



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

***“Desafíos para una nueva regulación del derecho
de autor en las obras audiovisuales en Chile”.***

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales**

JAVIER MORALES ESCUDEY

Profesor guía: Carlos Urquieta Salazar.

Santiago de Chile, 2013.

AGRADECIMIENTOS.

Se agradece, por los aportes que han realizado en la confección de este trabajo, a Don Carlos Urquieta Salazar y a Don Andrés Young Barrueto. Al primero por proponerme el desafío de tratar estas materias olvidadas por la doctrina nacional y darme el apoyo académico para poder formalizar el proyecto; en tanto que al segundo, por estar siempre disponible para atender mis dudas e inquietudes en un área dónde, atendida su vasta experiencia, se maneja a la perfección.

Igualmente se extiende el agradecimiento a Don Jorge Mahú Baeza, quien estuvo dispuesto a colaborar con la entrega desinteresada de material bibliográfico de difícil obtención en nuestro país.

No se puede dejar fuera de este agradecimiento a Don Santiago Schuster Vergara, quien me inculcó los conocimientos básicos del derecho de autor en las aulas de la Universidad de Chile mediante su cátedra y gracias a quien tomé cariño e interés por el área.

En definitiva, de no haber mediado la ayuda o intervención de las personas mencionadas, estas líneas difícilmente hubiesen visto la luz, y la entrega final del trabajo terminado jamás hubiera sido posible.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN Y PLAN DE EXPOSICIÓN.....	8
CAPÍTULO I: DEL DERECHO DE AUTOR EN GENERAL.....	11
1.1. Consideraciones preliminares.....	11
1.2. La propiedad o dominio en la legislación nacional y en la Carta Fundamental.....	12
1.3. Los bienes inmateriales y la propiedad que recae sobre ellos.....	19
1.3.1. Los bienes inmateriales.....	19
1.3.2. Los derechos que recaen sobre los bienes inmateriales, en particular, en el derecho de autor.....	21
1.3.2.1. Derechos morales.....	23
1.3.2.2. Derechos patrimoniales.....	24
1.3.3. Titularidad de los derechos de autor.....	25
1.4. Objeto de protección del derecho de autor.....	26
1.4.1. La obra en general.....	26
1.4.2. Protección de las formas de expresión.....	28

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS AUDIOVISUALES..... 30

2.1. Determinación del objeto de estudio: la obra audiovisual..... 30

 2.1.1. Análisis del concepto de obra audiovisual..... 32

2.2. Naturaleza jurídica de las obras audiovisuales..... 35

 2.2.1. Clasificación de las obras protegidas..... 35

 2.2.2. La obra audiovisual como una obra en colaboración..... 36

 2.2.3. Crítica a la clasificación de la obra audiovisual como obra en colaboración..... 38

2.3 Justificación de un régimen especial en materia audiovisual..... 39

2.4. Sistemas de protección de los derechos de autor en materia audiovisual..... 42

 2.4.1. Sistemas Pluralistas..... 43

 2.4.1.1. Determinación de la autoría..... 44

 a. Presunción simplemente legal..... 44

 b. Ficción legal..... 46

 c. Legislaciones que no determinan quienes han de ser considerados autores. El caso alemán.....47

 2.4.1.2. Determinación de la Titularidad..... 49

a.	Presunción de cesión de derechos a favor del productor.....	50
b.	Cesión legal (<i>Cessio legis</i>).....	51
2.4.2.	Sistemas del Film Copyright.....	54
a.	El <i>film copyright</i> australiano.....	55
b.	El <i>film copyright</i> norteamericano.....	56
2.4.3.	Sistemas Mixtos o Híbridos.....	58
2.5.	Estado actual de la regulación nacional.....	60
2.5.1.	Determinación de la autoría.....	62
2.5.2.	Titularidad de los derechos de autor.....	67
2.5.3.	Tratamiento de los derechos patrimoniales.....	74
a.	Derecho de Reproducción.....	75
b.	Derecho de Distribución.....	77
c.	Derecho de Comunicación Pública.....	79
d.	Derecho de Transformación.....	80
2.5.3.1.	Duración de los derechos patrimoniales de autor en materia audiovisual.....	83
2.5.4.	Tratamiento de los derechos morales.....	84

a. Paternidad.....	86
b. Integridad de la obra.....	87
c. Divulgación.....	89
CAPÍTULO III: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	92
3.1. Planteamiento.....	92
3.2. Conclusión: Falta de una regulación sistemática de las obras audiovisuales en la legislación nacional.....	92
3.2.1. Propuesta: El primer paso para una regulación sistemática de las obras audiovisuales en Chile.....	93
3.3. Conclusión: Naturaleza jurídica de las obras audiovisuales ¿obras en colaboración?.....	94
3.3.1. Propuesta: Un vuelco hacia el autor. Las obras audiovisuales pueden tener una naturaleza jurídica de obra individual.....	95
3.4. Conclusión: Existe una regulación errática respecto a la titularidad del derecho de autor en materia audiovisual.....	96
3.4.1. Propuesta: Una regulación inