras requieren de algún grado de aporte creativo por parte del creador de la obra derivada para que se encuentren protegidos por el derecho de autor. Esta originalidad se manifiesta en la capacidad del orquestador de dejar su propia huella en el arreglo para el resto de los

---

<sup>88</sup> LIPSZYC, Delia, *Op. Cit.* P. 116.

<sup>89</sup> *Ibid.* P. 118



instrumentos de la obra original, como es el caso de la obra “*Cuadros en Exposición*” antes indicada. Esta originalidad no la encontramos en el caso de las simples transportaciones y transcripciones, o el simple agregado de voces o adornos a una obra preexistente

Otro tipo de obras musicales derivadas son las variaciones musicales, en la cual se cambian partes de una pieza musical preexistente, a la vez que se conservan otras sin alterar (por ejemplo, repitiendo una frase musical haciendo algún cambio en la melodía, ritmo, timbre, tonalidad etc.). Dentro de este tipo de obras derivadas, creemos, podemos señalar el caso de obras más modernas, en las cuales se utiliza una obra originaria, o parte de ella, para ser utilizada como sample<sup>90</sup> en una obra derivada, lo cual es muy común dentro de canciones del género pop y rock. Un ejemplo de ello es lo que ocurre con el grupo de rap neoyorquino Beastie Boys, quienes en su tema “*The Move*”, de su disco “*Hello Nasty*”, utilizan un trozo de la canción “*El Rey y Yo*” del grupo chileno “Los Ángeles Negros”, tomando este trozo de tema, y ocupándolo en la base de las tornamesas sobre las cuales los tres cantantes realizan sus rimas. El grupo nacional se ha visto muy beneficiado gracias a esta utilización, quienes hasta el día de hoy continúan recibiendo réditos por la ejecución de los raperos norteamericanos.

---

<sup>90</sup> Sample es una voz inglesa que se traduce como muestra, y que se utiliza para denominar al sonido grabado en cualquier tipo de soporte, el cual en el sentido utilizado nos referimos al término para designar a los fragmentos de sonido que se extraen de grabaciones anteriores y se encajan en la grabación de una nueva canción.

Un caso similar ocurre con el tema "*Bitter Sweet Symphony*", del grupo británico The Verve, publicado en 1997 como sencillo de su disco "*Urban Hymns*". Esta canción fue escrita en su totalidad por el líder de la banda Richard Ashcroft, quien sin embargo, comparte créditos con Mick Jagger y Keith Richards, ambos miembros de la banda inglesa *The Rolling Stones*. Esta repartición de créditos se debe a que Ashcroft utilizó como introducción a *The Bitter Sweet Symphony* un riff<sup>91</sup> de guitarra similar al que aparece en la canción de The Rolling Stones "*The last Time*", grabada originalmente para dicho tema por The Andrew Oldham Orchestra, siendo autorizado su utilización previamente por la banda liderada por Mick Jagger.

En ambos ejemplos, podemos observar que antes de la utilización de los trozos de las obras originales, se requirió previamente de la autorización por parte de los autores de la obra preexistente. Sin embargo, en el caso de The Verve y Rolling Stones, aún existiendo autorización por parte de los autores de "*The Last Time*" para que un trozo de ella fuera utilizada por The Verve en "*Bitter Sweet Symphony*", la banda liderada por Richard Ashcroft fue demandada por The Rolling Stones, quienes argumentaron en su demanda, que The Verve utilizó el riff más del tiempo permitido en el contrato. Tras esta

---

<sup>91</sup> La voz *riff* es utilizada en la jerga musical como una frase musical distinguible, la cual se repite a lo largo de una pieza. Esta frase musical distinguible, por lo general corresponde a una pieza de guitarra.

demanda, el tribunal ordenó compartir las ganancias del sencillo, y debiendo compartir la autoría de la canción con Keith Richards y Mick Jagger.

#### **4.3.2. LA OBRA EN COLABORACIÓN.**

La obra en colaboración constituye quizás la forma de creación artística más relevante de las agrupaciones objeto del presente estudio. Dicha importancia radica ya sea en cuanto a la cantidad de obras creadas bajo esta modalidad, como en cuanto a la relevancia de estas creaciones para la cultura popular, como a la cantidad de intereses que existen sobre ellas (industria musical y cinematográfica principalmente). Por lo demás, mientras exista solo una persona física que sea autora de una obra, no existen mayores problemas en cuanto a la relación entre el autor y su creación, ya que éste será el titular único de todos los derechos que emanen de ella. La situación llega a hacerse más compleja cuando el autor deja de ser sólo una persona, y pasa a ser fruto del trabajo de una pluralidad de personas físicas. Por ello es que resulta relevante realizar un estudio acabado de este tipo de creaciones.

##### **4.3.2.1 CONCEPTO**

La legislación nacional define a las obras en colaboración como *“la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes*

*no pueden ser separados*<sup>92</sup>. De esta definición podemos rescatar algunas de las características necesarias para encontrarnos frente a una obra en colaboración, como lo es la necesidad de que sea fruto del trabajo de una pluralidad de personas físicas o naturales, excluyendo de este modo, en primer lugar el trabajo de más de una persona jurídica. Esto no debe causarnos gran sorpresa, toda vez que la norma no se cierra a la opción de que dichas personas naturales o físicas puedan encontrarse unidas en torno a alguna entidad del tipo de las que estudiamos en el presente trabajo con el fin de crear obras protegidas por el derecho de autor, como lo son las bandas musicales, compañías de teatro, u otras agrupaciones artísticas que basen la creación de sus obras en un trabajo conjunto del colectivo humano del que se encuentran compuestas, las cuales tienen una naturaleza jurídica distinta a la de personas naturales una vez que se desenvuelven de manera conjunta para dicho fin. Estas obras en colaboración serán el fruto del trabajo colectivo de dos o más personas, tal como hemos señalado, siendo esta una de las modalidades más utilizadas por la agrupación de artistas en su proceso creativo, por lo cual reviste gran interés para nuestro estudio, toda vez que se trata de su más común forma de trabajo, en especial de la banda o grupo musical que crean obras con letra.

---

<sup>92</sup> Artículo 5º, letra b) de la Ley N° 17.336, Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970.

Otro aspecto que apunta la norma citada, es que los aportes de los creadores no pueden separarse, lo cual, a nuestro juicio, resulta por lo menos confuso, ya que lo que a lo que la definición de la ley apunta, más que a la imposibilidad de que los aportes puedan desmenuzarse y lograrse visualizar claramente cual es uno y cual es el otro, a lo que se refiere es a que dichos aportes deben provenir de una inspiración común, sin la cual no podría ser posible que se llevase a cabo la obra. De hecho, señala don Enrique Bataller I Ruiz, que la doctrina francesa se ha visto en la obligación de realizar la adecuada distinción entre obra en colaboración y obra colectiva, estableciendo que las primeras se caracterizan por *“la existencia de un concierto previo entre los coautores (esto es, una comunidad de inspiración comunidad de inspiración y un control mutuo), en la obra colectiva tal concierto está ausente, razón por la que quien se impone es una persona física o moral que asume la iniciativa creativa y supedita a sus directivas a todos los creadores”*<sup>93</sup>. El profesor Santiago Schuster nos señala, por su parte, que *“en las obras en colaboración, los coautores trabajan concertados para crear una obra única, cuyos aporte si bien pueden distinguirse, no podrían separarse sin destruir el fundamento que justificó su realización”*<sup>94</sup>. Como podemos observar, un punto relevante que nos permite distinguir a la obra en colaboración es la inspiración común que ha llevado a los coautores a trabajar conjuntamente en pos de crear la obra.

---

<sup>93</sup> BATALLER I RUIZ, Enric, *Op. Cit.* P. 73.

<sup>94</sup> SCHUSTER, Santiago, “Los autores”, documento digital en [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_1/LOS%20AUTORES.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/LOS%20AUTORES.pdf), p. 4.

Colombet señala por su parte, que entiende por obra en colaboración a *“aquella en cuya creación han cooperado varias personas físicas y cuyas partes componentes están ligadas por una comunidad de destino e inspiración”*<sup>95</sup>, dejando de manifiesta la necesidad de que exista un trabajo mancomunado de los coautores cuyo destino sea uno solo (la creación de la obra), y la fuente inspiradora que sirve de motor de impulsor para llegar a aquella meta común sea la misma, la cual los une en su modo de trabajar. Este elemento de la inspiración común que impulsa la creación de la obra, entendemos que puede llegar a ser algo confuso de entender, o tal vez pensar que se trata de algo muy etéreo, pero que creemos que es más fácil de comprender utilizando como ejemplo la creación de una obra musical con letra<sup>96</sup>. En la cual participan los integrantes de una banda musical que crean la música de la pieza, y otro integrante que cree la letra de ella. En este ejemplo, los integrantes que crean la música de la obra (piénsese en la guitarra, batería y bajo en una banda de rock), trabajan conjuntamente para su creación, de modo que exista un acoplamiento perfecto en armonía, ritmo y afinación entre los instrumentos, que dejen satisfechos a todos sus integrantes, y que llegue a sonar del modo en que ellos esperaban en sus mentes al momento de crearla. Por lo general, una vez que se encuentra creada ya la parte netamente musical de la obra, es cuando se el agrega la letra, bajo la inspiración que provoca la música en el autor de la

---

<sup>95</sup> Colombet, Claude, “Grandes principio del derecho de autor y derechos conexos en el mundo”, 1997, p. 32.

<sup>96</sup> La obra musical con letra se trata de la creación por excelencia al momento en que la doctrina señala ejemplos relativos a las obras en colaboración.

letra que agrega el texto a ella. De este modo, es evidente que la inspiración que mueve a los músicos integrantes es una sola, y en su trabajo mancomunado, si bien puede diferenciarse perfectamente sus aportes, es claro que su inspiración común es la que los mueve y permite realizar esta obra como una unidad compacta y armónica.

Una parte de la doctrina suele distinguir entre obras en colaboración en un sentido restringido, y obras en colaboración en un sentido amplio<sup>97</sup>. La primera acepción considera que la obra en colaboración es aquella en la cual los autores han trabajados juntos con un grado tal de compenetración, que no resulta posible, una vez que la obra se encuentra finalizada, determinar cual es la parte de los aportes que se el atribuye a cada uno de los coautores, como es el caso de los dramaturgos que escriben conjuntamente una obra de teatro, de las cuales no es posible posteriormente dilucidar si tal diálogo o tal escena fue escrita por cada cual. Por el contrario, en su sentido amplio, las obras en colaboración abarcarían a aquellas creaciones en las cuales, si bien las contribuciones de los creadores pueden ser perfectamente individualizadas, existe un acuerdo entre los coautores en la forma en que cada uno de ellos aportará sus partes, como es el caso de las obras dramático-musicales, y las obras musicales con letra.

---

<sup>97</sup> Esta dicotomía la hace patente la profesora Delia Lipszyc, asimilando a la concepción restringida a lo que ella denomina obras en colaboración *perfecta*, y en un sentido opuesto, las obras en colaboración en un sentido amplio, las denomina *imperfecta*.

#### 4.3.2.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OBRA EN COLABORACIÓN

La regla general respecto de las obras en colaboración, es que ella es propiedad común de los coautores que participan en su creación, por lo que deben ejercer los derechos que emanan de ella de común acuerdo. Este es el caso que ocurre en nuestro país, donde la legislación de propiedad intelectual señala que *“las facultades inherentes al derecho patrimonial y los beneficios pecuniarios de la obra en colaboración, corresponden al conjunto de sus coautores”*<sup>98</sup>, algo similar ocurre en Francia<sup>99</sup> y en España<sup>100</sup>, que siguen el principio de la unanimidad de los coautores para la utilización de la obra, ya que son considerados como un todo unitario creador de la misma (aunque los aportes individuales de cada uno puedan ser separados). Por lo tanto, en virtud de la comunidad de derechos existentes, estos deben ser ejercidos por los autores de común y absoluto consentimiento. La ley argentina nos señala que entre los coautores de la obra en colaboración existe una igualdad de derechos, salvo la existencia de pacto en contrario.<sup>101</sup> Podemos observar entonces, que las legislaciones extranjeras señaladas (Francia, España y Argentina), existe

---

<sup>98</sup> Artículo 23 de la Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de Octubre de 1970.

<sup>99</sup> Código de Propiedad Intelectual francés, del 1° de Julio de 1992, artículo 113-3 incisos primero y segundo, señala :

*“Un trabajo de colaboración serán propiedad conjunta de sus autores.*

*Los coautores deberán ejercer sus derechos de común acuerdo.”*

<sup>100</sup> Ley española de Propiedad Intelectual, ley 22/1987, artículo 7, que señala:

*“Obras en colaboración.*

*1. Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos.*

*2. Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo el juez resolverá.”*

<sup>101</sup> Artículo 16 de la ley de propiedad intelectual argentina, ley N° 11.723, del 28 de Septiembre de 1933.



una mención expresa, en primer lugar, a que la obra en colaboración pertenece a sus coautores, y en segundo aspecto, que la obra en colaboración debe ser explotada de común acuerdo por ellos, señalamiento que no realiza explícitamente nuestra legislación, pero que así se entiende, y la doctrina así lo ha considerado.

Cierta doctrina sin embargo, plantea la distinción que debe realizarse entre obras en colaboración perfectas e imperfectas. Se señala que la obra es perfecta cuando no es posible reconocer cada uno de los aportes existentes en ella, siendo indivisible. La obra es imperfecta, por el contrario, cuando la parte de cada autor puede ser individualizada y separada, sin que ello implique una alteración de la obra<sup>102</sup>. Encontrarnos frente a una u otra de estas obras, implica asumir diferentes consecuencias jurídicas en cuanto a su régimen, por ejemplo en lo relativo a los derechos de todos los coautores a participar en las remuneraciones que se obtengan derivados de la obra cuando no se han utilizado todos los aportes que integran la obra. Si es posible reconocer cada una de las partes que conforman la obra, se remunerará solo al creador de aquel aporte. En definitiva, se acepta que en el caso de las obras en colaboración imperfectas los aportes creativos puedan ser explotados por separados, bajo la condición de que no cause perjuicio alguno a la explotación común.

---

<sup>102</sup> LIPSZYC, Delia, *Op. Cit.* P. 131.

Existen otras legislaciones en las cuales no se aplica dicho requisito de unanimidad de voluntades para la utilización de la obra colectiva, como es el caso de la ley mexicana de Derecho de Autor, la cual establece que si bien la titularidad de la obra pertenece por igual a todos los coautores, pero que para el ejercicio de los derechos que derivan de la creación realizada bajo este régimen, se necesita de la autorización de la mayoría de los autores, dicho caso, la minoría no está obligada a contribuir a los gastos que se generen con ocasión de la explotación, sino con cargo a los beneficios que se obtengan.<sup>103</sup>

Es sin embargo, una regla casi universalmente aceptada en respecto de las obras en colaboración, ya sea cuando se requiera la unanimidad para la utilización y explotación de la obra como cuando se requiera el consenso mayoritario de los coautores, a falta de acuerdo será la jurisdicción civil quien resolverá el conflicto. La legislación española de derecho de autor es explícita al señalar en artículo 7-1 que: *“Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá”*. En el mismo tenor establece la Código Francés de Propiedad Intelectual en su artículo L 113-3 que *“en caso de desacuerdo, corresponderá a la jurisdicción civil resolver”*.

---

<sup>103</sup> Ley de federal de derecho de Autor de Mexico, de 24 de Diciembre de 1996.

Para poder comprender de mejor manera muchos de los aspectos más conflictivos respecto de las obras en colaboración, el profesor Santiago Schuster nos expone un interesante caso que permite aclarar varios de aquellos aspectos.

Se trata de una sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de Marzo de 1991, jurisprudencia denominada “Dany Younes con Tony Rallo y otros”. Dicho caso trata de un autor, Dany Younes, que utilizó el texto de una canción que había creado anteriormente para la composición de un nuevo tema de una canción cuya música fue compuesta por Tony Rallo, canción titulada “*Téléphone*”. Posteriormente, Rallo utilizó la música que el mismo había compuesto para la canción “*Téléphone*”, para crear conjuntamente y en colaboración con otro autor, M. Michaele, una versión inglesa de esta canción bajo el título de “*Never be a stranger*”. Dany Younes sostuvo que la obra creada inicialmente conjuntamente con Rallo procede de una inspiración común y formaba un todo indivisible, y que, por lo tanto, Rallo no podía explotar de manera independiente la música que había creado para aquella obra en colaboración para la realización de una pieza diferente sin su autorización. El aludido se defendió señalando que las canciones en cuestión (“*Téléphone*” y “*Never be a stranger*”) resultaban “*de la simple yuxtaposición de dos aportes independientes, sin la intención de crear una indivisión, que no constituía una obra en colaboración, y que por lo tanto podía explotar de manera*

*independiente su aportación personal*”, afirmando además, que la canción “*Téléphone*” no habría sido más que un simple proyecto, toda vez que no había tenido una explotación real. No obstante, la Corte estimó que la canción “*Telephone*” procedía de una inspiración común y que por lo tanto constituía una obra en colaboración, lo que le confiere un carácter de indivisible que justifica una explotación conjunta de los elementos que la componen, condenando a Rallo a paralizar la explotación del tema en cuestión, disponiendo el retiro de todo registro gráfico, fonográfico y videográfico que pudiesen existir<sup>104</sup>.

El caso al que acabamos de hacer referencia, nos permite comprender de mejor manera ciertos aspectos de la obra en colaboración, que como se señaló con anterioridad, no se encuentran bien delineados por las legislaciones de cada país. Es así como el caso de “*Telephone*” nos da una mejor noción del concepto de obra en colaboración, la cual se define en función de las circunstancias en que fue creada la obra, observando conceptos como la inspiración, el propósito buscado y la coetaneidad entre otras. No obstante de estos patrones generales que nos otorga la jurisprudencia citada, es la legislación de cada país la que determinará la forma de explotación de este tipo de obras.

---

<sup>104</sup> SCHUSTER, Santiago, “Los autores”, documento digital en [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_1/LOS%20AUTORES.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/LOS%20AUTORES.pdf), pág. 5

### 4.3.3. LA OBRA COLECTIVA

#### 4.3.3.1. CONCEPTO

La obra colectiva ha sido definida por la doctrina como *“aquella que ha sido creada por la iniciativa y coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga bajo su nombre, a partir de las colaboraciones personales realizadas para tal fin por los autores que han participado en su elaboración, las que se funden en una creación única y autónoma”*.<sup>105</sup> Nuestra legislación por su parte define este tipo de obras como *“la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la divulgue y publique bajo su nombre”*<sup>106</sup>. Como podemos observar de la sola definición doctrinal y legal de las obras en colaboración, podemos extraer dos elementos primordiales que deben coexistir en ella, una pluralidad de autores que trabajen en realizar aportes para la obra única final, y la de una persona –física o jurídica- que dirige y coordina la creación de la obra mediante los aportes necesarios para su creación. En el mismo sentido se refieren las legislaciones francesa<sup>107</sup> y española<sup>108</sup>, las cuales se hacen alusión a los mismos elementos identificadores antes señalados.

---

<sup>105</sup> Lipszyc, Delia, “Derecho de autor y derechos conexos”, 2005, pág. 133.

<sup>106</sup> Artículo 5º, letra c) de la Ley N° 17.336, Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970.

<sup>107</sup> Artículo 113-5 incisos primero y segundo del Código de Propiedad Intelectual francés, del 1º de Julio de 1992, señala :

*“La obra colectiva será, salvo prueba en contrario, de propiedad de la persona física o jurídica con el nombre de la cual es divulgada.*

La coordinación en estos casos implica, señala Rodrigo Bercovitz, la selección de los autores contribuyentes a la obra, y la inclusión y ordenación de los aportes de los mismos, de ahí, continúa, que *“ninguno de los autores participantes tenga separadamente derecho alguno sobre el conjunto de la obra realizada”*.<sup>109</sup>

En el caso de las obras colectivas su particularidad está dada por la importancia que adquiere la persona natural o jurídica que dirige y coordina la realización de la obra, como lo son las enciclopedias y diccionarios por ejemplo. Es tal la preponderancia que asume el coordinador de la obra colectiva, que alguna doctrina, como el profesor Jean Colombet, ha llegado a clasificarla como *“una especie de obra anónima”*<sup>110</sup>, en donde una persona, ya sea física o jurídica, es quien toma la iniciativa de la creación, realización y divulgación de éstas, existiendo una pluralidad de autores cuyas contribuciones se funden en una obra única de tal forma que resulta imposible atribuir los derechos de cada una de ellos sobre la obra en conjunto, de modo que llega a ser imperioso

---

*Esta persona gozará de los derechos de autor”.*

<sup>108</sup> Artículo 8 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual, que señala:

*“Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.*

*Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”.*

<sup>109</sup> BERCOVITZ, Rodrigo. *Op. Cit.* Pp 82 – 83.

<sup>110</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 36.

atribuir la titularidad sobre estas creaciones en una sola persona que ejerce estos derechos y ha coordinado su creación. Esta apreciación como un cierto tipo de “*obras anónimas*”, se explica toda vez que muchas veces resulta bastante complicado el dilucidar si la obra colectiva supone la posibilidad de determinar la identidad de cada uno de los autores que realizan sus aportes para que un tercero las coordine.

Los casos más clásicos de obras colectivas son las enciclopedias, diccionarios y crestomatías<sup>111</sup> y otras compilaciones análogas, además de los diarios, revistas y otras publicaciones periodísticas, las cuales son mencionadas por nuestra legislación del ramo. Otros ejemplos recogidos por legislaciones extranjeras son los programas de ordenador<sup>112</sup>.

Debemos llamar la atención y detenernos en la apreciación que hace don Enric Bataller I Ruiz<sup>113</sup>, jurista español, quien advierte de la peligrosidad que pudiésemos hallar en la concepción existente respecto de las obras en colaboración, y en especial a la luz de la legislación española a la cual hace referencia. Señala que el artículo 8 de aquella ley ha provocado la alerta de la doctrina de dicho país respecto del riesgo que implica la concepción de autor

---

<sup>111</sup> Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define crestomatía como “*colección de escritos selectos para la enseñanza*”. En:

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?T7.IPO\\_BUS=3&LEMA=crestomatía](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?T7.IPO_BUS=3&LEMA=crestomatía)

<sup>112</sup> Artículo 9 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>113</sup> Los argumentos expuestos en esta parte de este texto se extraen de el libro de don Enric Bataller I Ruiz, “*La Obra Colectiva*”, 2002, págs. 31-35, ya citado con anterioridad en esta misma obra.

que se puede extraer de la norma, ya que, según Bataller, deteriora gravemente la idea de creador de una obra como condición recayente únicamente sobre personas físicas, lo que conlleva que se comprometa la irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos morales que nacen de la creación colectiva. Este peligro derivaría del hecho de que en el caso de las obras colectivas, la ley le atribuye los derechos que de ella nacen a la persona que realiza el trabajo empresarial de organización, edición y divulgación, ya sea esta persona física o jurídica. Por ello, continúa el autor citado, es que el peligro resulta evidente, toda vez que los empresarios podrían deliberada e intencionalmente crear sólo obras colectivas con el fin de acabar despojando de sus derechos a los verdaderos autores de la obra.

Lo anterior puede entenderse mejor si analizamos el artículo 5° de la ley española de derecho de autor, la cual se refiere a los autores y otros beneficiarios, estableciendo que se entiende como autor *“a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”*, señalando el inciso siguiente que *“no obstante de la protección que esta ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos previstos en ella”*. La norma en cuestión hace referencia a autores y otros beneficiarios, lo que no implica que por el hecho de que conceda a alguien algún beneficio conlleve que dicha persona sea considerada necesariamente como autor de la obra, si no que puede simplemente tener acceso a ciertas regalías, pero más no ostentar dicha



calidad. El legislador, indica Bataller, ha sido estricto a la hora de tipificar quien tiene calidad de autor, debiendo reunir tres características para ser considerado como tal, en primer, lugar ser una persona natural, haber creado una obra intelectual como segundo requisito, y que la obra sea del ámbito literario, artístico o científico. Dicho celo en la definición del concepto de autor se explica en que sólo ellos son capaces de ser titulares de derechos morales, por lo que las personas jurídicas no podrán ser calificadas en ningún caso como autores. No obstante, parte de la doctrina española pone en duda dicha aseveración en el caso de las obras colectivas, postulando que en dichas creaciones se reconocería la calidad de autores a las personas jurídicas. Algunos de los factores que habrían llevado a ciertos juristas españoles considerar como creadores a personas distintas de las naturales, especula Bataller, serían el texto del artículo 113-5 del Código de Propiedad Intelectual francés que reconoce a las personas naturales o jurídicas como autores de una obra colectiva<sup>114</sup>; además de la Directiva 91/250 del Consejo de Comunidades Europea sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que señala en su artículo 2.1 que aquellos países miembros que reconozcan las obras en colaboración, se atribuirá la condición de autor a la persona física o jurídica que haya creado alguno de estos programas<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Artículo 113-5 incisos primero y segundo Código de Propiedad Intelectual francés. 1º de Julio de 1992.

<sup>115</sup> Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, artículo 2.1.

#### **4.3.3.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS COLECTIVAS.**

Nuestra legislación es de aquellas que reconoce la existencia de las obras colectivas, definiéndolas en el artículo 5° de la Ley de Propiedad intelectual letra c. Dicha ley, regula específicamente la situación de las enciclopedias, diccionarios y otras compilaciones análogas, estableciendo que los derechos que de ella emanen serán de propiedad de aquel quien ha encargado y organizado su realización<sup>116</sup>. Señala además el caso de las antologías, crestomatías y otras compilaciones análogas, protegiendo los derechos de los titulares de las obras utilizadas en la compilación, debiendo el organizador pagar la remuneración que por ellos se convenga, salvo que se consigne expresamente que tal autorización se concede a título gratuito, otorgándole por su parte al organizador los derechos de la compilación.<sup>117</sup> Nuestra legislación es precisa al regular estas obras literarias señaladas, no obstante, en cuanto a otros géneros de creaciones no es tan clara, sin pronunciarse sobre cuál es la situación de aquellas otras obras de géneros diferentes al literario pudiesen encasillarse como obras colectivas.

Ya se indicó en su oportunidad, que la legislación española de derecho de autor regula de manera genérica las obras colectivas, al contrario de lo que sucede en el caso chileno, que como se indicó recientemente. Nuestra ley

---

<sup>116</sup> Artículo 24, letra b) de la Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970.

<sup>117</sup> Artículo 24, letra a) de la Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970.

señala qué es lo que sucede con ciertas obras literarias específicas que poseen el carácter de colectivas, estableciendo que “*salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre*”<sup>118</sup>. La legislación francesa se encuentra en un pie similar, limitándose a señalar que “*La obra colectiva es, salvo prueba en contrario, propiedad de la persona física o moral bajo el nombre de quien es divulgada*”<sup>119</sup>.

En cuanto a las diversas facultades que el derecho de autor le otorga a los creadores, al analizar como se comportará la regulación al respecto en relación con la obra colectiva, debemos realizar un análisis diferenciado, para un mejor entendimiento del régimen jurídico aplicable, entre derechos morales y derechos patrimoniales.<sup>120</sup>

Respecto al derecho de divulgación de la obra, Bataller señala que no sería de aplicación a la obra colectiva, ya que no existe este tipo de creación sin que la reunión de aportaciones se haya editado y divulgado. Por consiguiente no podría haber obra colectiva inédita, porque la obra colectiva es la reunión de aportaciones “*editadas y divulgadas*”. Al ser la divulgación un requisito de la

---

<sup>118</sup> Artículo 8, inciso segundo Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>119</sup> Artículo 113-5 inciso primero Código de Propiedad Intelectual francés. 1º de Julio de 1992.

<sup>120</sup> En esta parte de la presente obra, seguiremos el análisis realizado a propósito por don Enric Bataller I Ruiz en la obra antes citada “La Obra Colectiva”, págs 104 – 111.

esencia de la obra colectiva, el ejercicio de este derecho es esencial para que proceda la existencia de este tipo de obras.

Respecto de los derechos patrimoniales que nacen de la obra, el editor goza de los derechos de explotación de ella, por lo que será la única persona autorizada para transmitir los derechos sobre el conjunto, salvo pacto en contrario. Como ya hemos señalado, le correspondería entonces solo al editor o coordinador de la obra el autorizar a terceros la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra colectiva, salvo pacto en contrario. Los coautores mantienen los derechos patrimoniales sobre sus obras individuales, pudiendo pactar con terceros su explotación como obra colectiva simultáneamente.

## **CAPÍTULO II. “LAS CREACIONES DE LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS Y PROTECCIÓN JURÍDICA”**

### **1. LA CREACIÓN ARTÍSTICA**

#### **1.1 CONCEPTO**

Realizaremos una primera aproximación intentando responder a la pregunta de ¿Cuál es el alcance del concepto “*artístico*”? y ¿Qué es lo que engloba “*lo artístico*”?

Definir un concepto de arte es de suyo complejo. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el arte es una “*manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros*”.<sup>121</sup>

Esta definición es suficientemente amplia como para poder exigirle al derecho una protección respecto de todas y cada una de estas manifestaciones.

---

<sup>121</sup> En Internet: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=obra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=obra) (extractado con fecha 03.03.2010)

Antes de continuar, debemos determinar a qué nos referimos cuando hablamos de la protección de las agrupaciones artísticas, y si todo “*lo artístico*” merece protección o va a ser abarcado por nuestro análisis. En este sentido, la respuesta es definitiva y rotundamente negativa. No todo “*lo artístico*” merece una protección integral. El concepto es tan amplio que el derecho no puede tutelar todo lo que cada persona considere como artístico.

En este sentido, la solución dada es que sólo algunas obras se encuentran tuteladas. La protección de la ley no abarca a cada una de las creaciones que sus autores consideren digna de protección, y lo que es más complejo, existen casos donde el ordenamiento jurídico no ampara, sino que reacciona en contra del autor de estas. Por ejemplo, ¿Qué sucede si considero artístico el realizar retratos de niños desnudos en actitudes sexuales, sacar fotos de menores con estas mismas conductas, o crear canciones con insultos a las autoridades? ¿Puedo acercarme a solicitar la protección de mi idea original, para lucrar con su exhibición, o pudiesen de oficio negar dicha inscripción en la institución competente? En estos casos, los afectados pueden incluso alegar la vulneración de sus derechos, como la protección de su integridad psicológica, o incluso derechos de imagen, reaccionando por la vía penal, constitucional o extracontractual, de acuerdo a la naturaleza del derecho infringido.

Estaremos de acuerdo entonces que, en principio, no toda creación merecerá una tutela jurídica. En la medida que no se vulneren los derechos o las libertades de los otros, tanto de personas individuales como de la sociedad entera, no habría mayores problemas para dejar que prime la subjetividad y el gusto personal, distinguiendo cada uno en su fuero interno el valor propiamente artístico de la creación.

No obstante, en cuanto a la protección de una creación a través del derecho de autor, dicha distinción carece de importancia. El trazo del pintor de la Plaza de Armas es igualmente protegido que el lienzo de Matta, y será cada individuo el que decida si adquiere tal o cual y al precio que lo desea.

Por tanto, y en virtud de lo anteriormente dicho, no siempre será necesaria una valoración *a priori* de todo el contenido de la obra para que proceda su protección mediante la Propiedad Intelectual. Esto quiere decir que para evaluar la protección de la creación de la agrupación artística, no va a ser necesario analizar el mérito de esta. La calificación de una obra como “es buena” o “mala” según la apreciación subjetiva de una determinada persona, no interesa para los efectos y alcances de la ley. En la medida en que cumpla con los requisitos establecidas por ésta, de modo que sea un reflejo de la personalidad del autor, ya sea como obra original o derivada, en los ámbitos literarios, musicales, teatrales, etcétera, será digna de ser tutelada. La

responsabilidad ulterior como consecuencia de la lesión de los derechos de un tercero habrá de verse en otra instancia, más no representa necesariamente un reparo para quitarle protección del derecho de autor a su creador.<sup>122</sup> Eso sí, debe analizarse caso a caso, pues los ejemplos como los dados en los párrafos anteriores cuestionan los alcances del arte y la lesión de bienes jurídicos, que muchas veces son de contenido difuso.

## 1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Para comprender de una manera más clara esta idea respecto de la naturaleza jurídica de las creaciones artísticas, debemos realizar una distinción conceptual respecto de la naturaleza de éstas, y la de los derechos que de ellas emanar.

---

<sup>122</sup> En este sentido es interesante rescatar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el fallo del caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), donde se expresa la necesidad de compatibilizar tanto la libertad de expresión como la responsabilidad del autor, estableciéndose que la responsabilidad ulterior de estos respecto de sus obras en caso que vulneren los derechos de terceros que pudiesen verse afectados debiese ser el límite que haga innecesaria la procedencia de la censura previa (*Vid.* Película “La Última Tentación de Cristo”. Resumen y comentarios del fallo de la Corte Suprema. Informativo Jurídico N°13, marzo (1998), pp. 10-15, *en*: Apuntes de Derecho Constitucional II, (compilado por) Pablo Ruiz-Tagle Vial, Materiales III: Parte Especial de los derechos fundamentales. Jurisprudencia Constitucional, Santiago de Chile, 2003. En este sentido, la empresa distribuidora del filme, United International Pictures Limitada, señala ante la revisión efectuada por el Consejo de Calificación Cinematográfica de su resolución de fecha 29 de noviembre de 1988, los siguientes argumentos: “a) Que la crítica internacional, superando las animosidades iniciales, acabo por considerarla “una obra artística que podía entregarse sin temor al discernimiento de criterios maduros”; b) que la obra no tiene una pretensión de verdad histórica y por ende no puede llamar a engaño o confusión a nadie; c) que está basada en el texto de un autor de reconocido prestigio internacional, cuyo libro fue leído en Chile sin que causara los efectos adversos planteados en el recurso de protección; d) que la exhibición de la película fue solicitada para personas mayores y con criterio formado; e) porque el desarrollo artístico y cultural de Chile les da un grado de confianza de que espectadores de criterio maduro sabrán apreciar el verdadero contenido y alcance de la obra, sin incurrir en el temor de ver amagadas sus convicciones espirituales y religiosas”; y f) porque Chile ha quedado como uno de los poquísimos países en el mundo donde se mantiene la prohibición de exhibir la película”.



En cuanto a la obra como tal, como creación artística, realizaremos algunas precisiones al respecto. En primer lugar debemos distinguir el *soporte material* sobre el cual se plasma la obra<sup>123</sup>, el que admite la clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles. Por ejemplo, como el cuadro del pintor, o el libro del escritor, son todos bienes muebles, o bien aquel soporte que sirve para la reproducción de ejemplares de la obra, como discos o fotos de una determinada pintura, admiten la clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles, y se rigen por las reglas generales en materia sobre los cuales se admite su transferencia, disposición y posterior dominio por parte del adquirente.

Respecto de los bienes raíces, se siguen las mismas reglas anteriormente descritas. Sería el caso de las obras de arquitectura, que se someterán a las reglas del derecho común en todo lo que les corresponda al *chorpus mechanimum*, como sucedería si se desease transferir, ceder, hipotecar, arrendar o transmitir los derechos constituidos sobre dicho inmueble. En este sentido, nos cuestionamos la facultad de disposición que pueda tener el propietario de una obra de arquitectura de la cual no es autor, ya que aquí entran en disputa los derechos morales de su creador. La ley señala que en las obras de arquitectura el autor no podrá impedir las modificaciones que el

---

<sup>123</sup> Recordemos que el derecho de autor protege las expresiones y no las meras ideas. De esta forma, muchas de estas expresiones pueden encontrarse plasmadas en un soporte material, como un disco donde se encuentre plasmada una creación o un cuadro donde se encuentre una pintura, o bien puede encontrarse expresada, más no plasmada materialmente, como por ejemplo, una poesía recitada.

propietario quiera realizar, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto.

Entonces, la creación artística es la expresión del trabajo intelectual de su creador, la cual puede encontrarse o no plasmada en un soporte material que la contenga o exprese (por ejemplo una poesía que se recita y no se traspasa al papel, igualmente es una creación protegible por el derecho de autor, pero que no queda registrada en ningún lado). De este modo, podríamos reconocer a las creaciones artísticas como bienes inmateriales, *sui-géneris*, de los cuales, si se cumplen los requisitos, emanan derechos para su autor, quien se convierte en titular (originario) de ellos.

Creemos, entonces, que para entender la naturaleza jurídica de las creaciones artísticas, que vienen a ser el objeto central del derecho de autor, debemos antes que ello, analizar la naturaleza jurídica de los derechos que de ella emanan.

En cuanto a la Naturaleza jurídica de las facultades que conforman el derecho de autor, históricamente han existido diversas teorías que han intentado explicarla<sup>124</sup>, entre ellas, podemos mencionar las siguientes:

---

<sup>124</sup> LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Buenos Aires, Argentina. 1993. P. 19.

a.- *Teoría del derecho de propiedad:* Esta teoría fue esbozada a finales de siglo XVIII, particularmente en el Decreto 13 – 19 de enero de 1791 de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, la cual consagró el derecho de los autores a la representación pública de sus obras. Esta declaración contenía la idea que el autor posee un derecho sobre su creación análogo al que tiene el dueño sobre las cosas materiales (muebles o inmuebles), de modo que se otorgue al autor un derecho absoluto e inequívoco sobre sus obras. No obstante, cuando el derecho de autor alcanzó un mayor desarrollo, esta asimilación al derecho de dominio fue objeto de importantes cuestionamientos, en razón de notables diferencias entre ambos, como por ejemplo:

- El derecho de autor se ejerce sobre una creación intelectual (la obra) y no sobre una cosa, pues la propiedad sobre la cual se encuentra fijada la obra no se confundiría con el derecho de autor sobre la misma.

- El derecho de autor nace con el acto de la creación de la obra no por los modos de adquirir el dominio.

- El plazo de protección del derecho patrimonial del autor es limitado, el cual por lo general corresponde a la vida del autor y un número de años después de su muerte; mientras que la duración del derecho de dominio es ilimitado.

- El régimen de coautoría es distinto al régimen de codominio.

- El derecho moral es característico del derecho de autor, siendo ajeno al ámbito del derecho de dominio.

Al considerar que al derecho de autor falta una gran parte de los requisitos del dominio, algunos adversarios a su asimilación al derecho de propiedad, lo declararon un derecho *sui generis*

*b.- Teoría del derecho sobre los bienes inmateriales:* Esta teoría fue elaborada por Josef Kohler, quien sostenía que “*el dominio, en su construcción tradicional, es un poder jurídico que solo puede referirse a la cosas materiales, en tanto que el derecho del creador no es de esta clase: se trata de un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, económicamente valioso y, en consecuencia, de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales*”<sup>125</sup>. Según Kohler, el derecho de autor tiene únicamente una naturaleza patrimonial, tanto por sus antecedentes históricos, así como porque las normas principalmente se encuentran dirigidas a la tutela de las facultades de esta índole. Argumenta Kohler que si bien al autor le corresponden otros derechos sobre su obra que tienen un carácter distinto al patrimonial (de un carácter personal), éstos no formarían parte del derecho de autor, si no que de un campo jurídico distinto, sosteniendo que se trata de derechos diferentes. Esta concepción fue muy criticada, argumentándose en su momento, que quebraría sin una aparente razón, la unidad y armonía del derecho de autor, produciendo una fractura entre el momento de la creación de

---

<sup>125</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 22

la obra, en la que el derecho es de carácter personal, y aquel en el cual la obra se da a conocer, y en el cual se manifiestan los derechos patrimoniales.

c.- *Teoría del Derecho de la Personalidad.* El antecedente a esta teoría se encuentra planteada por Kant, para quien el derecho de autor es en realidad un derecho de la personalidad. Por ejemplo, un libro, como producto artístico corporal se constituye como objeto de un derecho real, mientras que el libro como mero discurso que el autor dirige a sus lectores, representa para Kant un derecho personal.

La teoría del derecho de la personalidad fue desarrollada por Gierke, para quien el objeto del derecho de autor es una obra intelectual que constituye una emanación de la personalidad y espíritu de su autor. Sostiene que si bien el derecho de autor tuvo su origen en la protección del resultado patrimonial de la misma, todas las facultades garantizadas por las leyes derivan del derecho que tiene el autor de mantenerla en secreto o comunicarla al público, el cual constituye un derecho de la personalidad, y como tal, de duración ilimitada, de modo que el derecho de autor tendría su base en este derecho, asumiendo el carácter de patrimonial como elemento accesorio. Las críticas a esta teoría, argumentada, entre otros, por Piola Caselli, se fundan en que considera que debe reconocerse que los derechos exclusivos son facultades de orden patrimonial que no solo existen de manera ocasional o accesorio, si no que forman parte de manera permanente del contenido del derecho de autor,

surgiendo necesariamente de la facultad primitiva de destinar o no la obra a la publicación.<sup>126</sup>

d.- *Teoría del derecho personal-patrimonial.* Esta teoría “intermedia”, considera que el derecho de autor tiene una naturaleza particular, puesto obstante estar radicado en la persona, comprende igualmente facultades de carácter patrimonial. El derecho de autor representaría un derecho de dominio sobre el bien intelectual, la obra, el cual abarca, por su naturaleza especial, facultades de carácter personal y de carácter patrimonial.

e.- *Teoría de los derechos intelectuales.* Esta teoría, expuesta por el belga Picard, nace de la insuficiencia de la clasificación clásica de los derechos en reales, derechos personales y las obligaciones. Picard elaboró una clasificación general de las relaciones jurídicas, colocando el derecho de autor (junto con los derechos sobre la propiedad intelectual) en una nueva categoría de naturaleza *sui generis*. Picard considera, entonces, que los derechos intelectuales están integrados tanto por los elementos personales o morales, como por los de carácter patrimonial o económicos<sup>127</sup>.

## **2. LA OBRA PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR.**

---

<sup>126</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 26.

<sup>127</sup> *Ibid.* P. 27

La obra es el objeto central de protección en el derecho de autor, es el *leitmotiv* de un artista y el elemento sobre el cual se entrega completamente para poder llegar a una total satisfacción al ser está el reflejo de su propia personalidad.

## 2.1 CONCEPTO DE OBRA

De acuerdo el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “*Obra*”, en sus dos primeras acepciones significa:

*“1. f. Cosa hecha o producida por un agente.*

*2. f. Cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia.”<sup>128</sup>*

En estas dos primeras definiciones, encontramos que en la esencia de la palabra obra, se encuentra implícita la idea de creación, ya sea de carácter intelectual (“voy a crear una obra musical) o material (“tengo que dirigirme a la obra para terminar el edificio”). En los dos conceptos, incluso en lo puramente intelectual, existe un punto de unión: en ambos casos se exige una “exteriorización”, una materialidad, para distinguir la pura creación como

---

<sup>128</sup> En internet: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=obra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=obra) (sacado con fecha 14.04.2010).

elemento etéreo, abstracto, que queda en el mundo de las ideas, del elemento material que va a ser objeto del derecho de autor, y por tanto, objeto de su protección.

En este sentido encontramos, que, de acuerdo a lo preceptuado por la ley 17.336 en su artículo 1º, donde se señala que *“la presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores...”*. Ese *“solo hecho de creación de la obra”* está un paso más allá del solo hecho del mero pensamiento o la pura imaginación de ella, sin materializarla. *“La propiedad intelectual trata de proteger básicamente las ideas artísticas y literarias en las distintas formas en que estas pueden expresarse: libros, discos, películas de cine, cuadros, programas de radio, etc. Solamente se puede obtener un monopolio sobre la expresión concreta de una idea y no sobre un pensamiento abstracto. Es decir que solamente el texto de la novela puede ser objeto de propiedad literaria y no los esbozos que el autor haya podido hacer dentro de su mente”*.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> ARRABAL, Pablo. *“Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Ediciones Gestión”. Barcelona, España, 2000 S.A., 1991. P.14.



## 2.2 REQUISITOS PARA QUE LA OBRA SEA PROTEGIDA.

Existe una premisa con la que todos están de acuerdo en el derecho de autor, que señala que éste solo protege las creaciones formales y no así las ideas contenidas en la obra. *“Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas”*.<sup>130</sup>

Esto es muy sencillo. Claramente, si se protegiesen las ideas en sí, estaría absolutamente vedado volver a escribir, por ejemplo, sobre los celos, la venganza o las relaciones incestuosas porque Shakespeare ya lo hizo antes. Lo que se protege es la *“forma sensible”*, o la materialidad, el cómo se expreso una idea, y no la idea en sí, de modo que todos y cada uno de los derechos que le pertenecen al autor en su calidad de tal, se radicarán en él una vez que la obra se encuentre expresada.

Por lo tanto, el primer requisito será éste, *que se trate de una creación formal y no de una mera idea*.

En segundo lugar, para que la obra sea protegida deberá cumplir con el requisito de la *originalidad*. *“...la originalidad reside en la expresión –o forma*

---

<sup>130</sup> LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Buenos Aires, UNESCO, 1993. P.62.

*representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe.*<sup>131</sup> Esto no significa que la obra tenga que ser “novedosa”, requisito que sí exige la propiedad industrial. Así, se ha señalado la diferencia entre ambas: *“La originalidad se aprecia subjetivamente: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo del creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de homólogo en el pasado”*<sup>132</sup>. Esto quiere decir que el requisito de la originalidad se satisface cuando la obra lleva algo propio, de la impronta de su creador. Esto será una cuestión de hecho que deberá resolverse caso a caso si hubiese lugar a disputas. Incluso, en el caso de obras que derivan de otras ya existentes, como el caso de las adaptaciones, traducciones, entre otras, la nueva creación debe contener algún grado de creatividad, originalidad y esfuerzo personal del autor. Incluso en los casos de las obras derivadas, como las adaptaciones, traducciones, antologías, etc., deberá existir algún grado de originalidad, creatividad y esfuerzo personal del autor.

Además, y como señalamos en el Capítulo I, *la protección del ordenamiento jurídico no dependerá en caso alguno del valor o mérito de la obra, o de su destino o forma de expresión*. Respecto a esto hay tres ideas que rescatar:

---

<sup>131</sup> LIPSZYC, Delia. Op. Cit., p.65.

<sup>132</sup> COLOMBET, Claude. “Grandes principios de derecho de autor y derechos conexos en el mundo”. Madrid, España, UNESCO, 3º Ed., 1997. P. 13.

- El valor cultural o artístico que se le de a la obra, o el “mérito” que se le asigne, no tiene ninguna importancia para efectos de otorgarle la protección del derecho de autor. Esto será una cuestión estrictamente de gustos, que le corresponde al público dirimir, mas no al derecho.
- La obra estará protegida independiente de los fines para los que se haya creado. Puede tener fines culturales o meramente económicos, al derecho no le incumbe discutir la protección excluyendo uno u otro caso.
- No importa la forma de expresión de la obra. Si ha sido manifestada en forma escrita u oral, llevada a cabo sobre un lienzo o sobre una cinta magnetoscópica, tampoco al derecho le compete excluir, protege a todas por igual, ya que cumplen con el requisito de la “exteriorización”.

El último criterio general en relación a la protección de la obra señala que *dicha protección no estará sujeta al cumplimiento de formalidades*. El título originario del derecho de autor es la creación, no su inscripción o registro. A diferencia de la propiedad industrial, la protección se genera en el acto de la creación y no en el del reconocimiento de la autoridad administrativa.

En Chile la ley exige ciertas formalidades, pero que en ningún sentido alteran el principio ya enunciado. Nuestro país solo limita los efectos del

registro. *“así, en Chile, la falta de inscripción priva al editor de sus derechos, pero no al autor de los derechos que le corresponden por ley o contrato.”*<sup>133</sup>

### **2.3 LAS OBRAS PROTEGIDAS.**

Habiendo ya señalado los requisitos que debe cumplir la creación artística para que ella sea protegida por la propiedad intelectual, debemos darnos la tarea de determinar cuáles son aquellas. El requisito esencial para la protección jurídica de las obras del intelecto, como ya se señaló, es que haya sido exteriorizada. Esta manifestación no hace estrictamente necesaria, no obstante, su fijación en un soporte material, aunque la falta de ella trae como consecuencia una manifiesta dificultad en la prueba de su existencia.

El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, siempre y cuando cumplan con los requisitos de toda obra del intelecto. La doctrina incluye dentro de las obras protegidas tanto a las creaciones originales como las derivadas. Dentro de las primeras incluimos aquellas obras primigenias que no se encuentran creadas en virtud de una segunda, mientras que las derivadas, como ya se señaló en un capítulo anterior, se encuentran protegidas toda vez que presenten un carácter de originalidad o individualidad en su propia creación respecto de la obra primigenia.

---

<sup>133</sup> Artículo 3° de la Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970.

Las obras contempladas por las distintas legislaciones como susceptibles de tutela por parte del ordenamiento jurídico en virtud del derecho de autor, se encuentran muchas veces enumeradas a modo de ejemplificación, de manera no taxativa, dejando patente que no están sujetas a *numerus clausus* utilizando la expresión “*tales como*” u otras semejantes. Nuestra ley es minuciosa a la hora de establecer las obras que se encuentran protegidas por el derecho de autor, al señalar en su artículo 3° las creaciones que quedan *especialmente protegidas*, denotando la intención del legislador de no cerrarse a la posibilidad de que otro tipo de obras del intelecto humano se encuentren tuteladas por nuestra legislación no obstante de no estar enumeradas dentro del artículo señalado. El artículo en mención establece a continuación 16 numerales con diferentes tipos de obras, que según el enunciado de dicha norma, se encuentran “*especialmente protegidas conforme a la presente ley*”.<sup>134</sup>

La legislación española del ramo establece por su parte una descripción general de las obras protegidas, señalando que “*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*”<sup>135</sup>, indicando a continuación que se comprenden entre ellas la enunciación de nueve literales que hacen una

---

<sup>134</sup> Artículo 3° de la Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970.

<sup>135</sup> Artículo 10 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

enumeración de tipos de obras, entre las que se incluyen libros, folletos, composiciones musicales con o sin letra, obras cinematográficas, esculturas entre otras.

En general se distinguen tres grandes géneros de creaciones intelectuales, a saber, las obras literarias, las creaciones musicales y las de las artes plásticas.

### **2.3.1 OBRAS LITERARIAS**

Nuestra legislación las contempla expresamente en su artículo 3° N° 1 de la ley 17.336 que señala que se encuentran especialmente protegidos *“los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase”*. El mismo artículo señala en su N° 2 las *“conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas”* como obras protegidas por el ordenamiento jurídico. Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma son señaladas como obras protegidas por el N° 3 del artículo 3°. Lo mismo ocurre con los periódicos, revistas u otras publicaciones de la misma

naturaleza, así como con Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria, como lo señalan los numerales 6 y 14 del artículo citado.

Según el entendimiento que le da la doctrina respecto del concepto de las obras literarias, el contenido de ellas puede ser literario, científico, tecnológico o artístico, pudiendo utilizarse cualquier lengua, oral o escrita, incluyendo obras que se manifiesten ya sea por medio de gestos o por sistemas perceptibles al tacto que sean convencionalmente reconocidos, como el sistema Braille o el lenguaje para sordomudos.

Dentro de las obras literarias protegidas encontramos aquellas creaciones tradicionales como poemas, novelas, cuentos etc, además de los almanaques, anuarios, formularios, catálogos, álbumes, entre muchas otras.

Existen sin embargo ciertas creaciones literarias que no se encuentran protegidas bajo el alero del derecho de autor, como los textos oficiales, entendiéndose por aquellas todas las normas de carácter obligatorio, como leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos etc. Ello se justifica toda vez que prevalece la necesidad de su libre difusión y reproducción, ya que la ley debe ser conocida por todos, sin que pueda excusarse su cumplimiento alegando la ignorancia de ella. Aquella facultad se encuentra otorgada a cada legislación

nacional en virtud del artículo 2.4 del Convenio de Berna. El artículo 71 D de nuestra Ley de Propiedad Intelectual hace alguna referencia al respecto, señalando en su inciso segundo que *“Las conferencias, discursos políticos, alegatos judiciales y otras obras del mismo carácter que hayan sido pronunciadas en público, podrán ser utilizadas libremente y sin pago de remuneración, con fines de información, quedando reservado a su autor el derecho de publicarlas en colección separada”*

También se encuentran excluidas de protección las denominadas *noticias escuetas*, consistentes en aquella transmisión de los hechos realizada por el periodista, que carece de toda originalidad en la composición o expresión, en pos de la transmisión lo más veloz posible de la noticia. Por el contrario, los artículos de fondo, como reportajes, editoriales, y otros que posean la condición de originalidad sí se encuentran tutelados bajo el alero de la propiedad intelectual. Así lo menciona el artículo 2.8 del Convenio de Berna.<sup>136</sup>

Las obras que son manifestadas al público en forma oral se encuentran igualmente protegidas, ya que su expresión requiere un esfuerzo análogo al de las obras escritas, reflejando la personalidad del autor y su originalidad. Por ello es que las legislaciones nacionales dentro del catálogo de obras protegidas

---

<sup>136</sup> Nuestra Ley de Propiedad Intelectual supone en todos los casos en que hace alusión a informaciones periodísticas que se inserten en diarios o revistas, la existencia de algún tipo de obra original y elaborada que reúna los requisitos de una creación protegida por el derecho de autor, como artículos, fotografías o dibujos, manifestando la exclusión como objeto de protección de las mencionadas *noticias escuetas*. Artículo 24 ley 17.336.



enumeran varias de carácter meramente verbal. Nuestra legislación no es la excepción a esta regla, como es el caso de las conferencias, discursos, lecciones antes señalados.<sup>137</sup> En este sentido, están protegidas las clases dictadas en el marco de actividades docentes, lo mismo que las conferencias, alocuciones, sermones y obras de la misma naturaleza, como se encuentra establecido en el Convenio de Berna, en su artículo 2.1.

### **2.3.2. OBRAS ARTÍSTICAS.**

Por lo general se engloba dentro de las obras artísticas aquellas manifestaciones tan amplias que incluyen, la pintura, el dibujo, la escultura, el grabado, la fotografía y la arquitectura. Nuestra legislación de derecho de autor menciona dentro de este tipo de creaciones tuteladas por la ley a “*las fotografías, los grabados y las litografías*”, como lo expone el artículo 3° N° 7 de la ley 17.336. En el mismo sentido hace referencia el N° 9 del mismo cuerpo legal, al señalar que la ley protege “*los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas*”, al igual que “*las pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares*”, y “*las esculturas y obras de las artes figurativas análogas*” cuando su valor artístico pueda ser considerado por separado de su valor industrial, como lo establecen respectivamente los numerales 11 y 12 de la norma en cuestión. No obstante, ninguna enumeración

---

<sup>137</sup> Artículo 3° N° 1 y 2 de la Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970.

de este tipo de obras puede considerarse como exhaustiva, ya que por su naturaleza pueden adquirir diferentes características en cuanto a forma y expresión, como los materiales utilizado la técnica aplicada.

### **2.3.2.1 OBRAS DE ARQUITECTURA.**

Las obras de arquitecturas protegidas por el derecho de autor son los edificios o construcciones similares, así como los proyectos, diseños, planos, croquis y maquetas elaboradas para su edificación, tutelando en cuanto a su calidad de creaciones originales, como las formas, diseños u ornamentos, más no en cuanto a los métodos o procedimientos meramente técnicos de arquitectura. Como ya se señaló, este tipo de obras se encuentran mencionadas expresamente por nuestra legislación como obras protegidas.<sup>138</sup>

En cuanto a los derechos morales, el autor de la obra arquitectónica goza del derecho de paternidad sobre ella, pudiendo exigir que su nombre figure en la fachada del edificio. En cuanto al derecho de integridad de la obra, este es un asunto no zanjado completamente, ya que por un lado, el propietario de un edificio que ha sido diseñado por un arquitecto cuya creación se encuentre protegida puede, perfectamente, realizar las modificaciones estructurales que estime convenientes para su utilización. Por otro lado, es totalmente

---

<sup>138</sup> Artículo 3 N° 9 ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970

comprensible que el arquitecto creador de la obra tenga el derecho de prohibir toda mutilación, deformación o modificación de su obra que puedan perjudicar su reputación como artista. No obstante, puede ocurrir que a pesar de la prohibición por parte del arquitecto de que se modifique su creación, el dueño del inmueble igualmente realice dichas alteraciones, en cuyo caso este último se encuentra obligado a reestablecer las cosas a su estado anterior o bien debe indemnizar al autor, en cuyo caso, el arquitecto tiene derecho a que se desvincule su nombre de la obra<sup>139</sup>. En nuestra legislación se señala que el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar en las obras de arquitectura, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor de dicho proyecto<sup>140</sup>.

En cuanto a los derechos patrimoniales sobre la obra de arquitectura, el autor tiene el derecho pleno de autorizar o no la reproducción de ella por cualquier medio. No obstante, nuestra legislación realiza ciertas excepciones que permiten la reproducción libre de las obras arquitectónicas por medio de la fotografía, el cine, al televisión u otro procedimiento análogo, como la publicación de las correspondientes fotografías en diarios, revistas y libros y textos destinados a la educación sin una remuneración a favor del autor<sup>141</sup>,

---

<sup>139</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 79.

<sup>140</sup> Artículo 72 G, Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970

<sup>141</sup> Artículo 72 F, inciso primero, Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970

ocurriendo lo mismo con lo monumentos y obras artísticas que adornen las plazas, avenidas y lugares públicos.<sup>142</sup>

### **2.3.2.2 LAS ESCULTURAS**

La escultura es aquella obra artística sobre algún material que tenga una expresión tridimensional. Puede ser realizada por tallado, moldeado, fundido u otro tipo de procedimiento. El artículo 3° N° 12 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que las esculturas y otras obras de arte figurativas análogas se encuentran protegidas por dicha ley, incluso se encuentren aplicadas a la industria, cuando su valor artístico pueda ser considerado separadamente de su carácter industrial.

El problema que plantean al derecho este tipo de creaciones radica en la posibilidad de obtener ejemplares a partir de un mismo molde matriz. La doctrina ha señalado que la matriz no es considerada como una escultura propiamente tal, ya que ha sido creada con el objetivo específico de servir a la realización de otros ejemplares, no obstante que se encuentre protegida igualmente por el derecho de autor.

---

<sup>142</sup> Artículo 72 F, inciso segundo, Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de octubre de 1970

### 2.3.2.3 PINTURA

La pintura “*es una obra artística expresada con líneas y/o colores por aplicación de sustancias coloreadas sobre una superficie*”.<sup>143</sup> Ellas se encuentran reconocidas como obras protegidas explícitamente por el artículo 3 N° 11 de la ley 17.336.

En toda pintura logramos encontrar plasmada la subjetividad y talento de su creador, incluso en aquella que sea la copia de una obra preexistente, ya que nunca será exactamente igual que aquella que esta imitando, pues resulta imposible que cada trazo de pintura por medio del cual colorea el cuadro sea idéntico al realizado por su predecesor, o que cada combinación de colores resulte exacta a la otra. Por ello es que resultaría injusto negar la protección a la obra que manifiesta la personalidad del copista, sin que ello implique atribuirle la calidad de autor de la obra preexistente o derechos sobre ella, debiendo siempre indicar que se trata de una copia, el nombre del autor, el título de la obra original y el nombre del autor.

---

<sup>143</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 82.

#### **2.3.2.4 LA FOTOGRAFÍA.**

La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, digital etc) utilizada para realizar la imagen.<sup>144</sup> Esta categoría de creaciones se encuentran mencionadas igualmente en el artículo 3° N° 7 de nuestra ley de derecho de autor como obras protegidas. Hoy en día es completamente aceptada la noción del valor artístico de la fotografía y del talento que aporta el fotógrafo en ella, siempre que reúna los requisitos de originalidad necesarios.

En algunas legislaciones se han establecido ciertos requisitos específicos que debe poseer la fotografía para poder ser considerada como objeto de derecho de autor. En Francia por ejemplo, se exige que la fotografía presente un valor artístico o documental, lo cual, a nuestro juicio, puede resultar llegar a ser difuso, pues dicha apreciación puede resultar de la observación subjetiva de determinada persona o entidad, dificultando la interpretación clara de dicha calidad.

---

<sup>144</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 83.

### **2.3.3 LAS OBRAS TEATRALES**

Las obras teatrales son todas aquellas que se encuentran destinadas a ser representadas en público y por ello que dentro de esta categoría se incluyan las obras dramáticas, dramático-musicales, las obras coreográficas y las pantomímicas. Nuestra ley 17.336 reconoce la protección de estas obras al señalarlas como creaciones protegidas en su artículo 3° N° 3, señalando un requisito especial para su tutela: el que su desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma. Esta exigencia llama la atención, toda vez que la regla general en materia de la propiedad intelectual es que el derecho de autor exista por el solo hecho de la creación, sin que sea necesario el cumplimiento de formalidad alguna. Este requisito estaría fundado y establecido particularmente para el caso de las obras pantomímicas y coreográficas, ya que este tipo de expresiones no son por lo general registradas de modo alguno, existiendo por lo tanto, una dificultad casi insalvable para poder probar la existencia de la obra.

En este tipo de obras, principalmente las dramáticas y dramático-musicales, existe una complejidad de elementos integrantes de las mismas, pertenecientes a diferentes áreas, como la iluminación, la música, el texto, la danza, la narración etc., de ahí que las diferentes legislaciones se remitan a la regulación de las obras en colaboración u obras colectivas para el caso de dichas creaciones.

Las coreografías y pantomimas, es el lenguaje corporal el medio de expresión de la representación escénica, protegiéndose en ambos casos la sucesión de gestos y movimientos realizados por el autor de ellas de manera armónica y predeterminada.

#### **2.3.4 OBRAS MUSICALES**

La música podríamos definirla como “*el arte de combinar los sonidos de la voz humana o de los instrumentos, o de unos y otros a la vez, conmoviendo la sensibilidad, ya sea alegre, o tristemente*”.<sup>145</sup> Las obras musicales se valen por lo tanto, de todo tipo de sonidos para llevar a cabo su expresión, bien sean sonidos instrumentales, de la naturaleza, de la voz o el cuerpo humano, producidos por animales, sonidos electrónicos o computacionales, es decir, quedan comprendidos los sonidos procedentes de toda fuente. La música posee tres elementos fundamentales que la componen, la melodía, la armonía y el ritmo. La *melodía* es aquella sucesión de relaciones sonoras o notas en un orden sucesivo. La *armonía*, por el contrario, es aquella superposición de sonidos simultáneos unos con otros. Por su parte, el *ritmo* se trata de aquella porción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente. En todos estos elementos mencionados y su combinación de unos con otros,

---

<sup>145</sup> Definición del Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, en : [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=musica](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=musica)



encontramos la originalidad de la obra, así como podemos hallar innovación esta característica en cada uno de sus elementos separadamente analizados. Tal originalidad no toma en cuenta el mérito artístico de la creación, como por ejemplo no corresponde el señalar que una canción carece de originalidad ya que es muy parecida a otra y evoca en la imaginación de un tercero el recuerdo de una canción similar, sin que ella necesariamente coincida en cuanto a la melodía, armonía o ritmo.

No obstante, la doctrina ha señalado que no se pueden otorgar derechos exclusivos sobre la armonía<sup>146</sup>, ya que los acordes sobre los cuales se trabajan las obras musicales se encuentran ya determinados y su número es limitado. Ante dicha aseveración, debemos señalar que no estamos de acuerdo, puesto que en ciertos estilos musicales existen creaciones cuya composición armónica resulta completamente original y no determinada con anterioridad, como sonidos creados por sistemas computacionales en la música electrónica o industrial, o bien sonidos de la naturaleza o del cuerpo humano utilizados en corrientes más alternativas.<sup>147</sup> Lo mismo se ha señalado respecto de la protección respecto del ritmo, lo cual no sería posible, toda vez que no existiría lógica al otorgar exclusividad sobre el *bolero*, la *samba*, el *bossa nova* por

---

<sup>146</sup>LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 74.

<sup>147</sup> En dicho sentido, es interesante mencionar el disco "*Medulla*" (2004, One Little Indian Records) de la artista islandesa Bjork, el cual en su totalidad, tanto las letras como las bases musicales, se encuentran realizadas por sonidos realizados con el cuerpo humano o trabajo de voces, con la completa ausencia de instrumentos.

ejemplo.<sup>148</sup> Ante ello, igualmente discrepamos, ya que si bien no se puede adquirir el dominio absoluto sobre un género musical (al igual como no se puede poseer la exclusividad sobre un género literario), la secuencia rítmica y su relación tiempo/movimiento musical, puede llegar a tener un grado de complejidad y originalidad sin que constituya necesariamente un género musical nuevo. Imaginémos la composición para batería de un tema (instrumento que generalmente lleva el pulso rítmico en las canciones), la sucesión de golpes en su caja puede ser tan característica y de tal novedad que perfectamente puede ser protegida por el derecho de autor sin que aquella secuencia sea considerada como un nuevo ritmo musical, pero que efectivamente sea resguardada ante un eventual plagio. La esencia de la protección de la obra musical en relación con el mérito de su originalidad, se encuentra en la consideración en conjunto de todos los elementos que la integran y que inciden en ella.

También es parte integrante de la obra musical, la letra en los casos que ella exista, siendo también protegida por el derecho de autor. No solo es relevante en cuanto a su contenido literario, si no que además, y creemos que más importante aún, en la forma en que ella es implementada en la canción, como por ejemplo de que qué modo se va desarrollando la voz, los tonos utilizados y sus variaciones, las velocidades e intensidad aplicadas, y en que

---

<sup>148</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 74.

partes de ella lleva la acentuación de las palabras, la cual puede variar respecto de su normal uso respecto del idioma en que se encuentra, con el fin de su sonido conjuntamente con la música sea coherente y armónico. La protección de las obras musicales con letra se encuentra regulada a propósito de las obras en colaboración, ya que existe más de un creador, el de la pieza musical y el de la letra, habiéndose ya analizado en su oportunidad este tipo de creaciones<sup>149</sup>.

Debemos recordar que cuando la obra musical consiste únicamente en un sonido proveniente de una máquina o de la naturaleza, sin que medie la intervención humana en su debida composición, o que aquella carezca de originalidad, ella no será protegida por el derecho de autor, quedando por el contrario, perfectamente protegida aquella creación que utiliza tales elementos como parte integrante de la pieza compuesta. Otro tanto ocurre con aquella obra en que el autor se limita a fijar un tema básico cuyo desarrollo se deja a la libertad del ejecutante, cuyo dilema encontraremos cuando debamos determinar si el artista ejecutante es al mismo tiempo de nueva obra producto de la improvisación en su ejecución.

Como hemos podido observar entonces, el requisito esencial para la protección de una obra musical es su originalidad, la cual puede expresarse, como ya lo señalamos, en la yuxtaposición de la armonía y el ritmo a una

---

<sup>149</sup> Capítulo I, 4.3.2. La Obra en Colaboración. P. 90

melodía particular, o de cualquiera de ellas independientemente. Pero muchas veces, es necesario de la opinión de un experto en música para poder determinar si existe o no originalidad en la creación de una obra determinada, puesto por lo general el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para poder revisar los diferentes elementos constitutivos de la pieza musical. Por lo enmarañado del tema, y la complicación en cuanto a su determinación, es que las legislaciones nacionales no dan una definición de obra musical. Nuestra ley de derecho de autor, ley 17.336 hace referencia a ellas en su artículo 3° N° 5, al señalar que se encuentran protegidas por la ley “*Las composiciones musicales, con o sin texto*”, señalándose en el mismo tenor su protección por las legislaciones extranjeras, sin que exista un pronunciamiento respecto de su definición.

### **2.3.1.5 OBRAS DEL FOLKLORE**

Las obras del folklore son aquellas que se transmiten de generación en generación, y que contribuyen a la formación de la identidad cultural de una nación de manera anónima y colectiva<sup>150</sup>. La UNESCO en la *Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular* de 1989 ha definido la cultura tradicional y popular como “*el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por*

---

<sup>150</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P. 24.

*individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes*<sup>151</sup>.

La regla general en las legislaciones latinoamericanas de derecho de autor, es que el uso de las obras del folklore (obras musicales por lo general) sea libre, y para que una obra inspirada en el folklore sea protegida, es necesario que el autor pruebe que ha realizado una obra original, incluyendo elementos propios y que impliquen una novedad originalidad en su creación.

Una de las primeras legislaciones en pronunciarse respecto del régimen aplicable a las obras folklóricas fue la de nuestro país, que en el año 1970 mediante la ley 17.336 señaló que pertenecen al patrimonio cultural común *“la obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico”*<sup>152</sup>. El Convenio de Berna por su parte, señala en su artículo 15.4, que aquellas obras no publicadas cuyo autor se desconoce

---

<sup>151</sup> Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, en La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura de 15 de Noviembre de 1989. En: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13141&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

<sup>152</sup> Artículo 11 letra b) Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual. “ de octubre de 1970

pero que se pueda suponer que él es nacional de un determinado país (en clara referencia a las obras folklóricas), el país puede designar autoridad competente que representará los derechos e intereses respecto de todos los demás países pertenecientes a la Unión. La UNESCO y la OMPI han establecido ciertas disposiciones,<sup>153</sup> que además de definir y delimitar las creaciones que se consideran como parte del patrimonio cultural común de una nación, han señalado que se considera como explotación ilícita cualquier utilización hecha fuera del contexto tradicional o acostumbrado, ya sea con o sin fin de lucro, sin contar con la autorización de la autoridad competente. No obstante, se pueden utilizar libremente este tipo de obras en los casos de actividades pedagógicas, utilización con fines ilustrativos, la toma de elementos del folklore para la creación de una obra original, o la utilización incidental. En nuestro país estas obras pertenecen al patrimonio cultural común, por lo que existe una libre disponibilidad de ellas, sin necesidad pago de remuneración alguna.

### **2.3.6 EL TÍTULO DE LA OBRA.**

El título es aquella parte de la obra que la individualiza y que evoca o sugiere el contenido de ella, de modo que evita su confusión con otras obras. El título forma parte integrante de la obra, por lo que el autor posee los mismos

---

<sup>153</sup> En este sentido, la UNESCO y la OMPI han elaborado el documento denominado “Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas”, publicado en 1985.

derechos sobre él que los que tiene sobre la obra propiamente tal. Nuestra legislación de propiedad intelectual así lo reconoce, al señalar en su artículo 4° que *“el título forma parte de ellas y deberá ser siempre mencionado junto con el nombre del autor cuando ella sea utilizada públicamente”*.

Por el hecho de ser parte integrante de la obra, es que el título no puede modificarse sin la autorización del propio autor, ya que ello afectaría su derecho moral de integridad. El título, al igual que el resto de los elementos constitutivos de la obra, puede ser objeto de actos jurídicos, de modo que el autor puede autorizar su uso por separado de la obra. Pero como toda obra protegida, debe contener un carácter ineludiblemente de originalidad, por lo que no todos los títulos se encuentran igualmente protegidos y sometidos al mismo régimen jurídico.

Existe la posibilidad, además, que el título de una obra sea protegido bajo el alero de la Propiedad Industrial como una Marca Comercial. En este sentido, el nombre de una obra es capaz de identificar a dicha creación como un producto comercial, permitiendo identificar una obra mediante su título dentro de un mercado cada vez más competitivo. Así por ejemplo, los productores de una obra cinematográfica pueden registrar el nombre de una película como marca comercial, para adquirir el derecho exclusivo de explotación de ella (siempre que dicha marca cumple con los requisitos de

distintividad requeridos para constituirse en tal). Por ejemplo, en nuestro país la marca “*Harry Potter And The Deathly Hallows*”<sup>154</sup>, se encuentra registrada en por el estudio cinematográfico Warner Bros. Entertainment Inc., en varias categorías, entre otras, para juguetes (clase 28), ropa (clase 25), productos de papelería (clase 16) y películas cinematográficas (clase 9), de modo de cubrir el más amplio espectro de explotación posible de la marca.

### **3. REGIMEN DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CREADAS POR LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS.**

Si bien nuestra legislación nos provee de un estatuto legal especial para la protección de las creaciones de la inteligencia humana, mediante la ley de propiedad intelectual, la ley 17.336 y el reglamento de la misma ley, existen otras normas de diversos rangos que vienen a hacer más rigurosa esta protección, como normas constitucionales, u otras de carácter legal contenidas en otras disposiciones.

Existen por lo demás, numerosos tratados internacionales que velan por la debida protección de las creaciones intelectuales en las diferentes legislaciones que los suscriben e incorporan.

---

<sup>154</sup> Este es el título en inglés para la séptima parte de la saga de películas basadas en los libros de la británica JK Rowling, “*Harry Potter y las Reliquias de la Muerte*”



## 3.1 PROTECCIÓN EN EL DERECHO CHILENO

### 3.1.1 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

A nivel constitucional, el artículo 19 N° 25 garantiza la propiedad de los autores sobre sus creaciones intelectuales. De esta forma, el texto fundamental asegura a las personas, solo por el tiempo señalado por la ley la protección de las obras intelectuales y artísticas de cualquier especie. La doctrina constitucional advierte la diferencia de este *tipo de propiedad* de carácter temporal y transitoria (ya que la constitución asegura la protección de los derechos de autor *por el tiempo que señale la ley*), en contraposición a la propiedad común que tiene el carácter de perpetua. Este artículo señala las facultades que comprende este derecho sobre las creaciones intelectuales, señalando que se incluyen la propiedad de las obras ("*o expresión patrimonial del derecho de autor*")<sup>155</sup> y los derechos morales de la obra.

Cabe destacar que el N° 24 del señalado artículo 19 de nuestra carta fundamental es también aplicable, y en consecuencia únicamente es la ley la que puede establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad sobre las creaciones del intelecto, así como establecer las limitaciones y obligaciones que emanen de su función social. Del mismo modo

---

<sup>155</sup> Según lo señalado por el comisionado Evans de la Cuadra en la Comisión de Estudio, citado por don Mario Verdugo Marinkovik en "Derecho Constitucional, Tomo I", 2002, p. 325.

se puede interpretar esta norma en el sentido de que nadie puede ser privado de su propiedad intelectual, del bien sobre el que recae o de alguno de sus atributos, si no en virtud de una ley general que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador, y en cuyo caso, tendrá siempre derecho a indemnización.

### **3.1.2 PROTECCIÓN DE RANGO LEGAL.**

#### **3.1.2.1 NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL.**

Nuestro Código Civil señala que el dominio es un derecho sobre una *cosa corporal*, como lo estipula el artículo 582, pero se establece a continuación, que sobre las cosas incorpóreas existe también una *especie de propiedad* (artículo 583). Posteriormente alude directamente a los derechos existentes sobre las obras fruto del intelecto humano, ya que el artículo 584 señala que: “*Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales*”. El sentido en que don Andrés Bello se pronunció al utilizar la expresión “*especie de propiedad*” para referirse a los derechos existentes sobre las creaciones del intelecto no es claro. La doctrina ha encontrado dos acepciones respecto de esta expresión. Una de ellas se refiere a que el Código hace alusión a que esta especie de propiedad vendría a ser parte de una categoría más amplia,

poseyendo propiedades comunes al dominio propiamente tal, pero más restringida. Otra forma de entender esta expresión se dice en un significado de semejanza o apariencia de propiedad. Don Arturo Alessandri Rodriguez considera que el Código utiliza el concepto en cuestión hace referencia a que existe un tipo de propiedad sobre los bienes incorporeales parecido o semejante, más no idéntico, al que se tiene sobre los bienes corporales, ya que no es posible subsumir todas las cualidades, atributos y modos de adquirir aplicables a la propiedad tradicionalmente entendida<sup>156</sup>.

Otras normas civiles aplicables a las creaciones artísticas son aquellas que dicen relación con el arrendamiento de servicios inmateriales. El artículo 2006 del Código Civil establece que las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia, como una obra literaria, se sujetarán a la reglamentación de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002 del Código, las cuales se encuentran dentro de las normas de los contratos para la confección de una obra material, las que establecen reglas respecto del precio pactado por la realización de la obra, y la reclamación de perjuicios cuando por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido o se haya retardado su ejecución. Se aplican también los artículos 2007 a 2011 del Código en lo que dice relación a la prestación de servicios inmateriales, como la de los escritores asalariados prensa, cuando su labor consiste en una larga serie de actos. Sin embargo estas normas acerca del

---

<sup>156</sup> Vid. Supra. Cap II, 1.2.

arrendamiento de servicios inmateriales no se refieren a la protección de las obras del intelecto humano sino que a un especial tipo de contrato que, en cuanto a sus efectos, puede contener una prestación (obligación de hacer) que podría llegar a convertirse en una obra del intelecto, y en ese momento se le aplicarían las normas pertinentes, en especial la ley 17.336.

### **3.1.2.2 SANCIONES PENALES**

Nuestra ley de propiedad intelectual ha establecido algunas sanciones de carácter pecuniario ante las infracciones al derecho de autor. Así lo dispone por ejemplo, el artículo 78 de la ley 17.336, que señala, de manera general, una multa de 5 a 50 UTM a la infracción de alguna norma de la ley o del reglamento.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que *“comete falta o delito contra la propiedad intelectual:*

*a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.*

*b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II.*

- c) *El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución.*
- d) *El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50.*
- e) *El que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrare derechos u otorgase licencias respecto de obras o de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren protegidos*<sup>157</sup>.

De la misma forma, se tipifica como infracción a la propiedad intelectual “*El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto*”<sup>158</sup>, para cuya infracción se establece una multa de 10 a 1.00 UTM

Así mismo, se tipifican en la misma ley de propiedad intelectual ciertos delitos en los que se incurren contra el derecho de autor, señalándose que estos delitos serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y una multa de 5 a 50 UTM. Incurren en estos delitos:

- “a) *El que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor.*

---

<sup>157</sup> Artículo 79 de la ley 17.336. Chile. Ley de propiedad Intelectual.

<sup>158</sup> Artículo 79 bis de la ley 17.336. Chile. Ley de propiedad Intelectual

- b) *El que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común.*
- c) *El que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas.”<sup>159</sup>*

De la misma forma, señala el artículo 84 de la ley de propiedad intelectual que incurrirá en responsabilidad civil quien:

- “a) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos.*
- b) Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*
- c) Distribuya o importe para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización”*

Existe la posibilidad, además, que el tribunal ordene, a petición de aquel que se encuentra perjudicado por la infracción, que se publique la sentencia que lo condena en un diario que éste Desire, a costa del infractor. Existe por lo demás, una acción popular para denunciar estos delitos contra la propiedad

---

<sup>159</sup> Ley 17.336 de propiedad intelectual, artículo 79.

intelectual, en cuyo caso, el denunciante tendrá derecho a percibir la mitad de la multa respectiva.

### **3.2. PROTECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL**

El derecho internacional ha procurado que la protección de las obras de los artistas sea efectiva no sólo dentro de las fronteras del país en la cual estas fueron creadas, sino que asimismo en el extranjero. En un principio, para lograr este objetivo, operó entre los diferentes estados, un principio de reciprocidad, protegiendo las creaciones mediante tratados bilaterales. Esta situación se presentó en Europa en el siglo XIX. Sin embargo, en virtud de la internacionalización del mercado musical, cinematográfico, literario, y artístico en general, y ante la ineficacia del sistema de reconocimiento recíproco a través de acuerdos bilaterales, fue necesario implementar una regulación más homogénea que implicara una más amplia y fácil protección mediante convenciones internacionales multilaterales. El primero de ellos fue el Convenio de Berna para la Protección de las obras Literarias y Artísticas de 9 de Septiembre de 1886. Este convenio, que recién fue ratificado por nuestro país el 3 de Abril de 1975, siendo publicado en el diario oficial el 5 de Junio del mismo año, es el más importante y más antiguo en la materia, estableciendo los principios que regirán a las legislaciones de los países miembros que suscriben el convenio en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual. No

obstante, Chile ya había adherido anteriormente, en 1955, a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, aprobada en Ginebra en 1952.

Otros tratados suscritos por nuestro país en la materia, son la Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, firmada el 26 de Octubre de 1961, y promulgada por Chile el 16 de julio de 1974. La Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de 1945, el cual entró en vigencia en nuestro país en 1955. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aprobado en Ginebra en 1996, e incorporado por nuestro país en 2003. Además el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y publicada en el Diario Oficial de nuestro país el 27 de mayo de 1989.

Otros acuerdos que han regulado la materia, son el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, ambos de 2009, que entre otros aspectos, llevó a aumentar el plazo de protección de las creaciones artísticas de 50 a 70 años.

De gran importancia es también en Chile el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio



(Acuerdo ADPIC), el cual fue suscrito en 1994 como anexo del “Acuerdo de Marrakech”, que crea la Organización Mundial de Comercio, el cual entró en vigencia en nuestro país en el mes de mayo de 1995. La importancia de este tratado radica en el establecimiento de un nivel de protección de la propiedad intelectual, a nivel global, ya que fue aceptado por casi la totalidad de los países del orbe, y que abarca una amplia gama de derechos, tanto de propiedad intelectual como de propiedad industrial.

### **3.3 DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN.**

Como hemos mencionado anteriormente, la protección que el derecho le otorga al autor respecto de su obra es de un plazo limitado, por lo que en algún momento ella pasa a ser parte del patrimonio colectivo común de la sociedad toda, pudiendo ser utilizada libremente sin que se requiera autorización alguna por parte de los titulares de sus derechos.

En nuestra legislación, el plazo de protección por regla general se extiende durante toda la vida del autor, hasta 70 años más contados desde la fecha de su fallecimiento, no obstante que el Convenio de Berna establezca como plazo de protección *post mortem* el de 50 años contados desde la muerte del autor, ya que este lo establece como plazo mínimo de tutela. Nuestro país amplió dicho plazo de 50 a 70 años en virtud de las obligaciones contraídas en

el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en el año 2003. Prevé además la ley, que en el caso de que a la fecha de expiración de este plazo existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o que se encuentran afectadas por una imposibilidad para realizar todo género de trabajos, el plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes<sup>160</sup>. El inconveniente que plantea este tipo de extensiones de la protección más allá del plazo establecido como regla general a favor de ciertas personas, radica en la falta de certeza respecto del tiempo de duración real del derecho, y más aún en el caso de nuestro país, en el que se debe averiguar incluso las circunstancias personales de los herederos para comprender si dicha obra se encuentra en el dominio público o no.

Los plazos señalados son establecidos de manera general, y son aplicados a las obras realizadas por un solo autor y divulgadas durante la vida de este. No obstante, existen situaciones excepcionales en las que, las reglas a aplicar son diferentes: en el caso de las obras en colaboración, por ejemplo, el plazo de setenta años comenzará a correr desde la muerte del último de los coautores que quedase vivo.<sup>161</sup>

Por otro lado, la ley también prevé una reglamentación especial para el caso de las obras anónimas o publicadas bajo seudónimos. Nuestro país estima

---

<sup>160</sup> Artículo 10 de la ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. De 2 de octubre de 1970.

<sup>161</sup> Artículo 12 de la ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. De 2 de octubre de 1970.

que la protección de dichas obras durará por el plazo de setenta años contados desde la primera publicación, pero si el autor se da a conocer antes de dicho plazo, la protección durará conforme a lo establecido para las obras de autor individual y conocido.

### **3.4 CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN.**

La obra es el elemento central de de la protección del derecho de autor, ya que a través de ella perdura la creatividad y el reflejo de la personalidad del creador. Es por ello que la legislación prevé el mayor de los resguardos ante la posibilidad del autor de percibir beneficios económicos por la explotación de su creación, su relación personal con ella y su utilización.

Consecuencia de lo anterior es que el derecho de autor, como herramienta de protección de las creaciones intelectuales, se encuentre integrado por facultades de carácter personal que rigen la relación autor/obra, lo que conocemos como derecho moral. Por otro lado, encontramos facultades del orden patrimonial, que le aseguran al autor efectuar la explotación económica de su obra, o que autorice a otros su realización. Así, podemos decir que el derecho de autor se encuentra compuesto por los derechos morales, derechos patrimoniales y derechos conexos.

## **4. DERECHOS QUE OTORGA LA OBRA, CONTRATACIÓN Y EXPLOTACIÓN**

Como ya hemos señalado, la obra otorga a su autor ciertos derechos por su labor creativa, los cuales comprenden facultades de índole moral junto a otras de carácter patrimonial, los cuales pueden ser explotados y utilizados de diversas formas, las cuales analizaremos a continuación.

### **4.1 DERECHOS DE LOS TITULARES DE LAS OBRAS**

#### **4.1.1 DERECHOS PATRIMONIALES**

El derecho de autor, como lo señalamos anteriormente, comprende tanto derechos patrimoniales como derechos morales, como se estipula en el artículo 1º de la Ley de Propiedad Intelectual. Nuestra legislación se encuentra enmarcada dentro de la tendencia denominada *teoría dualista*, la cual divide las facultades que posee el autor de la obra en dos clases de derechos, uno de carácter moral o espiritual, y otro de carácter netamente patrimonial, los cuales, según los partidarios de esta corriente doctrinaria, tienen esferas de aplicación diferenciadas, nacen en diferentes momentos y se extinguen separadamente<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Buenos Aires, UNESCO, 1993. P. 153

Los derechos del autor frente a su obra, como se explicó, son de variada naturaleza. En este sentido, analizaremos en profundidad aquellos que devienen en ventajas directas a su patrimonio. Estos derechos consisten en la facultad de poder explotar comercialmente su obra y generar réditos económicos que impulsen tanto al mismo creador como a otros a seguir innovando y realizando nuevas invenciones.

En la corriente jurídica que se encuentra inmersa nuestra legislación, concepción latina, los derechos patrimoniales del creador resultan ser ilimitados, no encontrándose sujetos a *numerus clausus*, pudiendo ser tantos como formas de utilización de la obra sean posibles concebir, y no conociendo más excepciones que aquellas establecidas por la ley, pues las limitaciones, por el contrario, sí son específicas, a diferencia de lo que ocurre con los derechos, que poseen un reconocimiento de carácter genérico.<sup>163</sup>

Entendemos como derechos patrimoniales todas las posibilidades de disfrute económico derivadas de la explotación de la obra<sup>164</sup>. Dentro de estos derechos patrimoniales, parte de la doctrina, como el profesor español don Rodrigo Bercovitz, ha señalado que podemos encontrar dos categorías de facultades, los “*derechos exclusivos*” y los “*derechos de simple remuneración*”. Dentro de los primeros, los partidarios de esta distinción, señalan que se

---

<sup>163</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 51.

<sup>164</sup> BERCOVITZ, Rodrigo y otros. “Manual de propiedad intelectual”, Valencia, España, 2003. P. 85.

encuentran: el derecho de reproducción, de distribución, comunicación pública y transformación. Por su parte, dentro de los denominados derechos patrimoniales de simple remuneración, encontramos el derecho de participación, y en alguna medida el derecho de compensación por copia privada. La gran diferencia entre ambos tipos de derechos patrimoniales, fundamento de esta distinción, radica en que los derechos patrimoniales exclusivos conllevan una mayor ligación con los derechos morales o el aspecto personal de el autor, ya que el creador o su heredero es el que decide quién puede utilizar la obra bajo estos derechos de reproducción, distribución pública, distribución y comunicación, controlando de este modo la forma y calidad que se le dará a la difusión de su obra. Lo anterior, no ocurre en el caso de los derechos patrimoniales de simple remuneración, que solo poseen un componente económico, ya que el autor no podrá impedir el uso de su obra en estos casos. Todo lo contrario, solo en el caso de que éstas sean utilizadas, podrá cobrar por su uso.

Los derechos patrimoniales que dispone el autor son ilimitados, sin perjuicio de que las legislaciones han optado por mencionarlos detalladamente. Por ejemplo, nuestra ley de Propiedad Intelectual señala en su artículo 17 de manera genérica las facultades patrimoniales del autor como “...*las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente,*

*sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros.*<sup>165</sup>”, haciendo hincapié en su artículo siguiente acerca de los derechos patrimoniales detalladamente enunciados, como los derechos de publicación, de reproducción, adaptación y ejecución<sup>166</sup>. Mientras la propia ley no establezca expresamente determinada limitación para los derechos patrimoniales, el derecho exclusivo del autor comprenderá toda forma de utilización de la obra. Teniendo aquello en cuenta, la doctrina ha desarrollado de manera más prolífica los derechos de reproducción, el derecho de comunicación pública, el derecho de transformación, el derecho de participación y el derecho de distribución.

#### **4.1.1.1 DERECHO DE REPRODUCCIÓN**

El derecho de reproducción es la facultad que tiene el autor de la obra para explotarla, en cualquiera sea su forma, mediante su fijación en

---

<sup>165</sup> Artículo 17 de la Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970

<sup>166</sup> Artículo 18 de la Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual, de 2 de Octubre de 1970:

Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

- a) Publicarla mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro;
- b) Reproducirla por cualquier procedimiento;
- c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquiera otra forma que extraña una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, y
- d) Ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizado en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio.

cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o parte de ella<sup>167</sup>.

El artículo 5° letra u) de nuestra legislación de propiedad intelectual define la reproducción como: *“ la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”*<sup>168</sup>

Por su parte, la ley española de propiedad intelectual define el derecho de reproducción como *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*<sup>169</sup>.

Así, deberemos entender a la reproducción como la realización de uno o más ejemplares de una obra, o de partes de ella, en cualquier forma material. Este derecho de reproducción conlleva la facultad que tiene el titular para producir ejemplares y copias de la misma, con la salvedad respecto del concepto esbozado, que hoy en día y producto del avance tecnológico, se ha ido modificando la definición, incluyéndose dentro del concepto de reproducción, entre otras, las copias digitales de la obra en la memoria de un

---

<sup>167</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.*P. 179

<sup>168</sup> Artículo 5° letra u) de la ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. De 2 de octubre de 1970.

<sup>169</sup> Artículo 8° Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual..



computador, por ejemplo. El derecho de reproducción comprende además, la edición, por medio de la imprenta u otro procedimiento en el caso de las artes plásticas o gráficas. Incluye además la reproducción mecánica, en forma de grabaciones sonoras (fonogramas) y de fijaciones audiovisuales. También comprende la reproducción reprográfica o de fotocopias de escritos y obras gráficas en cualquier tamaño y forma. Conforme a la evolución tecnológica, podemos comprender dentro del concepto de reproducción, además, a la inclusión de una obra o parte de ella en un sistema de ordenador (o programa de computación), sea en su unidad interna o en su unidad de almacenamiento externo, ya que la OMPI señala que *“es indiferente que la obra pueda ser disfrutada por seres humanos sin la utilización de equipos, o que no pueda ser utilizado por los humanos sin equipos adecuados”*<sup>170</sup>, como es el supuesto de una obra almacenada en un sistema de ordenador. Siendo así, éste caso se consideraría una forma de reproducción según los criterios del Convenio de Berna.

El derecho de reproducción no solo cubrirá la explotación de la obra en tanto protección de su forma original, si no que, a la vez, comprenderá las transformaciones de que ésta pueda ser objeto. De esta manera, para reproducir una adaptación, una traducción o un arreglo será necesario contar con la autorización del autor de la obra original.

---

<sup>170</sup> *Comentarios al “Proyecto de disposiciones Tipo para Leyes de Materia de Derecho de autor de la OMPI”*, del 11 de agosto de 1989..

#### 4.1.1.2 DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Comunicación Pública de una obra es *“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”*.<sup>171</sup> Comprendemos acá el primer rasgo distintivo respecto del derecho de reproducción, ya que no nos enfrentamos a una publicación donde exista un soporte material, si no que, al contrario, debemos estar en ausencia de estos para efectos de aplicar este derecho.

La ley de Propiedad Intelectual chilena, en su artículo 5º letra v), la define como *“todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Resulta curioso, al menos en principio, observar la capacidad del legislador en esta materia de adelantarse a los avances tecnológicos,

---

<sup>171</sup> *Ibid.* P.183.

comprendiendo al derecho como una institución que debe cambiar y que evoluciona (o involuciona, dependiendo del punto de vista o los factores históricos que se aprecien), cuando señala un procedimiento “*actualmente conocido o que se conozca en el futuro*”. Haciéndole un espacio a la imaginación, podríamos pensar en sistemas holográficos o de comunicación a larga distancia, que quedarían comprendidos dentro de ésta protección patrimonial al autor producto del carácter público de la comunicación.

El contenido “*público*” de una comunicación, por su parte, quedará sujeto a la casuística, aunque el análisis de la delimitación público-privado debiese dar en sí para un texto completo que se ocupe de resolverlo, con las consecuencias patrimoniales lógicas para el autor. Al respecto, Lipszyc señala que “*la comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*”.<sup>172</sup> El artículo 47 de la ley de Propiedad Intelectual, señala que “*para los efectos de la presente ley no se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que ésta utilización se efectúe sin ánimo de lucro. En estos casos no se requiere remunerar al autor, ni obtener su*

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, P. 183.

*autorización*". Como se ve, no nos corresponde hacer una delimitación mayor por lo extenso e intrincado del tema.

El derecho de comunicación pública cubre tanto aquellas que sean "*directas*" (o en vivo) como las "*indirectas*" (las realizadas con ayuda de fijaciones tales como discos o cintas serían un ejemplo, o a través de agentes difusores, de radio, televisión o cable).

En la especie, significa que por vías anexas una obra, pensada para un determinado público, llega a un número de gente indeterminada y masiva que no era para el que primigeniamente estaba pensado. Para efectos de facilitar las cosas, pongamos un ejemplo. El creador de una obra teatral realiza su pieza pensando en un grupo reducido de personas, tales como los espectadores que concurrirán al teatro a verla. Pensemos que esta representación es grabada y emitida por un canal de televisión. Ya se amplía el espectro de posibles "consumidores" de la obra. Sumémosle a esto que, además, dicha grabación es subida a una plataforma de Internet que permita ver videos. Aquí derechamente el público se vuelve mayor, pensando en que todo aquel que tenga un computador conectado a la red podrá llegar a verla en cualquier parte del mundo. De esta forma, el público se amplía sucesivamente. En este sentido, Lipszyc señala que "*cada acto por el cual la obra llega a un "público nuevo", distinto del previsto en la contratación originaria, constituye una nueva*

*comunicación pública y está sujeto a la necesidad de previa autorización y al pago de una remuneración diferenciada*<sup>173</sup>. Esto debido a que esta posibilidad de difundir una obra ante un público mayor al estipulado en un principio, de modo que las condiciones económicas y jurídicas del negocio se ven alteradas sustancialmente para las partes. Además, tiene para el autor consecuencias ulteriores quizás aún más importantes, ya que esta masificación de la obra podría, incluso, privarlo de la posibilidad celebrar posteriormente nuevos contratos respecto de su creación, pues la obra ya estará difundida entre el público.<sup>174</sup>

Solo para mencionar algunas formas de comunicación pública, podemos nombrar:<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> *Ibid.* P. 184.

<sup>174</sup> Esto en la vida actual es prácticamente letra muerta en la mayor parte de las plataformas de comunicación. Por ejemplo, en televisión, es común que los canales repitan indiscriminadamente rutinas de humoristas o presentaciones musicales por las cuales se les pagó un contrato. Esta constante repetición priva de novedad sus libretos, lo que los inhabilita para volver a presentarlas en espectáculos menores, toda vez que ya son conocidas para el público en general. Al no mediar autorización previa, los autores o creadores rara vez tienen derecho a cobrar por su participación en las retransmisiones que hacen los canales, con el consecuente perjuicio económico. En Internet el tema es aún peor, pues sus actuaciones o creaciones son “subidas” indiscriminadamente a la red, sin autorización previa ni pago de derecho remuneratorio alguno. No obstante, el beneficio en éste caso es indirecto, pues la mayor exposición pública muchas veces aumenta su popularidad, lo que les asegura una mayor cobertura en el futuro

<sup>175</sup> En este gráfico volveremos a utilizar el esquema dado por la profesora Delia Lipszyc en su obra (Op.Cit., pp 185-211).

Por su parte la legislación española del ramo señala que especialmente, son actos de comunicación pública (artículo 20.2 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.):

- a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.
- d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras,

A. Exposición de obras artísticas o de sus reproducciones: La comunicación de las obras expuestas se hará frente a un público presente. Comprenderá tanto la presentación en forma directa del o los ejemplares originales de la obra, o en forma indirecta cuando se hace lo mismo pero por medio de películas, diapositivas o imágenes, siempre que esta exhibición no constituya una obra audiovisual en si misma, la que se encuentra en otra clasificación.

B. Representación y ejecución pública: Puede ser de dos tipos:

a) Directas: Entre estas encontramos las representaciones escénicas de obras dramáticas; las recitaciones y lecturas de obras literarias; las disertaciones, conferencias, alocuciones, sermones, clases o explicaciones pedagógicas, y las ejecuciones de obras musicales no dramáticas. El denominador común de este tipo de comunicaciones públicas es que esta debe ser realizada por medio de intérpretes o ejecutantes, “en vivo” y en forma directa al público.

---

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.

b) Indirectas: Podemos mencionar a la ejecución pública por medios mecánicos de obras no dramáticas; la emisión o transmisión en un lugar accesible al público (como un bar por ejemplo) de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable, y la comunicación, en un lugar accesible al público, de la fijación de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable.

Su carácter “indirecto”, al revés de los casos anteriores, se desprende de la necesidad de que la comunicación al público se haga a través de soportes materiales, o de agentes de difusión, como son las compañías de cable o teleoperadoras. Se caracteriza, entonces, por la existencia de elementos de carácter material (soporte material o agente de difusión), así como por la simultaneidad con que estas comunicaciones públicas pueden realizarse.

C. Proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales: Aquí se comprenden tanto las formas tradicionales de proyección, como el cine, por ejemplo, hasta las más modernas exhibiciones a público, como un video-bar. El rasgo distintivo es que se debe realizar mediante un agente de difusión (en este caso será un organismo de radiodifusión o una empresa de distribución por cable) y frente a un público que se encontrará presente.

D. Radiodifusión, comunicación pública por satélite y distribución por cable:

La legislación española de derecho de autor la define como *“el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación”*

E. Comunicación pública de obras por servicios telemáticos: Este es el caso del acceso público a bases de datos de computador por medio de la telecomunicación.

#### **4.1.1.3 DERECHO DE TRANSFORMACIÓN**

Este tema fue más extensamente tratado en el Capítulo I a propósito del autor como titular de derechos. Acá solo nos queda recordar que la doctrina lo ha definido como *“la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones,*



*antologías, etcétera.*<sup>176</sup> Por su parte, nuestra ley define la Transformación como “*todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente*”<sup>177</sup>.

#### **4.1.2. LIMITACIONES DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES**

Al contrario de lo que se ha hablado hasta ahora, existen determinados casos en los cuales se restringe el derecho absoluto que posee el titular de la obra a su utilización económica. Ya sea por fines educativos o de política social lo cierto es que en última instancia, estas excepciones o limitaciones encuentran su fundamento en beneficiar al público y a la comunidad en general, los destinatarios finales de las obras. Ya se encargó el legislador de proteger al autor y a sus causahabientes. Ahora por ésta vía se encarga de cautelar los intereses de toda la sociedad para contar, al menos en estos casos, con la posibilidad de tener acceso a las creaciones y disfrutarlas.

Estas limitaciones, como ha de suponerse, están sujetas a *numerus clausus*. “No afectan el derecho moral del autor (solo restringen sus derechos patrimoniales –sus facultades exclusivas de explotación de la obra-), razón por la cual solo se pueden aplicar *después de la primera publicación de la obra*

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, p.212.

<sup>177</sup> Artículo 5°, letra w), Ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. De 2 de octubre de 2011..

*realizada con autorización del autor (es decir, luego que este ha ejercido su derecho moral de divulgación), se debe mencionar el nombre del autor y la fuente y no se pueden introducir modificaciones”.*<sup>178</sup>

En general, nos encontramos con dos grandes limitaciones. Por una parte, las que autorizan la *utilización libre y gratuita*, y por otro lado, las que están *sujetas a algún tipo de remuneración*. En este último caso hablaremos de *licencias no voluntarias*, que a su vez pueden ser licencias legales o licencias obligatorias.

### I. Utilizaciones libres y gratuitas

Estas utilizaciones deben estar siempre sometidas al cumplimiento de condiciones fijadas por la ley. Su uso sólo podrá realizarse dentro de los límites mismos de la excepción, debiendo el usuario mencionar siempre el nombre del autor, el título de la obra, la fuente, y en general, retratarla de manera íntegra, de manera tal que se evite realizar modificaciones a la misma que no estén autorizadas. Entre estas encontramos:

a) La copia privada. El uso personal: La primera se refiere a la reproducción de *un solo ejemplar*, de fragmentos o determinadas obras aisladas de un autor, *exclusivamente* para el uso personal del copista. Ejemplos de esto

---

<sup>178</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.219.

pueden ser fines de docencia o esparcimiento (como el que pinta en su casa un cuadro famoso en sus tiempos libres). *“El uso personal, que además de la reproducción puede comprender una transformación (traducción, adaptación, arreglo, etc) de una obra protegida, implica que el ejemplar producido es para utilización exclusiva del copista, que este es una persona física y que la copia no saldrá de su ámbito personal, es decir, que no se usará en forma colectiva ni se pondrá en circulación, con o sin fines de lucro”*.<sup>179</sup>

b) El uso para fines educativos: Por ejemplo, cuando se utilizan ilustraciones en algunos libros para estos fines, se debe señalar la fuente y el nombre del autor. Lo mismo ocurre con los libros de enseñanza, que necesitan reproducir trozos de cuentos, novelas o antologías, para propender a educar a los alumnos, o en la representación de obras escolares. Claramente en todos estos casos, siempre que sean realizadas de acuerdo a los *“usos honrados”*<sup>180</sup>, *“usos justos”* o *“fair use”*, nos encontraremos con una limitación al derecho de autor por cuanto los fines más trascendentes, esto es, la educación o la cultura, superan el mero aspecto patrimonial, y pueden ser gozados por todos. Algo de esto encontramos en el artículo 47 de la ley 17.336 ya citado, que señala *“...no*

---

<sup>179</sup> *Ibid.* P.222.

<sup>180</sup> El concepto de los “usos honrados” se señala, entre otros, en el Convenio de Berna: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los *usos honrados*.”(Acta de París, 1971, art. 10, &2). Manifiesta la idea de que el uso de esta autorización no debe entrar nunca en conflicto con la explotación normal de la obra que se va a utilizar, y a su vez, no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

*se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que ésta utilización se efectúe sin ánimo de lucro...*

c) El derecho de cita: Es la más universal y aceptada de las limitaciones al derecho de autor. Se define cita como *“un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna”*.<sup>181</sup> Esto se encuentra regulado en nuestro país por la ley 17.336 y su reglamento. El artículo 71 B de la ley de Propiedad Intelectual, modificada por la ley 20.435 de mayo del año 2010, señala: *“Es lícita la inclusión en una obra sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor. ,”*. A su vez, el artículo 6º del reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, correspondiente al DL 1.122, ahonda estos términos y establece que *“ Se entiende por fragmento, para los efectos de lo prescrito en el artículo 38º de la ley, la reproducción de un párrafo de una obra literaria manuscrita o dactilográfica que no exceda de 10 (diez) líneas, y siempre que esto se realice con fines culturales, científicos o*

---

<sup>181</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.231.

*didácticos, debiendo mencionarse su fuente, título de la obra y nombre del autor. Se entiende con fines culturales, científicos o didácticos toda reproducción sin fines de lucro*<sup>182</sup>. Como en los casos anteriores, deberá indicarse tanto la fuente de la cita y el autor de la obra citada, a fin de que se respete el derecho moral del autor y de que no se confunda, por un lado, la opinión del autor, con la de , por otra parte, quien cita.

d) El uso para información: Estas, al igual que el derecho de cita, son ampliamente aceptadas por las legislaciones. Se pueden referir tanto a reseñas de prensa, discursos, obras implicadas en acontecimientos públicos (por ejemplo, si durante un desfile se tocan ciertas melodías o piezas musicales, no habrá que pedirle autorización al creador de la obra, gracias a esta excepción) o retratos. En general, en todos estos casos, dados los fines no comerciales y generalmente informativos, de un notorio interés público, se acepta un régimen de excepcionalidad con relación a los derechos patrimoniales, exigiéndose, solo en ciertos casos, la indicación del autor y la fuente, encontrando su fundamento en la libertad y accesibilidad a la información.

e) El uso para procesos legales: Algunas legislaciones, como la española o la italiana, consideran dentro de este contexto de utilización libre y gratuita, la reproducción de obras como consecuencia o para constancia en

---

<sup>182</sup> Esta norma corresponde al reglamento que complementaba la Ley 17.336, el cual se encuentra actualmente derogado, en virtud de la dictación de la Ley 20.435, que viene a modificar el texto de la Ley de Propiedad intelectual. A la fecha, aún no se ha dictado un reglamento para el nuevo texto de la Ley 17.336.

procesos judiciales y administrativos, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor. El Artículo 71 s) de nuestra Ley de Propiedad Intelectual señala: “*Se podrá, sin requerir autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, reproducir o comunicar al público una obra para la realización de actuaciones judiciales, administrativas y legislativas*”.

f) Otros casos: Dentro de una amplia variedad de ejemplos donde las legislaciones autorizan la utilización libre y gratuita, nos encontramos con casos de *fijaciones efímeras* (o aquellas que realizan los organismos de radiodifusión con el único fin de facilitar la programación de sus emisiones, como el cierre de transmisiones o la apertura de estas, si ponen música o alguna imagen destacada), *razones de índole humanitaria* (como las reproducciones de libros en sistema braille y sin fines de lucro, como los libros para ciegos)<sup>183</sup>, *obras artísticas situadas en lugares públicos*<sup>184</sup>, *la ejecución de música grabada y la recepción de transmisiones de radiodifusión en los comercios del ramo con fines de demostración* (como las películas que se exhiben en los DVDs de las casas comerciales para que los clientes observen las bondades de los plasmas que van a adquirir, el sonido, los colores, la

---

<sup>183</sup> El artículo 71 C de la ley 17.336 señala: “Es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del titular, todo acto de reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público, de una obra lícitamente publicada, que se realice en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva, o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra, siempre que dicha utilización guarde relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad y sin fines comerciales”.

<sup>184</sup> El artículo 71 F inciso segundo de la Ley 17.336 señala: “Asimismo, la reproducción mediante la fotografía, el dibujo o cualquier otro procedimiento, de monumentos, estatuas y, en general, las obras artísticas que adornan permanentemente plazas, avenidas y lugares públicos, es libre y no está sujeta a remuneración, siendo lícita la publicación y venta de las reproducciones”

resolución, etc)<sup>185</sup>, las *paráfrasis y parodias*<sup>186</sup>, los *catálogos ilustrados*, las *representaciones privadas y gratuitas*, y, finalmente, las *ejecuciones por determinados organismos del Estado* (como las piezas musicales que toca el orfeón de carabineros en la plaza de armas: puede tocar desde “inti- Illimani” a Mozart, autorizándosele a utilizarlas gratuitamente en la medida en que la concurrencia del público tenga el mismo carácter).

## II. Utilizaciones sujetas a remuneración: las licencias no voluntarias

El sistema de licencias no voluntarias, tanto de aquellas obligatorias como de las legales, constituyen un caso excepcionalísimo en las distintas legislaciones. Solo se aceptan en la medida en que se haga imprescindible conservar el acceso a las obras y a su adecuada difusión.

A diferencia del primer tipo de utilización, en los supuestos de licencias no voluntarias la utilización de las obras será libre -no obstante sujetarse a veces a cierto tipo de formalidades- pero sujeta a remuneración, equilibrando tanto las

---

<sup>185</sup> El artículo 71 E de la ley 17.336 señala: “En los establecimientos comerciales en que se expongan y vendan instrumentos musicales, aparatos de radio o televisión o cualquier equipo que permita la emisión de sonidos o imágenes, podrán utilizarse libremente y sin pago de remuneración, obras o fonogramas, con el exclusivo objeto de efectuar demostraciones a la clientela, siempre que éstas se realicen dentro del propio local o de la sección del establecimiento destinada a este objeto y en condiciones que eviten su difusión al exterior”

<sup>186</sup> El artículo 71 P de la ley 17.336 señala: “Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete”.

necesidades del público de acceder a las obras, como del autor de satisfacer sus necesidades.

Estas licencias no voluntarias confieren únicamente un derecho no exclusivo, el cual no se pueden ceder, además que no deben lesionar el derecho moral del autor y deben asegurar el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa mediante la fijación de tarifas, circunscribiendo sus efectos al país que los ha establecido. Se comprenden entre ellos casos de *remuneración por copia privada, licencias no voluntarias para reproducción mecánica y licencias no voluntarias para radiodifusión y para distribución por cable de programas radiodifundidos*. Si bien el Convenio de Berna faculta a las diversas legislaciones miembros del tratado la inclusión de Licencias No Voluntarias, en nuestro país no tienen aplicación.

#### **4.1.3 DERECHOS MORALES**

Estos derechos morales fueron tratados extensamente en el capítulo I<sup>187</sup>. Para meros efectos referenciales, y sistematizarlos dentro del contexto en que nos encontramos, podríamos recordar que la función inherente del derecho moral es proteger al autor en relación a su obra. Los derechos patrimoniales recién mencionados tienen como fin regular la obtención o distribución del

---

<sup>187</sup> Capítulo I, 4.1.2.1. El Derecho Moral. Pág 39.



beneficio económico que lógicamente trae aparejada la creación de una obra. Al contrario de esto, los derechos morales dicen relación con una protección ya no de los beneficios económicos, sino a la obra propiamente tal, tanto en su corporalidad, evitando, por ejemplo, que se le destroce o mutile, como respecto a las posibilidades de darla a conocer, arrepentirse o retractarse –un ámbito mucho más abstracto y subjetivo, por cierto- o el reconocimiento de su paternidad.

#### **4.1.4 DERECHOS CONEXOS**

A lo largo de la historia, la evolución de la tecnología y las ciencias hicieron que las obras artísticas comenzaran a masificarse para deleite, tanto del público en general, como de los creadores, quienes veían concretados sus deseos de llegar con su mensaje a un número de personas cada vez más amplio.

De las simples representaciones artísticas -musicales, literarias, pictóricas o teatrales- para grupos reducidos en épocas pasadas, se pasó a una etapa donde fue necesario contextualizar los límites y los derechos inherentes al creador de la obra. De este modo debió nacer el derecho de autor, en busca del resguardo para el creador frente al avance cada vez más significativo de las formas de representación, que implicaban un notorio desmedro de las ventajas

patrimoniales que conlleva la exhibición de las piezas sin una adecuada reglamentación. No obstante, la misma masificación hizo necesaria una segunda categoría de derechos. Desde la invención de Gutemberg, a mediados del siglo XV, que hizo posible la reproducción masiva de libros, la obra comenzó a escapar de la custodia del creador. De la misma manera, la invención del fonógrafo, la cinematografía o la radiodifusión hicieron posible la reproducción mecánica de obras literarias, musicales y dramáticas, a un público de dimensiones ilimitadas. Es en virtud de ello que debió protegerse, ya no solo al artista, sino a otras categorías de personas que contribuían decisivamente en la masificación y éxito de la obra. La interpretación y ejecución de la obra, que ya podían comenzar a disociarse del autor principal, dieron origen a la creación de los llamados “derechos conexos”.

#### **4.1.4.1 CONCEPTO**

Nuestra ley de propiedad intelectual, señala en su artículo 65 inciso 1º que *“Son derechos conexos al derecho de autor los que esta ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que corresponden al autor de la obra”*. En atención a esto, surge una primera interrogante, ¿Cuáles son estos derechos, “*paralelos*” a los

derechos de autor -que extensamente hemos revisado- y que revisten tal importancia que la legislación chilena les ha dedicado un título aparte?

El mensaje del proyecto que modifica la ley de propiedad intelectual señala que la protección respecto a todos estos derechos es amplísima, ya que los propios Tratados Internacionales y la Constitución protegen a la propiedad intelectual en general, y a estos derechos en particular. Así, podemos observar que se dice: *“la ley N° 17.336 reconoce también derechos conexos al derecho de autor, otorgando a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los radiodifusores facultades respecto de sus interpretaciones, ejecuciones y producciones y el derecho a percibir una retribución por su uso público”*<sup>188</sup>. Podemos observar que, en consonancia con lo dispuesto por la doctrina en general, y la mayoría de las legislaciones nacionales continentales, esta facultad se otorga tanto a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y videogramas y los organismos de radiodifusión.

Como podemos notar, el objeto de protección en estos casos difiere de la creación del derecho de autor, ya que se tratará de prestaciones que concurren a la difusión de la obra, mas no a su génesis. Pero no por ello éstos tienen menor importancia, si no que en buena parte es gracias a ellos que la obra adquirirá fama y renombre, mancomunadamente con el aporte del autor. Ambos

---

<sup>188</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual (boletín N° 5012-03).

derechos no corren necesariamente en paralelo, sino que se entrelazan. Los derechos conexos deben diferenciados de aquellos de los creadores de obras, siendo estos de otra naturaleza, pero no encontrándose totalmente desligados entre sí, teniendo en cuenta su indispensable asociación, toda vez de la necesaria conexión que debe existir entre en autor y el artista intérprete, utilizando la labor de estos últimos para permitir la más amplia difusión de sus creaciones. Por su parte, los intérpretes no pueden llevar a cabo su labor si la existencia previa de las piezas sobre las que trabajarán.

#### **4.1.4.2 TITULARES DE DERECHOS**

El Convenio de Roma de 1961 delimita -al menos para la tradición continental- las tres grandes categorías que hemos mencionado para definir a los titulares de los derechos conexos. A continuación los analizaremos.

##### a). Los artistas intérpretes

El artículo 5º letra j) de la ley 17.336 los define como “*el actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o expresiones del floklóre*”. De la definición podemos colegir una búsqueda especializada y casi taxativa por saber quien detenta esta categoría. En efecto, son varias las legislaciones que

han definido con cuidado esta materia. No obstante, el rasgo en común entre todas ellas es que, en el global, esta persona es la que representa, recita o ejecuta una obra o participa en ella. Existe por tanto un determinado consenso en lo relativo a las actividades que debe ejecutar un individuo para ser admitido dentro de esta categoría. A mayor abundamiento, la propia Convención de Roma de 1961 los define como *“todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.”*<sup>189</sup>

b). Los productores de fonogramas (y videogramas)

Siguiendo las definiciones de conceptos que da nuestra ley 17.336, en su artículo 5º letra k) señala que se entenderá por productor de fonogramas a aquella *“persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”*. Al igual que el caso anterior, se ha determinado bien quien puede detentar la titularidad, destacándose que éste debe ser quien por “primera vez” fija los sonidos. La mayoría de las legislaciones otorga estos derechos exclusivos a titulares bien determinados. Así ocurre en el caso de Colombia, Costa Rica, España, Francia y Portugal, por ejemplo. El aspecto común en todas estas

---

<sup>189</sup> Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma de 1961), artículo 3 letra a).

legislaciones, señala el profesor Claude Colombet, *“es que el productor es la persona que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos (fonogramas...) o una secuencia de imágenes sonorizadas o no (videogramas). En principio dicho productor es una persona física o jurídica. Es lo que indican todas las legislaciones antes citadas salvo Costa Rica que se refiere a la empresa de grabación, es decir a la persona jurídica.”*<sup>190</sup>

No obstante esta última opinión, a juicio de otros autores, los videogramas no debiesen estar protegidos. Por ejemplo, la profesora Delia Lipszyc señala que en la Convención de Roma *“se protegen únicamente las fijaciones sonoras, sea cual fuere el origen de los sonidos. Quedan, pues, incluidas aquellas grabaciones en las que los sonidos no provienen de una ejecución –como el canto de las aves y otros sonidos de la naturaleza- y excluidas las que incorporan imágenes (obras audiovisuales).”*<sup>191</sup>

En el caso de Chile, el plazo de protección es de setenta años, contados desde el 31 de diciembre del año de publicación de los fonogramas para los productores de fonogramas (artículo 70 ley 17.336).

---

<sup>190</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P.139.

<sup>191</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P.390.

c). Los organismos de radiodifusión

El artículo 5º letra l) de la ley de propiedad intelectual los define como “*la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público*”. Son ellos quienes gozarán del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas. La Convención de Roma no define el organismo de radiodifusión, pero es un hecho que las legislaciones recogieron una experiencia práctica, delimitando como titulares a aquellos que tuviesen la capacidad técnica de emitir programas. En ese sentido, los titulares serán aquellos a quienes las propias normas de los países les otorguen la calidad, de acuerdo a las especificaciones técnicas que se dicten para ello.

#### **4.1.4.3 CONTENIDO DE LOS DERECHOS CONEXOS.**

Al igual que en los casos anteriores, utilizaremos la misma clasificación para referirnos a los derechos conexos de estos tres bien definidos y delimitados titulares.

a) Los artistas intérpretes: Derecho Moral y Patrimonial

Es efectivo, y por lo demás justo, comenzar este tema señalando que todos los titulares ya mencionados gozan de derechos de carácter patrimonial, sobre todo por el interés pecuniario que representa para los ejecutores de una

obra el hacerlo. Sin embargo, existe una curiosa diferencia respecto del derecho de los artistas intérpretes y los otros titulares, ya que se les concede derecho moral. Claude Colombet cree que *“el derecho de los artistas intérpretes es el que, en razón de una creación personal, se acerca más al de los autores. La prestación que llevan a cabo los intérpretes no constituye, en efecto, un acto de carácter industrial, mientras que tal es el caso para los productores de soportes o las empresas de radiodifusión. Ello explica que exista, a beneficio de los ejecutantes, un derecho moral que no existe para las otras dos categorías.”*<sup>192</sup>

He aquí un punto que debe destacarse, y que por lo demás, es lógico. Cuando alguien compra, por ejemplo, música, no solo lo hace por los temas o su mejor o peor calidad musical. En la mayoría de los casos lo hace derechamente por su intérprete, por su tono de voz, los músicos, o cualidades mucho más subjetivas y disímiles como para que el ordenamiento jurídico lo pase por alto. Probablemente a las seguidoras de Ricardo Arjona no les interese la calidad de las letras en sus canciones, o lo elaborado de sus acordes. A ellas simplemente les gusta y ya, pudiendo llenar estadios y comprando discos de manera masiva cada vez que llegan a las tiendas. Pero una cosa es lo artístico, y la otra, lo estrictamente comercial. ¿Cómo evaluar pecuniariamente los intereses de los consumidores? En este sentido, se

---

<sup>192</sup> COLOMBET, Claude. *Op. Cit.* P.143.



sostiene que el derecho moral del intérprete se ha estructurado de manera parecida al derecho del autor propiamente tal, aunque con diferencias y particularidades. *“Las legislaciones suelen reconocer a los intérpretes derechos al nombre y al respeto de la interpretación, cuando es reproducida. En cambio, no se les reconoce el derecho de divulgación ni el derecho de retracto o arrepentimiento.”*<sup>193</sup>

En relación al nombre, esto quiere decir que al intérprete se le reconoce su derecho a que éste sea unido a su interpretación. Esto pasa normalmente en las emisiones, por ejemplo, de videos musicales en cadenas de televisión especializadas, como MTV, donde en cada clip se asocia la identidad del intérprete. Su protección, por motivos meramente económicos, se tutela desde los contratos que se celebran para tales efectos.

Algo similar pasa con el derecho moral al respeto en este caso de la interpretación. Es más, el artículo 65 de la ley de propiedad intelectual otorga la posibilidad a los intérpretes de *“prohibir la difusión de sus producciones”*, sin expresión de causas como se desprende de la propia norma.

---

<sup>193</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 377.

En relación a los derechos patrimoniales que se le reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes, podemos mencionar, dado que la mayoría de las legislaciones están de acuerdo, las siguientes:

- Cuando se trata de ejecuciones directas (“en vivo”), el propio artículo 66 de la ley 17.336, en relación al artículo 65 de la misma, señala que se tiene derecho a percibir una remuneración por éstas, sin perjuicio de la facultad de prohibir su difusión en caso contrario. A esto se suman sus facultades más genéricas de prohibir también la fijación, grabación, reproducción o retransmisión, de no mediar su expreso consentimiento.
- En relación a las interpretaciones o ejecuciones fijadas, rigen básicamente los mismos principios. Salvo autorización expresa, por la cual tienen derecho a percibir una remuneración, no se podrá reproducir cuando ésta autorización falte para la fijación original, o en caso de que se trate de una reproducción con fines distintos de los que se habían autorizado, o si se trata de fijaciones originalmente hechas al amparo de una limitación establecida en la ley, reproducida con fines distintos de los establecidos en la excepción en virtud de la cual se efectuó la fijación.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 383-384.”En consecuencia, cuando, por ejemplo, un conjunto musical ofrece un recital “en vivo” en una sala de conciertos...tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir que su actuación sea fijada para ser reproducida en discos, cassetes o en una obra audiovisual, o que se transmita por radio o por televisión (según la Convención de roma, y las legislaciones que emplean la fórmula convencional, los artistas tienen el derecho-o la facultad- de impedir la fijación cuando no haya sido autorizada por el conjunto). Si el conjunto autorizó una fijación efímera del recital para su emisión diferida por televisión, no se puede hablar de fijación ilícita, pero es necesario contar con la autorización del conjunto para conservar o reproducir esa fijación con fines distintos a los de dicha emisión diferida”.

Queda un último tema: ¿Qué acontece con los derechos patrimoniales de los artistas en los casos de interpretaciones o ejecuciones colectivas? Estos son los casos más frecuentes, y que de cierta manera ya han tratado de ser ejemplificados, toda vez que la regla general es que la mayor parte de las actuaciones requiera la participación de dos o más intérpretes o ejecutantes.”*Cuando la actuación es un acto colectivo en el que interviene un grupo de artistas (conjuntos musicales, orquestas, coros, etc.) se hace indispensable que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en forma uniforme y coordinada a fin de que un previsible disenso entre ellos no se revierta en su contra*”.<sup>195</sup> En nuestro país, nada se dice ni en la ley ni en el reglamento de marras. Esto sucede porque en los países donde los artistas o intérpretes se han organizado, ya sea en sindicatos u otras organizaciones profesionales, serán estos los entes encargados de representarlos para efectos de realizar interpretaciones o ejecuciones colectivas. No obstante, esto no soluciona directamente una materia que perfectamente podría ser parte del reglamento, o incluida en la legislación, de manera tal que resultare más transparente y claro la solución ante estos problemas de carácter eminentemente práctico.

---

<sup>195</sup> *Ibid.* P. 389-390.

b) Los productores de fonogramas

Los productores, ya sean personas jurídicas o naturales, tienen derechos de carácter meramente patrimonial. Esta diferencia radica principalmente en que la labor que éste realiza, si bien es primordial para efectos de hacer más conocida la obra, es puramente técnica, no tiene un contenido intelectual o artístico que pueda equipararse a la creación original. Por tanto, no pasa lo mismo que en el caso anterior, donde encontramos algunos derechos de carácter moral, toda vez que eventualmente podrían presentar caracteres de originalidad que le diesen un toque distintivo.

Ahora bien, la doctrina plantea que los productores de fonogramas tienen los siguientes derechos:<sup>196</sup>

- *Derecho de reproducción, distribución, importación y exportación.* La Convención de Roma, en su artículo 10, consagra el derecho exclusivo del productor de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. El artículo 68 de la ley 17.336 es más explícito aún, y señala que *“los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilizaciones de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transformación de*

---

<sup>196</sup> *Ibid.* P.395.

*propiedad autorizada por él o de conformidad con ésta ley*”. Sumado a esto, el artículo 67 bis de la misma ley consagra el derecho exclusivo del productor de fonogramas para autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de lo contenido en dichos instrumentos.

- *Derecho de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por las utilidades secundarias de sus fonogramas*. Existe una limitación al derecho de los artistas para autorizar o impedir las utilidades secundarias de los fonogramas en los cuales se hubieran fijado sus prestaciones previa autorización, la cual está impuesta tanto por la necesidad de preservar la comercialización de las grabaciones sonoras como de salvaguardar el derecho exclusivo y absoluto que tiene el autor a la comunicación pública de la obra.<sup>197</sup>

c) Los organismos de radiodifusión

Al igual que en el caso de los fonogramas, los organismos de radiodifusión tienen un elemento técnico invariable. En virtud de esto, en Chile se les concede a los organismos de radiodifusión y televisión “*el derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas*” (artículo 69 ley 17.336). Estos derechos conferidos a los radiodifusores no excluye, tanto a estos como a terceros, de la obligación de contar con las

---

<sup>197</sup> *Ibid.* P. 396.

autorizaciones de los autores, los artistas y los productores (excepto en el caso que rijan licencias no voluntarias).

No obstante esto, se les conceden los siguientes derechos:

- *Derecho de reproducción.* Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de realizar fijaciones de manera íntegra o de parte de sus emisiones o programas mediante cualquier soporte sonoro o visual, incluso de obtener fotografías, limitándolas sólo para su utilización dentro de los límites de los contratos de las personas cuyas imágenes se reproduzcan<sup>198</sup> En este sentido, la ley solo se refiere a este tema en el artículo 69, la que es muy pobre conceptualmente. De hecho, la Convención de Roma en el artículo 13 señala, ahondando más, que los radiodifusores podrán autorizar o prohibir:

*“b) la fijación sobre una base material de sus emisiones;*

*c) la reproducción:*

*i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento;*

*ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el art. 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo”.*

---

<sup>198</sup> *Ibid.* P.403.

- *Derecho de comunicación pública.* Esta materia se encuentra básicamente regulada en la Convención de Roma, ya que, como se ha dicho, la legislación pertinente de propiedad intelectual no ha ahondado lo suficiente en la materia. En este sentido, podemos establecer dos momentos en que ella se manifiesta:

- i) Comunicación Pública, mediante la retransmisión, por cualquier procedimiento técnico, de sus emisiones o;
- ii) Mediante la recepción pública de sus emisiones o programas en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada. Este caso lo regula expresamente la ley en el inciso 2º del artículo 69 de la ley en comento. Se justifica por razones económicas, ya que los empresarios de hoteles, cafés o bares muchas veces acuden a imágenes o transmisiones para acercar clientela<sup>199</sup>.

#### **4.2 TRANSMISIÓN Y TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

Antes de iniciar el análisis de esta parte de nuestro estudio, debemos señalar y dejar en claro que la transferencia y transmisión de derechos a la que hacemos referencia, solo se referirá a los derechos patrimoniales, mas no a los morales, los cuales tienen el carácter de indisponibles e intransmisibles.

---

<sup>199</sup> Una situación análoga se podría dar en los casos en que se transmiten partidos importantes, que llenan los recintos gracias a las transmisiones, con las consecuentes ganancias

Uno de los modos en que se transmiten los derechos patrimoniales de autor es a través de la sucesión por causa de muerte. En nuestro país no logramos encontrar alguna norma que nos señale tajante y expresamente lo que ocurre en el ámbito de la propiedad intelectual en este punto, pero podemos entender que, al formar estas facultades parte del patrimonio de una persona, al heredero le corresponden los mismos derechos que pertenecían al causante, por lo que la aplicación de las normas de derecho civil relativas a la sucesión por causa de muerte es perfectamente adecuada. Más claras, en este sentido, son otras legislaciones, como la española por ejemplo, que señala que *“Los derechos de explotación de la obra se transmiten “mortis causa” por cualquiera de los medios admitidos en derecho”*<sup>200</sup>.

Por otra parte, los derechos de explotación, al poseer un carácter eminentemente patrimonial, otorgan a su titular la facultad de disponer de ellos en la forma que estime conveniente, por lo que contratos como el de edición, el cual se encuentra regulado por la legislación nacional de propiedad intelectual, cumplen dicha función de conceder a terceros la posibilidad de explotar la obra. En consecuencia, es a través de este tipo de contratos que se lleva a cabo la transferencia por acto entre vivos de los derechos patrimoniales que emanan de una creación artística. En nuestra legislación queda abierta la posibilidad de una

---

<sup>200</sup> Artículo 42 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.



transferencia de una forma más o menos libre por parte de los titulares, toda vez que nuestro derecho no prevé una regulación minuciosa o estricta al respecto, más allá de la tipificación de ciertos contratos que implican una cesión de derechos de manera onerosa en virtud de terceros.

Por lo tanto, podemos entender que los derechos que emanan de la obra pueden corresponder, bien al autor propiamente tal, quien es el titular primigenio de los derechos que emanan de ella por el solo hecho de su creación, o bien una persona distinta del autor, pero cuyos derechos le han sido transmitidos o transferido por un acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte, según sea el caso.

#### **4.3 EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.**

Ante la concurrencia de tan variada cantidad y calidad de derechos que poseen tantos los autores sobre sus obras, como los artistas e intérpretes, y de la relevancia económica que han adquirido la interpretación públicas de aquellas creaciones protegidas por el derecho de autor, es que se ha hecho imperiosa una regulación más minuciosa de los contratos que se celebran con el propósito de traspasar los derechos patrimoniales de una obra a aquellos que van a lucrar con ella sin ser necesariamente sus autores.

Entre el autor (quien desea que los derechos existentes sobre su obra sea protegida ante utilizaciones desautorizadas) y el público (quienes desean conocer y disfrutar de las obras) existe un intermediario (el editor, representante, productor etc.) quien permite, en cierto modo, mediante su gestión, conciliar ambos intereses, de modo que el autor podrá disfrutar de los derechos que emanan de sus creación, y el público podrá disfrutar de ellas. En virtud de ello es que las legislaciones modernas han llevado a cabo un proceso en el que se concibe el derecho de patrimonial del creador de la obra como un derecho a autorizar la utilización de ella a través de licencias específicas, reconociendo la necesidad de que la ley regule, de una manera general los contratos de explotación de las obras y la tipificación de los derechos y obligaciones que de ellos emanan.<sup>201</sup>

Nuestra ley de propiedad intelectual regula algunas de estas formas de explotación, como por ejemplo el contrato de edición, el contrato de representación, o la regulación de los derechos conexos al derecho de autor. Sin embargo, existen diversas fórmulas contractuales que tienen por finalidad la explotación de los derechos derivados de la obra que no se encuentran regulados taxativamente en la ley, pero que en la práctica son de efectiva y numerosa aplicación en el mundo artístico.

---

<sup>201</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* P. 272.

### **4.3.1 CONTRATOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE AUTOR**

Como hemos señalado, mediante distintos tipos de contratos, el autor, puede lograr obtener los réditos derivados de la explotación de sus creaciones. Podemos mencionar dentro de ellos, el contrato de edición de obras literarias, musicales y artísticas; el contrato de reproducción, representación o ejecución de obras; contratos de grabación fonográfica, audiovisual, para televisión o publicitaria; presentaciones en vivo para conciertos o televisión; contratos de managers o representantes, y los contratos propios de los ejecutantes etc.

### **4.3.2. CARACTERÍSTICAS DE ESTOS CONTRATOS**

Los contratos celebrados en este ámbito del derecho de autor poseen ciertos elementos afines, que los hacen tener ciertas características, en la generalidad, comunes a todos ellos.

#### **4.3.2.1 SON CONTRATOS GENERALMENTE ATÍPICOS**

Esta clasificación pertenece a la doctrina, y la distinción entre típico o atípico atiende a si un contrato se encuentra o no tratados de manera específica por la algún cuerpo legal. En el caso de los contratos relativos a materias de derecho de autor y derechos conexos, salvo excepciones, como el contrato de

edición o el de representación, los cuales se encuentran regulados en los capítulos VI y VII de la ley de propiedad intelectual, respectivamente, por regla general, se trata de contratos que no se encuentran sistematizados en ningún cuerpo legal.<sup>202</sup>

La importancia de esta clasificación radica en la mayor posibilidad de poder configurar los contratos en función de sus intereses y necesidades. Todo contrato se rige por las normas generales que regulan las obligaciones (artículos 1437 y ss. del Código Civil, incluidas aquellas establecidas para los actos jurídicos y contratos en general), mientras que los contratos típicos, se regirán además por las normas establecidas especialmente para ellos en la Ley. En el caso de omisiones de reglas que determinen la solución ante ciertas controversias que pudiesen surgir en la ejecución de los contratos atípicos, se aplicarán las reglas generales.

#### **4.3.2.2 SON CONTRATOS BILATERALES**

El artículo 1439 del Código Civil señala *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y*

---

<sup>202</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZALEZ BARRENECHEA, Solange; “Contratos de artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual”. Memoria para optar al grado académico de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. P. 5.

*bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*". Esta clasificación se realiza en virtud de las obligaciones que pueden exigirse a una o ambas partes del contrato, como claramente puede desprenderse del artículo recién señalado, por lo que no debemos caer en el error de confundir esta clasificación, con aquella que distingue entre *actos jurídicos* unilaterales y bilaterales, cuya dicotomía se basa en la cantidad de voluntades que inciden en la formación del consentimiento que da lugar a dicho acto.

Al referirnos a los contratos de los artistas e intérpretes, podemos señalar que ellos son contratos bilaterales, ya que las partes intervinientes asumen obligaciones mutuas, las cuales dependen unas de otras para su cumplimiento. Por ejemplo, en el caso del contrato del artista con el productor fonográfico, el primero se obliga a interpretar una obra para su fijación y la posterior reproducción en ejemplares y la distribución de los mismos, a cambio del pago de una remuneración, que es, a su vez, la obligación que asume el productor.<sup>203</sup>

#### **4.3.2.3 SON CONTRATOS ONEROSOS**

Según el artículo 1440 del Código Civil *"El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de*

---

<sup>203</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZALEZ BARRENECHEA, Solange. *Op. Cit.* P. 8.

*ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro*". El criterio que nos permite distinguir entre uno y otro tipo de contratos obedece a un elemento netamente económico, según el provecho que reporte para los contratantes. Bajo esta concepción, no es aventurado atribuirles la calidad de onerosos a los contratos en el ámbito del derecho de autor, toda vez que, como ya hemos explicado, las prestaciones establecidas a favor de una y otra parte, retribuyen un provecho para todas sus partes.

#### **4.3.2.4 SON CONTRATOS CONMUTATIVOS**

Los contratos onerosos pueden subclasificarse en conmutativos y aleatorios, como lo señala el artículo 1441 del Código Civil, *"el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta o pérdida, se llama aleatorio"*. Ante estos elementos, podemos señalar que los contratos celebrados en el ámbito de la propiedad intelectual poseen el carácter de conmutativos, toda vez que los beneficios estimables al momento de la celebración del contrato se miran como equivalentes por las partes, no obstante cualquier circunstancia posterior que pudiese llevar a que el contrato resulte menos beneficioso para alguna de las partes. *"Teniendo como ejemplo un contrato de presentación en vivo en concierto, podemos señalar que el productor de*

*reportará el evento e igual cosa hace el artista, y solo entonces estipulan las cláusulas que ellos consideren que les generarán beneficios convenientes para ambos. Luego, no porque el recital no resulte tan exitoso como las partes creyeron el contrato se transforma en aleatorio; de ser así cualquier negocio poseería esta característica”<sup>204</sup>.*

#### **4.3.2.5 SON CONTRATOS PRINCIPALES**

Señala el Código Civil en su artículo 1442 que: *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”*. En este sentido, los contratos celebrados por los artistas poseen el carácter de principales, ya que no necesitan de la existencia de otros para subsistir. Por ejemplo, el contrato de representación se basta a si mismo, y produce todos sus efectos jurídicos toda vez que se encuentre válidamente celebrado, sin necesitar de otro contrato anexo que le permita su existencia.

---

<sup>204</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZALEZ BARRENECHEA, Solange. *Op. Cit.* P. 11.

#### 4.3.2.6 SON CONTRATOS GENERALMENTE CONSENSUALES

Esta distinción entre contratos reales, consensuales y solemnes la realiza el propio Código Civil en su artículo 1443, el cual establece que: *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil, y consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento”*. En su mayoría, los contratos de artistas y ejecutantes son consensuales, ya que con el solo consentimiento de las partes ellos quedan perfectos y producen efectos. Este elemento tiene una estrecha relación con el hecho de que la mayoría de ellos sean innominados y por lo general se pacten verbalmente.

No obstante, existen ciertos casos en que la ley requiere el cumplimiento de ciertas formalidades para la perfección de ciertos contratos en el ámbito del derecho de autor. Por ejemplo es el caso del contrato de edición, el cual, como lo señala el artículo 48 inciso segundo de la ley 17.336, *“... se perfecciona por escritura pública o por documento privado firmado ante notario...”*. Este documento debe contener una serie de antecedentes señalados como requisitos por la ley, como la individualización del autor y el editor; la individualización de la obra; el número de ediciones que se conviene y la cantidad de ejemplares de cada una; la circunstancia de cederse o no la



exclusividad al editor; la remuneración pactada con el autor; y las demás estipulaciones que las partes convengan.

Un caso similar ocurre con el contrato de representación, el cual igualmente reviste el carácter de solemne, toda vez que el artículo 56 inciso segundo de la ley de propiedad intelectual señala que este se perfecciona igualmente por medio de escritura pública o instrumento privado firmado ante notario.

Por su parte, existen ciertos contratos en que los artistas y ejecutantes hacen transferencia de sus derechos, ya sea de manera total o parcial. De este modo, este tipo de contratos tendrán el carácter de solemnes en el cumplimiento de lo señalado en el artículo 73 de la ley 17.336, la cual señala que: *“La transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos, a cualquier título, deberá inscribirse en el Registro (de Propiedad Intelectual) dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato. La transferencia deberá efectuarse por instrumento público o por instrumento privado autorizado ante notario”*. Esta formalidad, si bien no afecta la existencia del acto mismo, se constituye como un requisito de validez del mismo, de modo que su ausencia impide que el acto jurídico produzca efectos en plenitud, siendo susceptible de ser sancionado con la nulidad absoluta del acto.

#### **4.3.2.7 SON CONTRATOS INTUITO PERSONAE**

Los contratos *intuitio personae* son aquellos contratos celebrados teniendo especial consideración las circunstancias personales del otro contratante, como su identidad y ciertas cualidades particulares de la otra parte.

Teniendo ello en consideración, resulta lógico establecer que los contratos celebrados en el ámbito de la propiedad intelectual con los artistas, poseen esta característica, ya que son precisamente las cualidades o aptitudes que destacan a un artista, las que determinan el interés particular por contratar sus servicios.

Tal como ya hemos señalado, la creación artística tiene implícito un carácter netamente subjetivo proveniente de su autor. Una pintura, una canción o un poema, no son más que la expresión de las emociones más íntimas de su creador. Del mismo modo, es que cada una de estas obras lleva consigo el sello personal de quien emanan, por lo que dichas cualidades son las que nos llevan a decidir si tal pintor, cantautor o poeta son de nuestro gusto o no.

Estas concepciones subjetivas respecto de un determinado artista u obra, resultan ser de la esencia a la hora de celebrar un determinado contrato en el ámbito del derecho de autor. De la misma forma en que un consumidor

cualquiera no le es indiferente elegir tal o cual artista a la hora de comprar un disco o una entrada para un recital, los interlocutores que celebran contratos relativos al derecho de autor con un artista (entidades de radiodifusión, editores, etc.), tomarán en cuenta esta misma fama o buen nombre de un determinado artista (basado en su popularidad o calidad) para decidir si contratan o no con él. De esta forma, dicha calidad artística de un determinado autor pasa a tener una relevancia más allá del plano meramente estético, si no que también en el comercial.

El contratar los servicios de un determinado cantautor para una presentación en vivo, por ejemplo, pensando erradamente que en verdad es otra persona (por ejemplo contratar con el imitador de un artista pensando que en verdad es el artista mismo), resulta ser un error en la persona, el cual vicia el consentimiento de quien celebra el contrato cuando se hace teniendo en particular atención las cualidades personales del otro contratante, como sería el caso en cuestión.<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> Artículo 1455 del Código Civil.

## **4.4 DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE AUTOR**

Dentro de los diversos contratos que analizaremos a continuación, distinguimos aquellos contratos en los cuales es el propio autor quien explota patrimonialmente de manera directa su obra su obra, cediendo parte de sus derechos de autor en favor de terceros, como es el caso de los contratos de edición y representación; y aquellos contratos en los cuales no es necesariamente la calida de autor la que interesa en su celebración, si no que el aspecto que nos interesa en esta obra, es la calidad de artista de alguna de las partes contratantes, como en el caso del contrato de grabación con un productor fonográfico, o el contrato para la presentación en vivo en televisión o en un recital.

### **4.4.1 CONTRATO DE EDICIÓN.**

El contrato de edición podemos definirlo como aquel por medio del cual *“el titular del derecho de autor entrega o promete entregar una obra al editor y este se obliga a publicarla, a su costa y en su propio beneficio, mediante su impresión gráfica y distribución, y a pagar una remuneración al autor”*.<sup>206</sup> De esta definición podemos deducir los principales elementos del contrato de

---

<sup>206</sup> Artículo 48 de la ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual,.

edición: que el autor o los titulares de los derechos de autor entrega o promete entregar una obra al editor; el editor se obliga a publicar y distribuir la obra a su costa; el editor asumirá los beneficios que resulten de la publicación y distribución de la obra, y; el editor deberá pagar una remuneración al autor o titular de los derechos de la obra. Este es el contrato que el artista celebra, por ejemplo, con una casa discográfica para la distribución de un disco, el cual puede contener una grabación inédita, o bien un compilado de canciones antiguas del artista.

Este contrato es celebrado entre el autor de la obra y el editor. El autor puede actuar por si mismo, o pueden ser sus derechohabientes quienes sean titulares de los derechos sobre la obra, ya sea mortis causa, o en virtud de una cesión previa por un acto entre vivos. Al editor, por su parte, hoy en día, teniendo en consideración la existencia de nuevos y diversos medios tecnológicos, debemos entenderlo como aquella persona natural o jurídica que se obliga a reproducir o hacer reproducir de manera uniforme y directa, un número determinado de ejemplares, a publicitarlos, distribuirlos y venderlos al público por su cuenta y riesgo<sup>207</sup>.

Mediante este contrato el autor o sus causahabientes se obligan a ceder el derecho de reproducir y distribuir la obra. El reproducir y distribuir son dos

---

<sup>207</sup> LIPSZYC, Delia, *Op. Cit.* P. 288.

obligaciones distintas que el autor podría transferir de manera separada, pero que en el caso del contrato de edición se ceden conjuntamente. La reproducción consiste en la fijación de la obra en algún soporte material de carácter físico tangible. Pero para que se configure la reproducción debe permitirse además la comunicación de la obra y la obtención de copias de toda o parte de ella<sup>208</sup>. Por su parte, entendemos la distribución como *“la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*<sup>209</sup>. Nuestra legislación señala que solo se confieren al editor los derechos de imprimir, publicar y vender los ejemplares de la obra en las condiciones convenidas, conservando el autor los derechos de traducción, presentación en público, adaptación cinematográfica, fonográfica o televisual, y todos los demás de utilización de la obra.<sup>210</sup>

La cesión que realiza el autor a favor del editor no es de carácter gratuito, sino que existe de por medio una remuneración que el editor hace al autor o aquel que sea el actual titular de sus derechos. Este elemento se desprende expresamente de la definición legal del contrato de edición, además de ser una de las menciones que debe contener la escritura pública por medio de la cual se perfecciona el contrato<sup>211</sup>. La remuneración puede ser pactada mediante una

---

<sup>208</sup> MUÑOZ VIADA, Carlos. “Transmisión de los derechos de autor”. Madrid, Grupo Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007. P. 46.

<sup>209</sup> Artículo 19.1 Decreto Legislativo 1/1996. España. Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>210</sup> Artículo 49 inciso 1° ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>211</sup> Artículo 49 inciso 2° letra e) ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual.

cifra única y fija, o bien mediante una participación en las ventas de la obra. En este segundo caso, el porcentaje pactado no podrá ser inferior al 10% del precio de venta al público de cada ejemplar, como lo prescribe el artículo 50 de la Ley de Propiedad Intelectual. Señala el mismo artículo que en dicho caso en el que la remuneración sea pactada como participación en el porcentaje de venta, el editor deberá rendir una cuenta anual de los ejemplares vendidos, y si no la emitiere, se entenderá que fue vendida la totalidad de las copias pactadas para dicha edición, y el autor tendrá derecho a exigir el pago del porcentaje correspondiente al total de la edición.

La explotación de la obra es por cuenta y riesgo del editor, teniendo este la obligación de realizar todas las operaciones necesarias par cumplir con su obligación de edición y distribución, asumiendo todo el riesgo empresarial que implica.

En nuestro ordenamiento, el contrato de edición es un contrato solemne, debiendo constar por escritura pública para su perfeccionamiento o bien por un documento privado firmado ante notario, como señala el artículo 48 inciso segundo de la ley 17.336. Dicha disposición señala a continuación cuales son las menciones que debe contener este contrato, estableciendo que deben señalarse:

- a. La individualización del autor y del editor;
- b. La individualización de la obra;
- c. El número de ediciones que se conviene y la cantidad de ejemplares de cada una;
- d. La circunstancia de concederse o no la exclusividad al editor;
- e. La remuneración pactada con el autor, que no podrá ser inferior a la establecida en el artículo 50, y su forma de pago;
- f. las demás estipulaciones que las partes convengan.

#### **4.4.2 CONTRATO DE REPRESENTACIÓN.**

El contrato de representación es aquel mediante el cual *“el autor de una obra de cualquier género concede a un empresario el derecho de representarla en público, a cambio de la remuneración que ambos acuerden”*<sup>212</sup>

Mediante este contrato, el autor, o sus derechohabientes ceden el derecho de reproducción al empresario, o persona dedicada a ejercer la representación de las obras de los artistas Esta convención comprende tanto la representación y ejecución en vivo de obras dramáticas, musicales y dramático-musicales, como la recitación de obras literarias y dramáticas, representación teatral de dramas, comedias etc. Puede ser también una representación

---

<sup>212</sup> Artículo 56 ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual,.



indirecta, mediante la ejecución de fijaciones, como la exhibición de obras audiovisuales o ejecución de discos, o bien a través de la radiodifusión de las obras. El concepto de representación utilizado en este caso es entendido como aquella realizada a una cantidad importante de personas, más allá de la eventual reproducción de un disco dentro de un ambiente familiar o en una reunión íntima de amigos.

El empresario se encuentra obligado por su parte, a representar la obra en las condiciones estipuladas en el contrato, procurando la obtención de los medios necesarios para que se haga posible la ejecución de la obra. Además debe respetar todos los derechos morales del autor en la ejecución o representación de la obra, como el derecho a la integridad y derecho de paternidad sobre la obra, otorgando todas las facilidades al autor para que vigile la representación de la obra, y respetando los términos del contrato que señalen los intérpretes principales o directores que hubiesen sido elegidos de mutuo acuerdo.

En cuanto al plazo que tiene el empresario para hacer representar la obra, nuestra legislación establece un lapso de seis meses contados desde la fecha en que se celebró el contrato para que el empresario estrene la obra, plazo que una vez vencido (o bien el plazo estipulados por las partes), otorga el derecho al autor para dejar sin efecto el contrato. En ausencia de estipulaciones

expresas en el contrato, el empresario adquiere la concesión exclusiva de la representación por un plazo de 6 meses, y de otros seis meses más sin exclusividad.<sup>213</sup>

El empresario tiene la obligación de pagar una remuneración al artista, la cual puede consistir, bien en una suma fija de dinero, o en una participación en un porcentaje de los Ingresos de las funciones. Si las partes nada han pactado al respecto, le corresponderá al autor un 10% del total de las entradas de cada función, y de un 15% de las del día del estreno. Si además, la obra fuera radiodifundida o televisada, le corresponderá a lo menos, el 5% de lo cobrado por la emisora por la publicidad realizada durante su transmisión, o si no la hubiere, un 10% de lo recibido por el empresario de la estación televisiva o de radiodifusión por ella.<sup>214</sup>

El contrato de representación es solemne debido a que la ley exige para que se perfeccione, que se celebre por escritura pública o instrumento privado firmado ante notario<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Artículos 56 y 57 ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual.

<sup>214</sup> Artículos 61 y 62 ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual.

<sup>215</sup> Artículo 56 ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad intelectual

#### 4.4.3 CONTRATO DE GRABACIÓN CON PRODUCTOR FONOGRAFICO

Este contrato es aquel en el cual el intérprete autoriza al productor a reproducir, fijar y distribuir su interpretación en fonogramas, a cambio de una remuneración<sup>216</sup>. Por medio de este contrato se autoriza por primera vez una interpretación con el objeto que se publique y distribuya, toda vez que el intérprete tenga la autorización del autor para que ella pueda ser interpretada, en el caso que este sea una persona distinta del autor mismo de la obra.

En este contrato concurren a su celebración, por una parte, el productor de fonogramas, definido por la Ley de Propiedad Intelectual como aquella *“persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de los sonidos”*<sup>217</sup>. Por otra parte, el autor o intérprete, quien debe facultar expresamente al productor para que éste pueda fijar la interpretación.<sup>218</sup> Además de la interpretación y su fijación en el fonograma, los otros elementos en este tipo de contratos son la distribución de la producción, y la remuneración del intérprete.

---

<sup>216</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZÁLEZ BARRENECHEA, Solange; *Op. Cit.* P. 15.

<sup>217</sup> Artículo 5, letra k, ley 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual

<sup>218</sup> En este tipo de contratos, se hace referencia a la fijación de la *interpretación*, más no a la obra propiamente tal, toda vez que nos encontramos situados en el campo de los derechos conexos, y dicha denominación es propia de los autores.

El productor por un lado se obliga a fijar la interpretación en el fonograma, posteriormente reproducirla masivamente y su posterior distribución. Así mismo, es el productor quien asume los costos que significan la producción de la interpretación y su posterior publicación en el mercado. El artista, mediante este contrato, autoriza al productor a fijar, distribuir y reproducir su interpretación, a cambio del pago por parte del productor de una determinada suma estipulada en el contrato. Además, el productor debe respetar el derecho de paternidad que tiene el intérprete sobre su interpretación. Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 68 de la Ley de Propiedad Intelectual, a propósito de los derechos conexos, que establece que el productor, además de señalar en la fijación el título de la obra y el nombre del autor, debe señalar además el nombre del intérprete de la obra grabada.

El intérprete por su parte, es quien debe ejecutar las obras para que ellas sean fijadas, permitiendo que el productor reproduzca y distribuya la interpretación, autorización que por lo general tiene un carácter de exclusividad por un espacio y tiempo limitado. Muchas veces la facultad concedida al productor nace de una cesión de derechos, de modo que a través del contrato el intérprete cede estos derechos al productor quedando despojado de ellos.

#### **4.4.4 CONTRATO DE ACTUACIÓN ARTÍSTICA EN TELEVISIÓN.**

Mediante este tipo de contrato el artista contrae la obligación de interpretar o ejecutar determinadas obras durante la realización de un programa de televisión en vivo, o fijando su actuación para que esta sea emitida posteriormente, previa remuneración al ejecutante. Si bien este tipo de contrato no se encuentra regulado por la ley, podemos señalar que concurren, por una parte, el organismo de televisión, el cual contrata al artista para que lleve a cabo una actuación que será transmitida mediante programas al público. Por otro lado, concurre el intérprete o ejecutante que lleva a cabo una actuación en vivo para que ella sea transmitida al público.

El artista contrae la obligación actuar según las condiciones acordadas, cumpliendo con las exigencias que los productores y directores formulen para efectos de lograr una adecuada presentación, además de participar en los ensayos y otras actividades necesarias para esta adecuada presentación. El organismo emisor de televisión asume, por su parte, la obligación de grabar la presentación para su posterior emisión. Además, el canal de televisión remunerará generalmente al artista, lo que no obsta la posibilidad de que el intérprete realice su actuación de manera gratuita. Será también el organismo de televisión quien proporcionará las condiciones necesarias para la actuación, asumiendo los costos de la producción y transmisión televisiva.

Una cláusula común que se incluye en este tipo de contratos es aquella que señala los derechos que ceden a las estaciones televisivas, los cuales no pueden exceder de aquellas facultades que efectivamente poseen sobre la obra interpretada. Muchas veces, la autorización que realiza el intérprete para que el canal utilice su interpretación, es en exceso amplia, debiendo limitarse el permiso para la fijación audiovisual de la actuación, la transmisión y retransmisión televisiva, fijando, en lo posible, una limitación temporal y territorial.

#### **4.4.5 CONTRATO PARA PRESENTACIÓN EN VIVO EN RECITAL O CONCIERTO**

El contrato de presentación en vivo es *“aquel en el cual el intérprete se obliga a realizar una actuación en determinado lugar y fecha, frente a un público que contempla en vivo su espectáculo, a cambio de una remuneración que debe pagar el empresario artístico”*.<sup>219</sup> Las partes en este contrato serán, por un lado, el empresario artístico, y por otro, el artista.

Mediante este contrato, el artista se obliga a realizar la actuación en el lugar, hora, fecha y conforme a las demás condiciones acordadas. El

---

<sup>219</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZÁLEZ BARRENECHEA, Solange; *Op. Cit.* P. 109.

empresario por su parte, debe remunerar al artista, además de ser él quien debe proporcionar todos los medios necesarios para que el artista lleve a cabo su presentación, como el traslado de él y todos sus equipos técnicos, el alojamiento, alimentación etc. Además, debe proporcionar todo el equipamiento técnico necesario para la adecuada presentación, permitiendo que el artista pueda revisar el escenario, ensayar, instalar los equipos y probar sonido. El contrato de presentación en vivo no faculta al empresario para transmitir ni fijar por cualquier medio la presentación, salvo expresa autorización.

Pueden existir varias formas de pactar la remuneración del artista. Una de ellas es fijar una cantidad fija predeterminada que el artista cobrará por su actuación. En otras oportunidades, la suma fijada no es fija, si no que corresponderá al artista un porcentaje de los ingresos recaudados por su presentación.

Si bien el artista posee plena libertad para desarrollar su actuación sobre el escenario, pueden existir diversas disposiciones en el contrato que se relacionen con las condiciones de la presentación, como por ejemplo la exigencia de que interprete ciertos temas, o la exigencia de que la presentación sea en vivo y en directo y sin doblaje alguno. En cuanto a aquella disposición que exigiera que la presentación se realice sin doblaje, debemos señalar que ello resulta lógico y se entienda implícito en el contrato si ello no se pactare.

Pero, en el caso que una actuación se realice doblada sin que ello hubiese sido permitido expresamente, podrá constituir un error sustancial, y dejar sin efecto el contrato suscrito<sup>220</sup> pues como señala el Código Civil, “*el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree*”<sup>221</sup>. En este caso puntual, nuestra posición es que efectivamente el doblaje en una presentación en vivo constituye un error sustancial en el contrato, invalidando por ende el consentimiento prestado, pues la ejecución de los instrumentos por parte de los músicos que se presentan, y la posibilidad de escuchar en directo la voz de un cantante, sería precisamente aquello que el empresario ofrece al público que asistirá al espectáculo. ¿O acaso el público asistente no compra las entradas a estos espectáculos precisamente con ese fin? Estos son las cualidades que precisamente llevan al empresario a contratar con el artista. Esta aseveración podría moderarse tal vez en el caso de ciertos artistas cuya principal virtud, y cualidad por la cual se destacan no es precisamente el canto, como por ejemplo artistas de un estilo más pop. En este caso, probablemente sus fans se acerquen a sus recitales simplemente con el objeto de verlos de cerca o hacer sus coreografías, restándole importancia a la ejecución en vivo de sus canciones, en cuyo caso, el doblaje no constituiría por cierto un error sustancial.

---

<sup>220</sup> FONTAINE CORREA, Constanza; GONZÁLEZ BARRENECHEA, Solange; *Op. Cit.* P. 118.

<sup>221</sup> Artículo 1454 del Código Civil.



En todo caso, el error sustancial siempre se encuentra dado por las circunstancias propias de cada situación.

Respecto de los derechos que se tienen sobre las interpretaciones de las canciones presentadas en el show, debemos señalar que el empresario contratante no adquiere ningún derecho sobre las obras interpretadas, no pudiendo, por lo tanto, fijarlas ni transmitir las por ningún medio, debiendo estar expresamente facultado por artista para ello.

#### **4.4.6 CONTRATO CON REPRESENTANTE ARTÍSTICO O MANAGER**

Este contrato consiste básicamente en un mandato que concede el artista – mandante - al manager – mandatario - para que este lo represente ante potenciales usuarios de sus servicios, para que éste se encargue de los negocios del artista, celebrando diversos contratos para promocionar la carrera del intérprete, para que éste se dedique completamente a la faceta estrictamente artística de su carrera. Para confirmar esta afirmación, podemos citar el artículo 2118 del Código Civil, el cual señala que: *“Los servicios profesionales y carreras que suponen largos años de estudio, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*.

Los contratantes en este tipo de convenciones son, por una parte, el artista quien encarga la gestión de los negocios concernientes a su carrera, así como la promoción de la misma a un tercero, a quien confiere atribuciones y poderes para ello. Por otro lado, concurre el representante artístico o manager, quien es la persona encargada de la gestión de los negocios encargados por el artista, desempeñándose conforme a las atribuciones y facultades otorgadas por él. Ambos actúan como mandante y mandatario respectivamente ante los ojos de la legislación civil.

La principal obligación del manager en el contrato de representación es la gestión de la carrera artística del intérprete y la promoción de la misma. En cuanto a la gestión de la carrera, esta se encuentra matizada según la mayor o menor latitud de las facultades otorgadas, celebrando contratos, analizando las ofertas que lleguen requiriendo la actuación del artista, etc. Además, el representante debe impulsar la participación del artista en los diversos medios. El intérprete, por su parte, debe cumplir las obligaciones contraídas por el representante a su nombre, así por ejemplo, actuar en el concierto que el representante haya concertado a su nombre. Del mismo modo, el artista debe remunerar al representante según los términos pactados en el contrato.

#### **4.4.7 CONTRATO DE ARTISTA EJECUTANTE CON ARTISTA PRINCIPAL PARA PRESENTACIÓN EN VIVO**

El contrato en cuestión es aquel celebrado entre un músico y un artista principal, con el fin de llevar a cabo una presentación en vivo de manera conjunta, la cual ha sido encomendada al segundo de ellos, de modo que contrata uno a más ejecutantes para que lo acompañen musicalmente durante la actuación. Este es el caso, por ejemplo, de los artistas solistas que son contratados para realizar un concierto, quienes a su vez contratan a los artistas ejecutantes que lo acompañarán en ella.

El artista principal tiene la obligación de remunerar al artista ejecutante por la actuación que realizará en el lugar y día señalados. Las obligaciones que este contrato impone al artista ejecutante comprenden todos aquellos aspectos que permitan una adecuada ejecución en vivo, como la obvia concurrencia a la presentación, así como la concurrencia a los ensayos y otras actividades, como las pruebas de sonido.

Este tipo de contratos, podríamos encontrarlos amparados dentro de la figura del arrendamiento de servicios inmateriales señalados en el artículo 2006 del Código Civil, el cual señala que: *“Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia por sobre la obra de mano, como una composición*

*literaria, o la corrección tipográfica de un impreso*". Este es el caso en el que, si entendemos a la aptitud musical como un acto de la inteligencia o el talento, el artista principal contrata los servicios del artista ejecutante, al cual paga un determinado precio por esta ejecución. En cuanto a este pago remuneratorio, según lo señalado en el propio artículo 2006, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obra material, es decir, los artículos 1997 y 1998. También se aplican las reglas de los contratos de obra material, en lo relativo a la indemnización de perjuicios cuando por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, según lo establecido en el artículo 1999 y 2002 del Código Civil.

#### **4.4.8 CONTRATO DE PRESENTACIÓN EN VIVO DE ARTISTA EJECUTANTE COMO PARTE DE UN ELENCO ESTABLE**

A diferencia de los últimos contratos analizados, este caso se rige por las normas especiales contempladas en el Código del Trabajo, Capítulo IV del Título II del Libro I, artículo 145 a) al 145 k), incorporados a dicho cuerpo legal por la ley 19.889 que regula los contratos de los trabajadores de las artes y el espectáculo.

Mediante este contrato el artista ejecutante se desempeña como parte de un elenco estable y permanente que ejecutará interpretaciones musicales en vivo. Por ello es que es regulado por el Código del Trabajo, ya que se trata de

un contrato laboral propiamente tal, donde podemos encontrar todos los elementos que lo caracterizan: una jornada de trabajo, las remuneraciones, y un vínculo de subordinación y dependencia respecto de su empleador. Una de las partes en este contrato es el artista, quien asume dicha calidad cuando se trata de alguno de aquellos señalados en el artículo 145 a) del Código del Trabajo. La otra parte contratante es el empleador, quien contrata al artista para que se desempeñe en las labores que este le encomiende.

El ejecutante se encuentra obligado a realizar las actuaciones en vivo en la oportunidad y forma acordadas, y cumplir con las demás obligaciones que se estipulan en el Código del Trabajo en su calidad de empleado, como cumplir con su jornada de trabajo, prestar servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia, además de las demás obligaciones que le impone el contrato de trabajo. El empleador, por su parte, se encuentra obligado a remunerar al ejecutante y cumplir con las demás prestaciones que la ley le exige en su calidad. Además, debemos señalar, que el empleador debe requerir la autorización del artista para poder utilizar su imagen. Así lo señala el artículo 145 i) del Código del Trabajo, el cual señala que: *“El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios*

*pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda”.*

## **CAPITULO III: EL NOMBRE DE LAS AGRUPACIONES ARTÍSTICAS**

### **1. EL NOMBRE**

El nombre civil es definido como “*el conjunto de palabras que, en la vida social y jurídica, designa e individualiza a las personas*”.<sup>222</sup> Como tal, su función consiste en individualizar a las personas, de manera que se pueda distinguir a unas de otras, evitando confusiones.

Es así como, históricamente, su función individualizadora ha tenido las más distintas utilidades. En un principio, en Grecia, la característica del nombre es que era único e individual. Pero con el tiempo, ha servido para designar determinada filiación o tronco familiar, linajes, o simplemente características personales. Ejemplos de esto encontramos en la Roma antigua, donde el nombre servía para indicar la familia de procedencia del individuo, o entre los musulmanes, donde los nombres de las personas significaban algo (“el dichoso”, “gran guerrero”, etc).

Actualmente, el nombre tiene una relevancia superior, siendo incluido entre los atributos de la personalidad. Esto quiere decir que el nombre de las

---

<sup>222</sup> VODANOVIC H., Antonio. “Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General”. Tomo I, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 4ª Edición, 2004. Pp. 227-228.

personas en general, tiene una calidad “*dependiente e inseparable del ente, que no puede existir sin él, y tal que el ente no puede “ser” sin esa calidad, destacándose firmemente que los atributos no son derechos, sino cualidades o propiedades del sujeto*”.<sup>223</sup>

Como tal, el nombre puede ser visto y analizado desde una doble óptica: es un atributo de la personalidad<sup>224</sup>, mezclándose con otros atributos -estado civil, nacionalidad, patrimonio, capacidad y domicilio-, pero a la vez, como un derecho de la personalidad, como un “*derecho al nombre*”.<sup>225</sup> Desde esta segunda óptica, se podría decir que las características del nombre, son:

- Ser un derecho absoluto, pudiendo hacerse valer contra todo el mundo.
- No es comerciable
- No es susceptible de una cesión entre vivos, ni transmisible por causa de muerte.
- Es inembargable.
- Es imprescriptible.

---

<sup>223</sup> LEGON A., Fernando. “El nombre social y el nombre comercial, en: Derechos Intelectuales: Patentes de invención, derecho de informática, nombre social y nombre comercial, concesión de licencias, notas sobre software, microchips y computadoras”. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astra, 1986. P.91.

<sup>224</sup> Se define a los atributos de la personalidad, según la teoría clásica, como “ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos”. (VODANOVIC H., Antonio, *Op. Cit.* P.223).

<sup>225</sup> A diferencia de los atributos de la personalidad, se define a los derechos de la personalidad como “aquellos que tienen por fin defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad. También se dice que son aquellos derechos que toda persona física, en la calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona”. (VODANOVIC H., Antonio. *Op. Cit.* P. 257). En general, se diferencian porque al ser derechos tienen otro tipo de tutela jurídica, como es el recurso de protección en caso de violación de estos.



- Por regla general, es inmutable. Es lógico que la excepción a esto es dada por la ley 17.344, que lo permite. En todo caso, siempre se puede mutar por vía directa o consecucional, como en los casos de inscripción de filiación posterior derivada de un reconocimiento, por ejemplo.

- Es uno e indivisible. Esta es la razón por la que los fallos judiciales que digan relación con el nombre producen efectos absolutos, dado que sería ilógico que solo tuviese efectos para las partes que litigaron.

El ordenamiento jurídico, además, protege al nombre de diversas maneras. Contempla la utilización del recurso de protección, según lo establece el artículo 20 de nuestra Constitución Política, en relación al artículo 19 N° 4 de la misma, que protege la honra de la persona; sanciones de carácter penal frente al delito de usurpación del mismo (artículo 214 del Código Penal); responsabilidad de carácter civil derivada de los perjuicios que podría irrogar al titular del derecho, derivada de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, o prohibiciones consagradas en la ley 19.039 sobre propiedad industrial, que no permite registrar, entre otras cosas, el nombre de una persona como marca comercial, de no mediar un consentimiento expreso de esta o sus herederos (artículo 20 letra C de la ley 19.039).

Aun más, la propia ley de propiedad intelectual admite una protección incluso al seudónimo, entendiendo como autor –con todas las prerrogativas que

esto significa- a quien “según la respectiva inscripción, pertenezca el seudónimo con que la obra es dada a la publicidad” (Artículo 8º inciso 1º ley 17.336).

## 1.1 NATURALEZA JURÍDICA

Para dilucidar la naturaleza jurídica del nombre, se han elaborado diversas teorías<sup>226</sup>.

a). *Teoría de la propiedad* (Aubry, Rau). De acuerdo a esta teoría, el nombre constituye un derecho de propiedad. La misma jurisprudencia francesa aceptó esta doctrina, señalando que “*el nombre patronímico constituye, para quien legítimamente lo lleva, una propiedad, de la cual le es permitido, en principio al menos, gozar y disponer de la manera más absoluta*” (Corte de Paris, 27 de diciembre de 1893). Sin embargo, la mayoría de la doctrina está en desacuerdo con ésta teoría, principalmente debido a que el nombre no tiene nada que ver con el derecho de propiedad. En efecto, por esencia éste es enajenable y prescriptible, lo que no acontece con el nombre, que no es susceptible de ser cedido ni menos de perderse por prescripción.

---

<sup>226</sup> En esta materia seguiremos a: ALESSANDRI R. Arturo (1895-1975). “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Explicaciones basadas en las revisiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1998. Pp. 428-430.

b). *Teoría de la marca distintiva de la filiación (Colin, Capitant)*. La premisa de esta teoría es que el nombre, por determinarse generalmente por la filiación, se constituye en su “marca distintiva”, su elemento capital. Sin embargo, se critica esta teoría (de marcado acento romanista) porque en la actualidad no siempre refleja una situación filiativa. Dos ejemplos para explicar esto: En Francia, la mujer adopta *enteramente* el nombre del marido.

c). *Teoría del nombre institución de policía civil (Planiol)*. Para Planiol, el derecho al nombre no existe, solo es una forma obligatoria con que deben designarse las personas, de manera administrativa, para distinguir a las unas de las otras. “*Para el maestro francés, todo el interés de la determinación jurídica se reduce a lo siguiente: si el nombre constituye una propiedad, la persona que lo lleva puede obtenerle sea respetado por otro, sin tener la necesidad de probar que su usurpación le causa daño; pero si el nombre no es objeto de un verdadero derecho de propiedad, el reclamante debe probar un perjuicio derivado de la usurpación*”.<sup>227</sup> Se critica esta teoría por ser “*un círculo vicioso, porque aún cuando se considere el nombre como propiedad de una persona, los terceros usurpadores no son responsables de delito, sino cuando constituye una injuria al derecho. De donde resulta que, de cualquier modo que*

---

<sup>227</sup> ALESSANDRI R., Arturo. *Op. Cit.* P. 429.

*el nombre se considere, para que prospere la acción, hay necesidad de probar el perjuicio”.*<sup>228</sup>

d). *Teoría del nombre atributo de la personalidad (Salecilles, Perreau, Josserand)*. Para los seguidores de esta teoría, el nombre es “*el signo distintivo y revelador de la personalidad*”. Es tanto un elemento constitutivo de ella (junto a la capacidad, el estado civil, la nacionalidad y el domicilio), como un derecho innato, igual a la vida o el honor. Y a la vez, es una institución de policía, toda vez que efectivamente sirve como medio de identificación destinada a prevenir la confusión de las personas. Esta teoría, aceptada por nuestra legislación, mezcla todos los elementos más rescatables de las otras teorías, sirviendo como sustrato a lo planteado como características del nombre.

En nuestro derecho, el profesor Alberto Lyon Puelma, por su parte, señala que el nombre sería un derecho subjetivo, por lo que cabría autorizar a cada persona a invocar su protección legal, sin la necesidad de probar daño alguno, por lo que el titular de éste puede defenderlo sin que tener que demostrar que el uso de otro hace de él, le ocasiona perjuicio alguno. El derecho al nombre, comprendería por una parte, la facultad de hacer uso de él, así como de impedir el uso de terceros.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> *Ibid.* P. 429.

<sup>229</sup> LYON PUELMA, Alberto. “Teoría de la personalidad”. Santiago, Chile, Ed. Universitaria, 1993. P. 146-147.

## 2. EL NOMBRE BAJO EL ALERO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Si bien el nombre no tiene una regulación específica en el ámbito del derecho de autor, como si lo tiene en el derecho civil como atributo de la personalidad, o como una eventual marca comercial en la propiedad industrial, creemos que la denominación de la agrupación artística podría llegar a tener una tutela similar a la que ya hemos señalado para los títulos de las obras que ellos designan, cumpliendo los requisitos de originalidad establecidos para las obras protegidas por el derecho de autor.

Como señalamos para el caso del título de una creación artística, es preciso distinguir aquellos nombres que presentan un grado de *originalidad*, de aquellos meramente *banales*. Los primeros son aquellos que efectivamente serían susceptibles de ser protegidos por el derecho de autor, cuando cumplan con los requisitos de originalidad e ingenio, no constituyendo una mera repetición de algún concepto ya existente o palabra obvio, siendo por lo general nombres de fantasía que identifiquen a la agrupación. Por ejemplo, el nombre de la banda norteamericana *Deftones*, la cual se identifica con una palabra no existente en el idioma inglés, pero que crea un concepto de fantasía y original, proveniente de las voces anglosajonas *Def* (sordo) y *Tones* (tonos). Por otro lado, encontramos aquellos nombres *banales* que, si bien identifican a la agrupación artística dentro del ámbito en el que se desenvuelve, y su eventual

protección como marca comercial, no constituye un nombre original susceptible de ser protegido por la propiedad intelectual, pues carece del requisito de originalidad necesario para que una obra sea amparada por el derecho de autor<sup>230</sup>, como por ejemplo, el nombre de la banda de heavy metal *Sepultura*, o aquellas agrupaciones que se denominan bajo el nombre de uno de sus integrantes, como por ejemplo *The Henry Rollins Band* (La banda de Henry Rollins).

A su vez, el creador del nombre original de la banda puede ser un tercero no perteneciente a ella, o algún integrante de la misma, o en su defecto algún integrante que ya dejó de pertenecer a ella. Como titular de derechos de autor, este posee todas las facultades que hemos señalado que le pertenecen al creador de una obra, de manera totalmente independiente de los derechos que pudiesen corresponderle a determinadas personas por la utilización de algún modo diferente del nombre de la banda o agrupación artística, como utilización publicitaria o comercial, cuyo titular que ejerza estos derechos puede ser un persona diferente del creador intelectual del nombre.

Del mismo modo, puede ocurrir que el nombre de la banda se encuentre inscrito a nombre de todos los integrantes de ella, de modo que el ejercicio de los derechos que ello derivan deberá ser realizado de consuno por todos los

---

<sup>230</sup> Capítulo II, 2.2. “Requisitos para que la obra sea Protegida”

integrantes de ella, o en la forma que determinen los co-titulares de la marca en el reglamento de administración de la marca que pueden inscribir conjuntamente con ésta.<sup>231</sup>

### **3. EL NOMBRE BAJO EL ALERO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL**

La Propiedad industrial es aquella rama del derecho que regula la existencia, alcance y ejercicio sobre marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer<sup>232</sup>. Por ello, en virtud del carácter cada vez más eminentemente comercial del mercado musical y artístico en general, y de la capacidad individualizadora que posee el nombre de una agrupación artística dentro de este mercado, es que creemos conveniente analizar estas denominaciones a la luz de la propiedad industrial, toda vez que permiten al público consumidor elegir comprar tal o cual disco, o asistir a determinado concierto, en virtud de la buena o mala impresión que se tiene de un determinado artista que se identifica y adquiere la fama asociada a su nombre. Por ejemplo marcas tan consolidadas en el ámbito musical chileno como *Los Jaivas* o *Los Tres*.

---

<sup>231</sup> Artículo 19 bis. Ley 19.039. Chile. Ley de Propiedad Industrial. De 25 de enero de 1991.

<sup>232</sup> Definición realizada en base a lo señalado en el artículo 1° de la Ley de Propiedad Industrial, ley 19.039.

### 3.1 EL NOMBRE COMO MARCA COMERCIAL

La ley de 19.039 define la marca comercial como *“todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales”*. Un elemento esencial en las marcas comerciales es su fuerza diferenciadora, su distintividad respecto de otros productos o servicios, de modo que los consumidores no confundan aquellos productos o servicios ofrecidos por una empresa con los de otra. Así lo ha manifestado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC).<sup>233</sup> En este sentido, cumpliendo con los requisitos de susceptibilidad de representación gráfica y que permitan la individualización del producto o servicio en el mercado, el nombre de una agrupación artística es una denominación perfectamente susceptible de ser registrada como una marca comercial.

---

<sup>233</sup> El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio, fue firmado en Marrakech, Marruecos el 14 de Abril de 1994, y promulgado por nuestro país el 15 de Enero de 1995, y publicado en el Diario Oficial el 15 de Mayo de 1995. Su artículo 15.1 señala: *“Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente”*



Ahora bien, si estimamos que el nombre de un grupo musical, por ejemplo, es susceptible de ser registrado como marca, debemos darnos a la tarea de determinar qué es lo que dicha denominación está identificando. La marca puede identificar un producto, un servicio o establecimientos industriales o de comercio, además de las frases de propaganda que se apliquen conjuntamente con la marca. El artículo 23 de la Ley de Propiedad Industrial señala que cada marca solo podrá solicitarse para productos o servicios determinados, con la indicación de la o las clases del Clasificador Internacional a que pertenecen. Esto es lo que se conoce como principio de especialidad de las marcas, en virtud del cual cada una de ellas queda circunscrita a productos o servicios determinados, en una o más clases, de modo que un mismo signo distintivo podría distinguir marcas de distintos titulares en diferentes clases de productos o servicios.<sup>234</sup>

En razón de dicha clasificación, podemos darnos cuenta que las 34 categorías que distinguen productos (categorías 1 a 34), todas ellas hacen referencia a bienes materiales corpóreos, perfectamente asibles. Por el contrario, las marcas que distinguen servicios individualizan prestaciones o actividades determinadas, existiendo 11 clases de servicios, encontrando los servicios de publicidad y negocios en la clase 35; seguros y finanzas en la clase 36; construcciones y reparaciones en la clase 37; telecomunicaciones en la

---

<sup>234</sup> En Internet: <http://www.wipo.int/classifications/nice/es>

clase 38; transporte y almacenaje en la 39; tratamiento de materiales en la clase 40; educación, entretenimiento, deporte y cultura en la 41; servicios científicos y tecnológicos en la 42; hotelería y restaurantes en la 43; servicios médicos en la 44; y servicios jurídicos en la 45.

Para que el nombre de una agrupación artística se constituya como una marca comercial, ella debe ser capaz de identificar un determinado producto o servicio. Por ello es que, teniendo a la vista la Clasificación Internacional de Niza, debemos determinar que producto o servicio es el que identifica este tipo de signos distintivos. Conforme a esta clasificación, entendemos que los nombres de agrupaciones artísticas corresponden a signos que identifican aquellos servicios de la clase 41 de la Clasificación de Niza, que comprende servicios educacionales, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales. Las agrupaciones artísticas, hemos señalado, tienen por fin común a todos sus integrantes el crear obras eventualmente protegidas por el derecho de autor, por lo que su actividad principal se encuentra ligada a la industria del entretenimiento, como una actividad de esparcimiento o cultural. El servicio que ellas prestan es la puesta a disposición de la comunidad toda sus creaciones, y los eventuales servicios pagados por concepto de actuaciones en vivo u otras que pudiesen contratar con ellos. La nota explicativa de la clasificación nos aclara aún más el panorama, ya que señala que esta categoría comprende esencialmente, entre otros, aquellos servicios prestados por personas naturales

o instituciones destinados a divertir o entretener, comprendiendo los servicios cuyo fin esencial es el entretenimiento, la diversión o el recreo de los individuos y los servicios de presentación al público de obras de arte plástico o de literatura con fines culturales o educativos, como lo son aquellos servicios prestados por los grupos musicales o grupos teatrales. Algunas marcas como las señaladas, indican que son concedidas para la clase respectiva (clase 41), señalando las actividades específicas que distinguen. Por ejemplo la solicitud de inscripción para la marca que distingue al grupo musical “*Los Bunkers*”<sup>235</sup> se pide para la clase 41, y describe como actividad la de *grupo musical*, mientras que otra solicitud, para el grupo “*Chancho en Piedra*”<sup>236</sup> va más allá, y describe dentro de las actividad que incluirá dentro de la clase respectiva la de *grupo musical, compañía artística, discoteque, sala de eventos y teatro*, ampliando el espectro dentro del cual pueden explotar comercialmente la marca.

Una agrupación artística podría además registrar su nombre como marca en otras categorías de productos o servicios, por ejemplo en la clase 25 que distingue prendas de vestuario.

Las marcas comerciales pueden clasificarse además como marcas denominativas o verbales, marcas figurativas o gráficas, y marcas mixtas. Los nombres de agrupaciones artísticas también pueden ser considerados como

---

<sup>235</sup> En: <http://www.inapi.cl> solicitud N° 629171

<sup>236</sup> En: <http://www.inapi.cl> solicitud N° 820079

marcas denominativas o verbales, entendiendo por tales aquellas integradas por letras y números que constituyen un conjunto pronunciable, por palabras o combinaciones de palabras y números, incluidas las que siendo nombres o no, sirven para identificar personas físicas o jurídicas.<sup>237</sup> Lo más común es que los nombres, por su carácter natural y obvio, constituyan una marca del tipo recién señalado, como por ejemplo *Nine Inch Nails*, *Rolling Stones*, *311*, por citar algunos nombres en el ámbito internacional, o los ya citados *Los Bunkers* o *Chancho en Piedra* en nuestro país.

Existen además numerosas agrupaciones artísticas que poseen una tipografía típica con la que se escriba el nombre de una agrupación artística con el propósito de la más fácil identificación de las agrupaciones a las que individualiza. Por ejemplo la marca *Los Jaivas* (Fig. 1) en donde aparecen en fondo blanco las palabras *Los Jaivas* en letra impresa en bloque dispuesta en perspectiva<sup>238</sup>, o bien la palabra *Los Bunkers* en letra imprenta y sobre ella la silueta de un hombre caminando con una guitarra al hombro y una estrella roja el mango de ella <sup>239</sup>(Fig. 2), las cuales constituyen marcas mixtas que identifican grupos musicales como las que se muestran a continuación:

---

<sup>237</sup> HORWITZ ZANOLLI, Cristóbal; ITURRA JÁURREGUI, Macarena. “Marcas comerciales en Chile”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, facultad de Derecho, 2003. P. 60.

<sup>238</sup> En <http://www.inapi.cl> Solicitud N° 618259

<sup>239</sup> En <http://www.inapi.cl> Solicitud N° 557593



Fig. 1



Fig. 2

Estos tipos de signos distintivos, como se señaló, son de aquellas denominadas marcas mixtas, las cuales se caracterizan por que el signo posee elementos propios tanto de las marcas denominativas (una denominación por medio de letras) como propios de las figurativas (un signo integrado por figuras o imágenes).

Así, la marca, una vez registrada, confiere a su titular un derecho exclusivo y excluyente, relativo a un sector económico determinado, para usarla dentro del mercado, respecto de los productos, servicios o establecimientos de que se trata y para impedir que un tercero la utilice sin su autorización.

### **3.2 PROHIBICIONES DE REGISTRO**

Nuestra ley de propiedad Industrial señala ciertas situaciones que no pueden constituir objeto de marcas comerciales, y por lo tanto, no pueden ser registradas como tal. Los nombres de agrupaciones artísticas, en su calidad de tales, se encuentran sujetas a las mismas prohibiciones. Dichas causales se encuentran establecidas en el artículo 20 de la ley N° 19.039, en su texto actual fijado por la ley N° 19.996 de 2005:

**A. Los ESCUDOS, las BANDERAS u OTROS EMBLEMAS, las DENOMINACIONES O SIGLAS de cualquier Estado, de las organizaciones internacionales y de los servicios públicos estatales.**

Según el artículo 20 de la Constitución Política de la República “*Son emblemas nacionales, la bandera nacional, el escudo de armas de la república, y el himno nacional*”. Por ello, es que no pueden registrarse como marcas comerciales, el Escudo Patrio, el Cóndor y el huemul que aparecen en él, o la frase “*Por la Razón o la Fuerza*”. En cuanto a la denominación del estado de Chile o de cualquier otro, está vedado que sea registrado como marca comercial si contiene solo dicha denominación o bien cuando va acompañada de una palabra que solo resulta ser indicativa de calidad para la cobertura de los servicios que pretende distinguir.

**B. Respecto del objeto a que se refieren, las DENOMINACIONES TÉCNICAS O CIENTÍFICAS, el nombre de las VARIEDADES VEGETALES, las denominaciones comunes recomendadas por la organización mundial de la salud y aquellas indicativas DE ACCION TERAPEUTICA..**

Esta causal, impide que puedan registrarse como marcas comerciales, los nombres o denominaciones que la técnica o la ciencia emplean para dar a conocer las materias, objetos o procedimientos de los cuales ellas se ocupan. Por ejemplo, en nuestro país se ha rechazado en el año 2003 la marca “*T.H.R*”, para la clase N° 5 (productos farmacéuticos entre otros), ya que con esta sigla se denomina la “*Terapia de Reemplazo Hormonal*” que se utiliza en mujeres que adolecen de problemas provenientes de la menopausia<sup>240</sup>. Sin embargo, creemos que no existiría mayor problema en registrar como marca algún nombre que tenga que ver con alguno de estos procesos científicos o variedades vegetales, toda vez que estarían siendo utilizadas para distinguir servicios de la clase 41, de esparcimiento y entretenimiento, los cuales se encuentran totalmente desprovistos de relación alguna con las categorías que pudiesen comprometer a las denominaciones señaladas, como por ejemplo la clase 1 que comprende productos químicos destinados entre otros a la agricultura; la clase 5 que incluye productos farmacéuticos; clase 9 que señala aparatos e instrumentos científicos; clase 10 de aparatos e instrumentos

---

<sup>240</sup> IGLESIAS MUÑOZ, Carmen. “Estudio Jurisprudencial de marcas y patentes”. Santiago, Chile, LexisNexis, 2003. P. 28.

quirúrgicos, médicos, dentales y veterinarios; clase 42 para Servicios científicos y tecnológicos; y clase 44 para servicios médicos, no induciendo a error al público consumidor.

**C. EI NOMBRE, el SEUDÓNIMO o el RETRATO de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieran transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor.**

**Con todo, no podrán registrarse nombres de personas cuando ello constituya una infracción a las letras E) (expresiones genéricas, indicativas, uso común y descriptivas), F) (que induzcan a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género), G) y H) (iguales o semejantes a marcas inscritas en el extranjero para los mismos productos que gocen de fama y notoriedad, u otras inscritas válidamente en Chile)**

En Chile perfectamente una persona puede inscribir como marca comercial *su* propio nombre. Por ejemplo es perfectamente posible que el cantautor nacional *Alberto Plaza* pueda inscribir este nombre, que es su verdadero nombre, con el que además es conocido en el mundo artístico, como una marca comercial. Lo que nuestra ley prohíbe es que una persona inscriba el



nombre de otro individuo sin su consentimiento o el de sus herederos. Para que opere esta prohibición, ha señalado alguna jurisprudencia, es necesario que se trate del nombre completo de una persona, incluyendo el nombre de pila y su apellido. Por su parte, lo mismo ocurre con los retratos y el seudónimo. El caso del seudónimo es especialmente relevante en el mundo artístico, el cual es muy utilizado por los artistas, como por ejemplo el humorista nacional conocido como *Coco Legrand*, cuyo nombre real es *Alejandro González*.

Al respecto, a modo ejemplar, en nuestro país, se rechazó la inscripción de la marca "*Yerko Puchento*" solicitada por la Pontificia Universidad Católica de Chile para distinguir servicios comunicacionales, en oposición de los creadores del personaje, Jorge López Smith y el actor Daniel Alcaino basándose en esta causal del artículo 20 letra C, pues se trataba de un personaje televisivo directamente relacionado con el opositor, además de atentar contra la ética, pues el solicitante (la estación televisiva donde se presentaba dicho personaje) no podía más que conocer esta situación.

El nombre de personajes históricos sólo podrán ser registrados como marcas comerciales después de 50 años de su muerte, siempre que no atente su honor, o bien cuando no haya ocurrido así, con la autorización de sus herederos. En ocasiones, por ejemplo, se ha intentado registrar la marca

Gabriela Mistral, antes del año 2007, en el cual se cumplieron 50 años de su muerte, en la cual sus herederos se han opuesto.

Hay casos también en los que se ha intentado inscribir el nombre propio, pero infringiendo alguna de las normas señaladas para esta causal (expresiones genéricas, indicativas, uso común y descriptivas; las que induzcan a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género; y aquellas que sean iguales o semejantes a marcas inscritas en el extranjero para los mismos productos que gocen de fama y notoriedad, u otras inscritas válidamente). Como el caso de la marca “*Marcelo Ríos*” para distinguir escuelas de tenis y gimnasio, la cual fue rechazada, no obstante llamarse de esa manera el solicitante, pues infringe la letra F del artículo 20, al inducir a engaño respecto de la procedencia empresarial.

Esta prohibición es aplicable al caso de las agrupaciones artísticas, pues es posible que el nombre de fantasía con el que quieran identificar a una banda musical, por ejemplo, puede coincidir con el nombre de una persona natural que eventualmente no les haya otorgado autorización para ello, por lo que en una eventual inscripción de dicho nombre como marca comercial, la persona que posee ese nombre podría formular oposición basándose en esta causal. Caso distinto es el de aquella agrupación que se identifica con el nombre de uno de sus integrantes, pues el solicitante estaría utilizando su propio nombre para

identificar un servicio, por lo que no sería necesario que requiriera autorización de ningún tipo para la inscripción.

**D. Las que reproduzcan o imiten SIGNOS O PUNZONES OFICIALES DE CONTROL DE GARANTÍAS adoptados por un Estado, sin su autorización; y las que reproduzcan o imiten medallas, DIPLOMAS O DISTINCIONES otorgadas en exposiciones nacionales o extranjeras, cuya inscripción sea pedida por una persona distinta de quien las obtuvo.**

Este es un caso similar al de la causal de la letra A del artículo 20, pero es de muy escasa o nula aplicación, no existiendo precedentes que señalan la irregistrabilidad invocando esta causal<sup>241</sup>.

**E. Las expresiones o signos empleados para indicar el EL GÉNERO, NATURALEZA, ORIGEN NACIONALIDAD, PROCEDENCIA, DESTINACION PESO VALOR O CUALIDAD de los productos, servicios o establecimientos; las que sean de USO GENERAL EN EL COMERCIO para designar cierta clase de productos, servicios o establecimientos, y las que NO PRESENTEN EL CARÁCTER DISTINTIVO O DESCRIBAN LOS PRODUCTOS, servicios o establecimientos a que deban aplicarse**

---

<sup>241</sup> IGLESIAS MUÑOZ, Carmen. *Op. Cit.* P. 56.

Esta causal se refiere a las denominadas “*denominaciones genéricas*”, pudiendo distinguir en esta literal 3 grupos de prohibiciones:

1. Expresiones empleadas para indicar ciertas calidades del producto, como el género, naturaleza, origen, nacionalidad, procedencia, destinación peso, valor u otra cualidad de los productos, servicios o establecimientos.

2. Expresiones que sean de uso general en el comercio para designar cierta clase de productos, servicios o establecimientos.

3. Expresiones que no presenten el carácter distintivo o describan los productos

Por esta causal, no pueden inscribirse como marcas comerciales aquellas que sean:

1. *Una designación necesaria*, entendiéndose por tal la que designa un producto que equivale a aquella con la cual el consumidor en general identifica un producto. Son las palabras que aparecen en el diccionario para designarla.

2. *Expresiones usuales*, aquellas palabras que habitualmente, en un lenguaje vulgar, se ocupan para designar un producto, además de las designaciones necesarias.

3. *Designaciones genéricas*, son las que no distinguen específicamente el producto, si no que el tipo o categoría al que pertenecen, por ejemplo “mueble”, “vestuario” o bien alguna banda musical que quiera registrar su nombre como “música”.

**F. Las que se presten para INDUCIR A ERROR O ENGAÑO respecto de la PROCEDENCIA, CUALIDAD O GÉNERO de los productos, servicios o establecimientos, comprendidas aquellas pertenecientes a distintas clases cuyas coberturas tengan relación o indiquen una conexión de los respectivos bienes, servicios o establecimientos**

Mediante esta causal se pretende proteger a los consumidores de no caer en error o confusión respecto de las características o atributos de un determinado producto, servicio o establecimiento, o bien respecto de su procedencia empresarial. Cabe mencionar que no existen marcas que sean intrínsecamente engañosas, si no que debemos analizar el caso puntual para determinar si se produce tal situación.<sup>242</sup> Por ello, en el caso de las marcas que individualicen en el caso de las agrupaciones artísticas, debemos examinar la situación concreta para determinar si dicho nombre induce a error o engaño respecto de algún producto o servicio de la misma o similar categoría.

**G. Las marcas IGUALES O QUE GRÁFICA O FONÉTICAMENTE SE ASEMEJEN, en forma de poder confundirse CON OTRAS REGISTRADAS EN EL EXTRANJERO para distinguir los MISMOS PRODUCTOS, servicios o establecimientos comerciales o industriales, siempre que ellas gocen de FAMA Y NOTORIEDAD en el sector pertinente del público que**

---

<sup>242</sup> HORWITZ ZANOLLI, Cristóbal; ITURRA JÁURREGUI, Macarena. *Op. Cit.* P. 94.

**habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro.**

Antes de entrar en un análisis más profundo, debemos tener en claro la distinción existente entre una marca notoria y una marca renombrada. La distinción en este plano considera el nivel de difusión que una determinada marca tiene en el plano local. La *marca notoria* es aquella que resulta ser manifiestamente reconocida por los consumidores de una determinada clase de productos de un país. Por su parte, la *marca de renombre*, es aquella que por su difusión en el mercado y su prestigio empresarial, no puede utilizarse por otra persona distinta a su titular, ni en la misma clase inscrita ni en otra distinta, ya que induciría igualmente a confusión entre los consumidores.<sup>243</sup>

Esta causal de irregistrabilidad protege las marcas extranjeras que identifiquen los mismos productos, y que gocen de fama y notoriedad en el país en donde se encuentran inscritas, esto es, aquella que es conocida por un grupo amplio o importante de consumidores.

En este sentido, el Acuerdo ADPIC vigente en nuestro país, señala dos elementos a considerar, a saber, la fama y notoriedad de una marca. Por un

---

<sup>243</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Marcas Comerciales". Santiago, Ed. Jurídica de Chile, año 2006. P. 31-32

lado la notoriedad de una marca vinculada a un pertinente sector del público consumidor. La marca no requiere ser notoria para la generalidad del público de dicho país, si no que dependiendo de cuan conocida sea aquella marca en el público objetivo al que está destinado el consumo de dicho producto o servicio. Un segundo elemento a considerar son repercusiones de la publicidad que su titular realice en otros países miembros del acuerdo.

Esta causal puede ser perfectamente aplicable en cuanto a los servicios que venimos analizando, los de las agrupaciones artísticas. Son muchas las agrupaciones extranjeras de este género que gozan de fama notoriedad respecto de un determinado sector del público, como las grandes bandas internacionales como Metallica o Rolling Stones, o bien algunas no tan conocidas, pero que entre los seguidores de un sub-género específico son perfectamente reconocidas y gozan de tal calidad.

Cuando sea rechazado el registro por esta causal, el titular de la marca notoria tiene un plazo de 90 días para inscribir la marca en nuestro país. Si no lo hace, otro podrá hacerlo, teniendo prioridad por los 90 días siguientes, aquel a quien se le rechazó la inscripción

La ley 19.996 de 2005 agregó a la literal G del artículo 20 el siguiente inciso:

**De igual manera, las MARCAS REGISTRADAS EN CHILE QUE GOCEN DE FAMA Y NOTORIEDAD, podrán impedir el registro de otros SIGNOS IDENTICOS O SIMILARES solicitados para distinguir productos, servicios o establecimiento comercial o industrial DISTINTOS Y NO RELACIONADOS, a condición, por una parte, de que estos últimos guarden ALGUN TIPO DE CONEXIÓN con los productos, servicios o establecimiento comercial o industrial que distingue la marca notoriamente conocida y que, por otra parte, sea probable que esa protección LESIONE LOS INTERESES DEL TITULAR de la marca notoria registrada. Para este caso, FAMA Y NOTORIEDAD se determinará en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales en Chile.**

Lo que busca este nuevo párrafo, es proteger de manera excepcional las marcas notorias y famosas en nuestro país, trascendiendo el principio de especialidad, el cual permite que convivan dos marcas idénticas en el mercado, incluso si identifican productos o servicios pertenecientes a rubros distintos. En este caso de marca notoria permite impedir el registro de una marca para productos distintos y no relacionados cuando por una parte guarde algún tipo de conexión con el producto de la marca notoria, y lesione los intereses de su titula



**H. Aquellas IGUALES o que GRÁFICA O FONETICAMENTE SE ASEMEJEN de forma que puedan CONFUNDIR con otras ya registradas o válidamente solicitadas con anterioridad para productos, servicios o establecimiento comercial o industrial idénticos o similares, PERTENECIENTES A LA MISMA CLASE O CLASES RELACIONADAS.**

El ámbito de aplicación no solo cubre al de los productos de la misma clase, si no que también a las clases relacionadas. Por ejemplo se impidió el registro de la marca “*C-Salud*” para distinguir servicios del rubro de la computación, destinados a certificar transacciones comerciales en el rubro de la salud. A lo que se opuso la Isapre ConSalud. De modo que el DPI<sup>244</sup> rechazó la inscripción de la marca, argumentando que ambas marcas se configuran con la letra C y el sufijo SALUD, lo que en conjunto llevaría a creer que ambos signos pertenecen a una misma familia de marcas.

Esta causal se aplica igualmente respecto de aquellas *marcas no registradas que estén siendo real y efectivamente usadas* con anterioridad a la solicitud de registro dentro del territorio nacional.

Rechazado o anulado el registro por esta causal, el usuario de la marca deberá solicitar su inscripción en un plazo de 90 días. Si así no lo hiciera, la

---

<sup>244</sup> Departamento de Propiedad Industrial

marca podrá ser solicitada por cualquier persona, teniendo prioridad dentro de los 90 días siguientes a la expiración del derecho del usuario, aquélla a quien se le hubiera rechazado la solicitud o anulado el registro

**I. La FORMA O EL COLOR DE LOS PRODUCTOS O LOS ENVASES, además del COLOR en si mismo.**

No se puede registrar como signo la forma o el color de un producto o de los envases, con lo que se excluye la posibilidad de registrar una marca tridimensional. Así mismo, el color en si mismo no puede ser objeto de registro de marca.

**J. Las que puedan inducir a ERROR O CONFUSIÓN en el público consumidor, respecto de la procedencia o atributos del producto que pretende distinguir en Chile una INDICACIÓN GEOGRÁFICA o DENOMINACIÓN DE ORIGEN.**

Nuestra Ley de Propiedad Industrial define en su artículo 92 la *indicación geográfica* como aquella que identifica un producto como originario de un país o de una región o localidad del territorio nacional, cuando la calidad, reputación, u otra característica del mismo sea imputable, fundamentalmente a su origen geográfico. Por su parte señala que la *denominación de origen* es aquella que

identifica un producto como originario del país, o de una región o de una localidad del territorio nacional, cuando la calidad, reputación u otra característica del mismo sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, teniendo en consideración otros factores naturales o humanos que incidan en la característica del producto.

La ley 19.996 de 2005 agregó como nuevo objeto de propiedad industrial a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, prohibiendo la inscripción como marcas comerciales tales indicaciones geográficas y denominaciones de origen legalmente protegidas. Hoy, posterior a la modificación de la ley 20.160 de 2007, tal prohibición dice relación a aquellas que puedan inducir a error en el consumidor respecto de la procedencia o atributos de los productos que pretende distinguir.

**K. Las contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, comprendidas en éstas los principios de competencia leal y ética mercantil.**

Pueden citarse como normas de orden público en esta materia las que regulan la propiedad, dentro de las cuales se encuentran las reglas de la propiedad industrial. Así también como las que atenten contra el orden público económico, incluyendo las del orden público económico. De manera más clara

podemos encontrar aquellas marcas atentatorias contra la moral y las buenas costumbres, incluidas en ellas las prácticas de ética mercantil y competencia leal.

### 3.3 TITULARIDAD Y REGISTRO DE LA MARCA COMERCIAL

La adquisición del derecho sobre una marca y su consecuente amparo legal nacen al efectuarse el registro ante el organismo respectivo encargado para dicha función, que en el caso de nuestro país es la el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INAPI), dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción<sup>245</sup>. Así lo establece el artículo 2° de la ley 19.039, el cual señala: *“Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá gozar de los derechos de la propiedad industrial que garantiza la Constitución Política, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de esta ley”*, y agrega el inciso 3° del mismo artículo que *“Los derechos de propiedad industrial que en conformidad a la ley sean objeto de inscripción, adquirirán plena vigencia a partir de su registro, sin perjuicio de los que correspondan al solicitante y de los demás derechos que se establecen en esta ley”*. A mayor abundamiento, el reglamento de la ley 19.039

---

<sup>245</sup> El INAPI fue creado mediante la Ley N° 20.054, del 14 de abril del año 2008. Dicha ley señala en su artículo 3° letra A que dentro de las funciones del Instituto se encuentra: *“Ser el órgano encargado de todas las actuaciones administrativas relativas al reconocimiento y vigencia de la protección registral otorgada por la ley a la propiedad industrial, correspondiéndole, entre otras, la elaboración, mantención y custodia de los registros, anotaciones y transferencias; emisión de títulos y certificados; conservación y publicidad de la documentación, cuando sea procedente”*.

señala en su artículo 3° inciso 2° que “Los derechos de propiedad industrial que en conformidad a la ley sean objeto de inscripción, adquirirán plena vigencia a partir de su registro, sin perjuicio de los que correspondan al solicitante y de los demás derechos que se establecen en la ley”.

El nacimiento del derecho de propiedad intelectual, y por lo tanto, la titularidad sobre una marca se encuentra dada entonces, por la inscripción de ella en el registro del INAPI, de modo que quien la inscribe adquiere todos los derechos que ella confiere, no obstante la posibilidad de oposición o nulidad en caso de la concurrencia de alguna de las causales de irregistrabilidad ya señaladas. Esta titularidad puede recaer en dos o más personas que soliciten el registro conjuntamente, quienes actúan como comuneros, en cuyo caso podrán solicitar que se registre también un reglamento de uso y control de la misma, que será obligatorio para los titulares e inoponible a terceros<sup>246</sup>. Esta situación es la que más frecuentemente puede ocurrir en el caso de las agrupaciones artísticas a las cuales estamos refiriéndonos, pues es común que las bandas musicales, cuando inscriben los nombres con los que son conocidos, lo hagan a nombre de todos sus integrantes. Ejemplo de ello es la banda chilena de rock *Chancho En Piedra*, cuya marca se encuentra concedida en favor de todos los actuales miembros de la banda de manera conjunta<sup>247</sup>. En

---

<sup>246</sup> Artículo 19 bis de la ley 19.039. Chile. Ley de Propiedad Industrial. De 25 de enero de 1991

<sup>247</sup> En <http://www.inapi.cl> Solicitud N° 820079. Marca *Chancho en Piedra* fue concedida a favor de don Felipe Ilabaca, Pablo Ilabaca, Leonardo Corvalán y Eduardo Ibeas, únicos miembros de la banda de la

este sentido, es interesante hacer mención a lo señalado por el artículo 19 bis inciso final de la Ley de Propiedad Industrial, que dispone que una marca podrá registrarse para ser usada colectivamente, con la finalidad de garantizar la naturaleza o cualidad de determinados productos o servicios, en cuyo caso, la marca no podrá ser cedida a terceras personas, con el objeto de cumplir con dicho fin. En el caso que se señala, podría registrarse el nombre de una agrupación artística con el fin de que sea utilizada únicamente por la totalidad de sus integrantes para asegurar una cierta calidad en la ejecución artística, que con otros intérpretes no cumpliría con los estándares esperados por el público auditor.

La marca le confiere a su titular un derecho exclusivo y excluyente para utilizarla en el tráfico económico con el objeto de distinguir los productos y servicios respecto de los cuales ha inscrito la marca. De este modo, el titular de la marca registrada puede impedir que cualquier tercero utilice una marca idéntica o similar sin su consentimiento en el tráfico comercial para productos, servicios o establecimientos comerciales que sean idénticos o similares a aquellos para los cuales se ha concedido el registro<sup>248</sup>, de modo que su uso por parte del tercero pueda provocar error o engaño en el público consumidor, ya

---

misma denominación, bajo el registro N° 835559, para la clase 41, la cual incluye conjunto musical, compañía de artistas, discoteque, sala de eventos, cine y teatro.

<sup>248</sup> Artículo 19 bis D inciso 1° de la Ley 19.039 señala: “La marca confiere a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico en la forma que se le ha conferido y para distinguir los productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales comprendidos en el registro”.

que, como sabemos, la propiedad industrial se interesa proteger la buena fe pública y la confianza de los consumidores respecto de la calidad de determinado producto.

La marca comercial concede a su titular, además, ciertas facultades específicas que pueden entenderse que se derivan del derecho de la explotación exclusiva y excluyente de ella<sup>249</sup>, que si bien no se encuentran detalladas taxativamente en nuestra legislación, si se encuentran desarrolladas de manera más extensa en el derecho comparado, como la legislación española, por ejemplo.

Una de estas atribuciones es la facultad de poner la marca en productos o en su presentación. Ello implica que el titular puede fijar la marca sobre el producto que ofrece, o en su envoltorio, envase o presentación. Esta es la manifestación material que permite hacer visible este bien inmaterial que consiste la marca. En el caso que nos convoca, respecto del nombre de las agrupaciones artísticas, esta facultad se puede ver manifestada mediante el despliegue de telones de fondo en las presentaciones en vivo de ellas, o bien su incorporación en la carátula de sus discos, u ofrecer merchandising alusivo a ella, como prendas de vestir, cuadernos y cualquier otro producto que incorpore el nombre de la agrupación artística en ellos.

---

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. "Tratado Sobre Derecho de Marcas". Madrid , Eds. Jurídicas y Sociales, 2004. P. 440 y ss.

El titular puede además poner en el mercado los productos o servicios diferenciados mediante su marca, ofreciendo sus productos y prestando los servicios utilizando el nombre de la agrupación, y paralelamente estando facultado para prohibir que un tercero ofrezca o preste servicios bajo un signo idéntico o semejante cuando dicha oferta presente un riesgo de confusión. En este sentido, el titular tiene la posibilidad de ejercer acciones civiles y penales en contra de un tercero que utilice la marca sin la debida autorización de su titular<sup>250</sup>, como es el caso en que una agrupación artística realice alguna presentación utilizando el nombre de otra que su legítimo titular, intentando engañar al público.

El titular tiene el derecho de utilizar la marca publicitariamente en el ámbito concerniente al producto o servicio que presta. Así mismo posee la facultad de prohibir que terceros utilicen de este modo su signo distintivo.

La facultad de utilizar la marca en redes temáticas y como nombre de dominio. Esta última facultad no posee un asidero unánime en la doctrina, pues no existe tampoco un acuerdo total respecto del papel que juegan y la naturaleza de los nombres de dominio en Internet, tema que será analizado posteriormente.

---

<sup>250</sup> Artículo 28 letra A de la Ley 19.039. Chile. Ley de Propiedad Industrial. De 25 de enero de 1991



Los derechos que la marca comercial otorga a su titular son transmisibles por causa de muerte, como lo establece el artículo 14 de la ley de propiedad industrial, por lo que habrá que dejar constancia en el inventario de la posesión efectiva de la herencia de la existencia de la existencia del derecho y de su registro a nombre del causante.<sup>251</sup>

Del mismo modo, al ingresar el derecho sobre una marca comercial al patrimonio de un individuo, este derecho es susceptible de que se ejerzan sobre él toda clase de actos jurídicos, los que deberán constar, al menos por instrumento privado suscrito ante notario y anotarse al margen del registro.<sup>252</sup> No obstante, debemos señalar que las marcas comerciales son indivisibles, por lo que no puede transferirse parcial y separadamente elemento alguno de los que constituyen el signo distintivo. En cambio, puede transferirse parcialmente una marca amparada en un registro, abarcando una o más de las coberturas para las que se encuentra inscrita y no relacionada, permaneciendo el resto del registro como propiedad de su titular.<sup>253</sup> Entonces, es efectivo que sobre una marca comercial puedan celebrarse toda clase de contratos, como compraventas, prenda, comodato etc, estando sujeto a las limitaciones legales

---

<sup>251</sup> SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Op. Cit.* P. 72.

<sup>252</sup> Artículo 14 inciso 1° de la Ley 19.039 señala: “*Los derechos de propiedad industrial son transmisibles por causa de muerte y podrán ser objeto de toda clase de actos jurídicos, los que deberán constar, al menos, por instrumento privado suscrito ante notario y se anotarán en extracto al margen del registro respectivo*”.

<sup>253</sup> Artículo 14 inciso segundo de la Ley 19.039. Chile. Ley de Propiedad Industrial. De 25 de enero de 1991

de todo acto jurídico, y las formalidades señaladas por la ley de propiedad industrial y el reglamento de la misma.

Uno de los actos jurídicos más relevante en relación a las marcas comerciales es el *contrato de licencia*. Se trata de un contrato innominado, aplicable también a los demás privilegios industriales, el cual también es denominado *royalty*, mediante el cual, “*el titular o dueño de un industrial otorga a otra persona el uso y/o goce temporal de ella por una prestación en dinero u otros bienes. Esta denominación también se acostumbra llamar “royalty” o “regalía”*”.<sup>254</sup> Mediante este contrato, el titular de la marca (licenciante) faculta a otra (licenciario) para que la utilice dentro de un cierto plazo o indefinidamente, dentro de un espacio territorial determinado, usualmente a cambio de una suma de dinero. Normalmente, el licenciante suele determinar la forma en que el licenciario deberá desarrollar la actividad asociada a la marca, con el objeto de asegurar ciertos estándares de calidad y no comprometer el prestigio asociado a ella, insertándose comúnmente cláusulas que determinan la terminación del contrato cuando no se cumplan las instrucciones señaladas.

---

<sup>254</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. “Contratación Comercial Moderna”. Santiago, Ed. Jurídica, 1991. P. 120.

#### **4. NOMBRE DE DOMINIO EN INTERNET.**

Para poder entender el concepto de nombre de dominio en Internet, antes de ello debemos analizar ciertos aspectos relevantes que nos permiten obtener una noción más cabal de esta idea.

Los computadores que interactúan entre sí para compartir información en Internet se identifican entre ellos mediante una “dirección IP” (*Internetworking Protocol Adress*), la cual en un principio se trataba de una serie códigos numéricos, el cual por dicha característica era muy difícil de recordar por parte de los usuarios. Por ello es que, con el objeto de facilitar la identificación de los computadores proveedores de información en Internet, se permitió la utilización de nombres para identificarlos, creando lo que conocemos como nombre de dominio” o “DNS” (*Domain Name System*). Para ello se debió crear un organismo sin fines de lucro para administrar el sistema de registro de nombres de dominio (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ICANN*), el que funciona como el organismo internación encargado de esta tarea. Este delegó esta función respecto de cada uno de los dominios nacionales en diversas instituciones, la cual en el caso de Chile es el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile (*Network Information Center NIC-Chile*).

Ante lo señalado, podríamos definir el nombre de dominio como *una dirección electrónica alfanumérica que identifica y localiza un computador conectado a Internet.*<sup>255</sup>

#### **4.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL NOMBRE DE DOMINIO**

El nombre de dominio (DNS) tiene una secuencia lógica preestablecida que consta de tres elementos que conforman la dirección electrónica. El primero de estos elementos es el tipo de aplicación utilizada, por ejemplo *http://www*. Luego se encuentra el dominio de nivel secundario (*Second Level Domain SLD*), este es el núcleo de la dirección electrónica, el cual consiste en un elemento alfanumérico. Finalmente encontramos el dominio de nivel superior (*Top level Domain o TLD*), el cual está destinado a indicar el tipo de actividad o información, o bien un territorio geográfico o centro principal de actividades, como por ejemplo *[.cl]* para designar páginas chilenas, *[.com]* para entidades comerciales, o *[.net]* para los proveedores de red etc.

Debido a que uno de los componentes de la dirección electrónica puede ser cualquier elemento alfanumérico que permita una individualización del dominio, este puede servir (y de hecho así lo hace) para individualizar una empresa, nombre, persona o institución determinada. Por ello es que, muchas

---

<sup>255</sup> MORALES ANDRADE, Marcos. “Naturaleza Jurídica de los nombres de dominio y sus consecuencias en el derecho chileno”, en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, 2004. P. 70.

veces, se vincule el nombre de dominio con la marca comercial, y de ello deriven los conflictos que al respecto puedan suscitarse. No obstante, este carácter vinculado a la marca comercial del nombre de dominio no es unánimemente aceptado por la doctrina. Por ello es que podemos señalar tres tesis que intentan explicar la naturaleza jurídica del nombre de dominio.<sup>256</sup>

#### 4.1.1 TESIS DEL BIEN AUTÓNOMO

Esta idea ha nacido en los Estados Unidos, y entiende a los nombres de dominio como bienes inmateriales con contenido patrimonial, por lo que pueden transferirse, embargarse y gravarse. Esta idea se sustenta en la norma norteamericana de *Anticybersquatting Consumer Protection Act*<sup>257</sup>. Mediante dicha norma se prohíbe la inscripción, tráfico o uso de nombres de dominio idénticos o confundibles con marcas registradas, pudiendo el agraviado con la violación de esta prerrogativa ejercer acciones *in rem* directamente respecto del nombre de dominio, con prescindencia incluso del titular demandado en caso que este sea desconocido. Esta regulación nos demostraría que si el demandante puede entablar una acción directamente contra el *bien* en cuestión (el nombre de dominio), estos tienen propiamente el carácter de tal, pudiendo encontrarse desligados del contrato de registro. Una idea que apoya esta teoría

---

<sup>256</sup> En relación a estas tres tesis señaladas, nos guiaremos por lo señalado en: Morales Andrade, Marcos. Op. Cit. P. 73-74.

<sup>257</sup> Esta normativa de los Estados Unidos de 29 de Noviembre de 1999, pretende proteger a los consumidores de los abusos en la utilización de los nombres de dominio.

del bien autónomo, es que no se puede explicar sino de conforme a esta tesis, la proliferación sostenida de sitios en la red dedicados a comprar, vender o subastar nombres de dominio, los cuales incluso conllevan una plusvalía en el mercado según el nombre del que se trate.

#### **4.1.2 TESIS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Otra parte de la doctrina ha sostenido por su parte que los nombres de dominio serían únicamente la manifestación de un contrato de prestación de servicios entre el titular y la entidad registradora, y no constituirían por lo tanto un bien en si mismos, ni derechos con relación a un bien. Esta tesis ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Virginia, Estados Unidos, en relación con el caso *[umbro.com]* del año 2000. En este caso, la marca de ropa deportiva *Umbro International Inc.* demandó a la entidad registradora de nombres de dominio *Network Solutions In. (NSI)*, a fin de que se hiciera efectivo un embargo sobre diversos dominios disputados. El tribunal de primera instancia falló a favor de Umbro, sosteniendo que los nombres de dominio registrados son propiedad intangible sujeta a embargo, constituyendo una nueva forma de propiedad intelectual. Sin embargo, la Corte falló a favor de la NSI, estimando que el nombre de dominio no es más que un contrato de servicios entre la empresa registradora y el titular, por lo que no resulta ser un

bien, ni un derecho respecto de un bien, que pudiese por lo tanto ser susceptible de embargo.

#### **4.1.3 TESIS DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS**

Bajo esta teoría, se equiparan los nombres de dominio con aquellos signos distintivos de una empresa, como marcas o nombres comerciales, ya que efectivamente desempeñan funciones distintivas respecto del público general. Otra parte de la doctrina que circunscribe a esta teoría señala que el nombre de dominio equivale a los rótulos de establecimientos comerciales, ya que el sitio web es el que permite el contacto entre la empresa y el cliente. Según esta tesis, el nombre de dominio permite distinguir en la red los productos y servicios ofrecidos de un modo análogo en el que las marcas comerciales lo hacen en el mundo real.

#### **4.2 SITUACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL**

En el caso de la legislación chilena, el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de los nombres de dominio no se encuentra resuelto ni mucho menos. En nuestro país se postulan las mismas tesis antes descritas, la del bien autónomo, la del contrato de servicio, y la de los signos distintivos.

Ciertos autores, como Marcos Andrade Morales, han optado por rechazar categóricamente la tesis del nombre de dominio como bien autónomo y la tesis de los signos distintivos. Respecto de la primera argumenta, a grandes rasgos, que la Constitución Política ha señalado que “*solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad*”, por lo que si el nombre de dominio fuese un bien susceptible de ser apropiado, la ley hubiese establecido un modo de adquirir especial para él. Respecto de la segunda tesis, señala que si bien el nombre de dominio puede ser utilizado como un elemento distintivo de productos y servicios, ello no es siempre así, ya que muchas veces tiene funciones distintivas respecto de obras del intelecto u otras funciones.

Según quien plantea que en nuestro país se sigue a la tesis del contrato de servicio, se señala que el nombre de dominio no es más que el efecto del contrato entre su titular y NIC Chile<sup>258</sup>, debido a la imposibilidad de poder subsumir esta figura dentro de las otras teorías antes analizadas.

No obstante lo señalado por don Marco Andrade Morales, hoy en día podemos argumentar a favor de la tercera tesis señalada que asimila los nombres de dominio con las marcas comerciales como signos distintivos de productos, servicios y personas. Si bien el nombre de dominio no es exactamente la proyección virtual de la marca, por lo que no se entiende que

---

<sup>258</sup> NIC Chile es el organismo encargado de administrar los nombres de dominios en la web en nuestro país.



automáticamente la legislación marcaria se aplicará en el ámbito digital. Pero la ley de propiedad industrial otorga al titular de la marca la facultad de impedir que otros utilicen su signo distintivo en el tráfico comercial<sup>259</sup>, por lo que, al tener los nombres de dominio la facultad de poder individualizar ciertos productos en el plano virtual, cuando concurren ciertas características, estos nombres de dominio pueden llegar a vulnerar los derechos de un titular de una marca comercial. Pero para que logre considerarse que el nombre de dominio ha infringido el derecho de exclusividad que posee el titular sobre la marca es necesario que éste se encuentre cumpliendo un rol de signo identificador de aquella, para lo cual se debe examinar el contenido de la página web asociada a dicho nombre para determinar si posee dicho carácter identificador o no.

La necesidad de proteger al consumidor ante la posibilidad de confusión o engaño, poniendo en riesgo la fe pública, es lo que justifica la asignación del nombre de dominio, ya que por ejemplo, los usuarios pueden acceder a un determinado sitio pensando que el titular es una empresa específica, cayendo

---

<sup>259</sup> Artículo 19 bis D inciso segundo de la Ley de Propiedad Industrial, ley 19.039, el cual señala: “Por consiguiente, el titular de una marca registrada podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el curso de las operaciones comerciales marcas idénticas o similares para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que sean idénticos o similares a aquéllos para los cuales se ha concedido el registro, y a condición de que el uso hecho por el tercero pueda inducir a error o confusión.”

en el error cuando ello no es así. El riesgo de confusión es el argumento principal en estos conflictos.<sup>260</sup>

Ante estos antecedentes, consideramos que es claro que en nuestro país se entiende (o al menos es imperioso que así sea) el nombre de dominio como un signo distintivo en el plano digital, por lo que el titular de aquella marca que identifica un servicio o producto, y en nuestro caso específico, el titular de la marca que identifica un grupo musical, es quien tiene el derecho de inscribir un nombre de dominio determinado, cuando exista un conflicto al respecto.

Pero en la práctica, no siempre los grupos musicales registran el nombre con el cual son identificados como marcas comerciales, por lo que la argumentación que en este caso se aplica para resolver conflictos sobre la asignación de nombres de dominio es diferente. Uno de los argumentos más utilizados para resolver este tipo de problemas es la “tesis del mejor derecho”, por medio del cual los árbitros analizan los antecedentes otorgados por las partes o como medidas para mejor resolver, de modo que logre proporcionarle algún indicio de un quien posee un mejor derecho sobre el nombre de dominio en disputa. Este argumento obedece a razones de equidad y principios del derecho, de modo que ante una disputa que enfrente al miembro de una banda,

---

<sup>260</sup> DUFFAU GARCÍA, Eugenia. “Argumentación en base a derechos marcarios, utilizada en conflictos sobre asignación de nombres de dominio: análisis de sus principios y criterios”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008. P.46.

que quiere registrar sitio de Internet de ella, probablemente, ante la falta de otros antecedentes de peso que logren convencer al árbitro de lo contrario, el registro se le otorgará a él.

Estos argumentos señalados anteriormente, son utilizados por la jurisdicción arbitral para dirimir los conflictos que se susciten entre partes respecto de la inscripción de un determinado nombre de dominio.

El reglamento de NIC Chile otorga el derecho a cualquier persona natural o jurídica que estime que sus derechos han sido gravemente afectados por efecto del otorgamiento de un determinado nombre de dominio, para que solicite la revocación de este derecho. Una vez recibida la solicitud de revocación del nombre de dominio por parte de NIC Chile, con la respectiva argumentación que funde esta solicitud, NIC Chile notificará a las partes mediante correo electrónico, sujetando su procedimiento de resolución del conflicto a las reglas de Mediación y Arbitraje señaladas en el mismo reglamento.<sup>261</sup>

Señala el reglamento de NIC Chile, que será causal de revocación del dominio cuando su inscripción sea abusiva o se haya realizado de mala fe. El

---

<sup>261</sup> Artículos 20 y 21 de la Reglamentación para el funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL.

reglamento señala que se considerará de mala fe una inscripción cuando cumpla con las siguientes condiciones<sup>262</sup>:

- a. *“Que el nombre de dominio sea idéntico o engañosamente similar a una marca de producto o de servicio sobre la que tiene derechos el reclamante, o a un nombre por el cual el reclamante es reconocido.*
- b. *Que el asignatario del nombre de dominio no tenga derechos o intereses legítimos con respecto del nombre de dominio, y*
- c. *Que el nombre de dominio haya sido inscrito y se utilice de mala fe”.*

Si el resultado del procedimiento de mediación y arbitraje fuere favorable al reclamante, NIC Chile procederá a transferir el dominio a éste, quien deberá cumplir con los requisitos de asignación respectivos.

---

<sup>262</sup> Artículo 22 de la Reglamentación para el funcionamiento del Registro de Nombres del Dominio CL.

## **CONCLUSIONES**

A través del desarrollo de este trabajo hemos logrado obtener varias conclusiones respecto de la regulación jurídica de las agrupaciones dedicadas a la creación de obras artísticas.

Antes que todo, debemos señalar que hemos podido entender qué es lo que entendemos por agrupaciones artísticas, término que comúnmente utilizamos para referirnos a grupos musicales, compañías de teatro o cualquier entidad que caiga bajo la siguiente definición: “*conjunto de personas reunidas de forma más o menos permanente con el fin común de crear obras eventualmente protegidas por el derecho de autor*”. Este tipo de colectividades podrían llegar a tomar diversas formas de organización interna según así lo quisieran sus integrantes, de modo que los derechos que para ella emanan podrían regularse, por ejemplo, conforme al régimen de la co-propiedad o comunidad. Empero, creemos que se trata de una institución de características y una regulación propias, inherentes a su carácter de entidades multipersonales creadoras de obras del intelecto.

En este carácter de entidades cuya principal ocupación, y por cierto objeto principal, es la creación de obras artísticas, ya sea musicales, obras plásticas o de arquitectura, literarias, y en fin, toda aquella que constituya una

expresión del intelecto humano, es que consideramos que el estatuto jurídico que viene a proteger de manera más eficaz los derechos que emanan de esta actividad para los miembros de la agrupación artística es de la Propiedad Intelectual. Este estatuto jurídico, dado en nuestro país por la ley N° 17.336, establece (en su artículo 1°) que esta ley *“protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*. En este sentido, entonces, el fruto de la actividad creativa de estas instituciones pueden asumir diversas formas, ya sea, como se señaló, como libros, folletos y escritos en cualquier forma, conferencias y discursos, obras dramáticas, musicales y dramático-musicales, fotografías, pinturas, dibujos, obras cinematográficas, esculturas etc.

Las agrupaciones artísticas, en su calidad de entidades multipersonales, ejercen los derechos que emanan de las obras que crean a través del régimen de la co-autoría, en virtud de la cual varios autores contribuyen a la creación de una obra, ya sea trabajando juntos en el proceso creativo de la misma, o bien trabajando por separado creando cada uno sus aportes para que sean explotados de manera conjunta y formen una unidad. En este sentido, podemos distinguir dos subsistemas de creación artísticas en los cuales participan una pluralidad de personas. Por una parte se trata de las obras en

colaboración, en las cuales los coautores trabajan en conjunto para crear una obra única, en la cual sus aportes, si bien pueden ser distinguidos, no pueden ser separados de la obra final sin que se destruya el fundamento de su que justificó su realización. Por otra parte, se trata de las obras colectivas, las cuales en cambio, se trata de aquellas que son creadas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga a su nombre, a partir de las contribuciones realizadas para tal fin por los autores que han participado en su elaboración, las que se funden en una creación única y autónoma.

Ahora, en el caso de las obras colectivas, nuestra legislación establece que el ejercicio de los derechos que de ella emanen serán de propiedad de aquel quien ha encargado y organizado su realización. Por su parte, para el caso de las obras en colaboración, los derechos que emanan de estas creaciones son ejercidos de manera conjunta por sus autores, en este caso, por los integrantes de la agrupación que participen en el respectivo proceso creativo. Empero, en el caso que uno de los integrantes de estas agrupaciones emigre de ellas, este conserva parte de los derechos que le corresponden respecto de estas obras, en particular los derechos de índole morales, de modo que permiten la utilización de estas obras, en la medida que le correspondan, de estas obras de manera separada de la agrupación.

Si bien las agrupaciones artísticas, en cuanto titulares de derechos de autor, como las obras que son fruto de su trabajo colectivo, en cuanto objeto de derechos, se encuentran amparadas bajo la ley 17.336 (Ley de Propiedad Intelectual), estas entidades pueden encontrar amparo también bajo el amparo de la propiedad industrial, esto es, reguladas y entendidas como marcas comerciales. Esto es, que el nombre bajo el cual son conocidas estas entidades de creación colectiva le permiten tener una distintividad respecto de otras agrupaciones existentes en el mercado. Para poder ser registradas como marcas comerciales deben cumplir con los requisitos señalados por la Ley de Propiedad Industrial (Ley 19.039), cuando el nombre de las agrupaciones artísticas se constituya como un *“signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales”*.

Esta doble protección se encuentra dada por el carácter particular y sui generis de estas instituciones, toda vez que poseen características que las hacen particulares dentro del paradigma jurídico, ya que, por una parte, se trata de entidades colectivas o multipersonales, lo que ya le otorga una particularidad en cuanto al ejercicio de los derechos que para ellas emanan. Su naturaleza jurídica es de un carácter poco definido, pudiendo tomar la forma que más le acomode dentro de las posibilidades que le otorga el ordenamiento jurídico. Por otro lado el objeto sobre el cual ejercen su actividad encuentra un carácter



especial también, ya que las obras de carácter artísticos le otorgan derechos especiales, regulados por la legislación de derecho de autor (derechos patrimoniales, morales e incluso derechos conexos). Del mismo modo, estas agrupaciones pueden desarrollar y registrar el nombre como marcas comerciales bajo el régimen de la propiedad industrial.

Si tenemos en cuenta además, que este tipo de entidades creadoras de obras han adquirido un carácter pecuniario particularmente, en virtud del volumen de dinero que mueve la industria artística y de la cantidad de agrupaciones que tanto en una escena mas popular, como en una escena más *underground*, es que resulta imperiosa un regulación clara respecto de ellas, de modo los derechos que le corresponden a cada uno de sus integrantes se encuentren claramente delimitados, al igual que su ámbito de protección.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ALESSANDRI R. Arturo (1895-1975). "Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Explicaciones basadas en las revisiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H". Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1998.
2. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC H., Antonio. "Tratado de los Derechos Reales (Bienes)". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª Edición. Tomo I.
3. ALONSO PALMA, Angel Luis. "Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual". España, Ediciones CEF, 2006.
4. ARRABAL, Pablo. "*Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Ediciones Gestión". Barcelona, España, 2000 S.A., 1991.
5. BATALLER I RUIZ, Enric, "La Obra Colectiva". Valencia, España Tirant lo Blanch, 2002.
6. BERCOVITZ CANO, Rodrigo; *et al.* "Manual de Propiedad Intelectual", 2ª Edición. Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2003.
7. COLOMBET, Claude. "Grandes principios de derecho de autor y derechos conexos en el mundo". Madrid, España, UNESCO, 3º Ed., 1997.
8. DUFFAU GARCÍA, Eugenia. "Argumentación en base a derechos marcarios, utilizada en conflictos sobre asignación de nombres de dominio: análisis de sus principios y criterios". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.
9. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. "Tratado Sobre Derecho de Marcas". Madrid, Eds. Jurídicas y Sociales, 2004.

10. FONTAINE CORREA, Constanza; GONZALEZ BARRENECHEA, Solange; "Contratos de artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual". Memoria para optar al grado académico de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004.
11. HERRERA SIRPE, Dina. "Derechos de Autor. Ley N° 17.336". 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1988.
12. HORWITZ ZANOLLI, Cristóbal; ITURRA JÁURREGUI, Macarena. "Marcas comerciales en Chile". Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, facultad de Derecho, 2003.
13. IGLESIAS MUÑOZ, Carmen. "Estudio Jurisprudencial de marcas y patentes". Santiago, Chile, LexisNexis, 2003.
14. LEGON A., Fernando. "El nombre social y el nombre comercial, en: Derechos Intelectuales: Patentes de invención, derecho de informática, nombre social y nombre comercial, concesión de licencias, notas sobre software, microchips y computadoras". Buenos Aires, Argentina, Editorial Astra, 1986.
15. LIPSZYC, Delia. "Derecho de Autor y Derechos Conexos". Buenos Aires, UNESCO, 2005.
16. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. "La transformación de la obra intelectual". Madrid, España, Ed. Dykinson, 2008.
17. LOPEZ SANCHEZ, Cristina, "La transformación de la obra musical". Madrid, Dykinson, 2008.
18. LYON PUELMA, Alberto. "Teoría de la personalidad". Santiago, Chile, Ed. Universitaria, 1993.

19. MORALES ANDRADE, Marcos. "Naturaleza Jurídica de los nombres de dominio y sus consecuencias en el derecho chileno", en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, 2004.
20. MUÑOZ VIADA, Carlos. "Transmisión de los derechos de autor". Madrid ,Grupo Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.
21. PLAZA PENADÉS, J. "Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información". Valencia , Ed. Aranzadi S.A., 2002.
22. PUELMA ACCORSI, Álvaro. "Contratación Comercial Moderna". Santiago, Ed. Jurídica, 1991.
23. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Apuntes de Derecho Constitucional II, (compilado por) Pablo Ruiz-Tagle Vial, Materiales III: Parte Especial de los derechos fundamentales. Jurisprudencia Constitucional, Santiago de Chile, 2003.
24. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Manual de Derecho Comercial (Organización jurídica de la empresa mercantil)". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Tomo I.
25. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Marcas Comerciales". Santiago, Ed. Jurídica de Chile, año 2006.
26. VODANOVIC, Antonio. "Tratado de Derecho Civil (Partes preliminar y general)", Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

***En Internet:***

1. [www.inapi.cl](http://www.inapi.cl)
2. [www.rae.es](http://www.rae.es)
3. SCHUSTER, Santiago, "Los autores", en: [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_1/LOS%20AUTORES.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/LOS%20AUTORES.pdf)
4. Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, en La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura de 15 de

Noviembre de 1989. En: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13141&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)  
5. [www.wipo.int/classifications/nice/es](http://www.wipo.int/classifications/nice/es)

**Leyes:**

1. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio, fue firmado en Marrakech, Marruecos el 14 de Abril de 1994, y promulgado por nuestro país el 15 de Enero de 1995, y publicado en el Diario Oficial el 15 de Mayo de 1995.
2. Código Civil.
3. Código del Trabajo.
4. Código de Propiedad Intelectual francés, del 1º de Julio de 1992.
5. *Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión* (Convención de Roma de 1961).
6. Convenio de Berna.
7. Convenio de Estocolmo que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
8. Copyright, Designs and Patents Act, Inglaterra, 1998.
9. Decreto Legislativo 1/1996, España, Ley de Propiedad Intelectual.
10. Decreto Ley N° 345, Chile, publicado en el Diario Oficial el 5 de Mayo de 1925.
11. Directiva 91/250/CEE del Consejo de Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

12. Directiva 92/98/CCE del Consejo de Comunidades Europeas, del 29 de Octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.
13. Ley española de Propiedad Intelectual, ley 22/1987.
14. Ley de Propiedad Intelectual argentina, ley N° 11.723, del 28 de Septiembre de 1933.
15. Ley N° 17.336. Chile. Ley de Propiedad Intelectual. 2 de Octubre de 1970.
16. Ley 19.039. Chile. Ley de Propiedad Industrial. 25 de enero de 1991.
17. Ley N° 20.054, del 14 de abril del año 2008 que crea el INAPI.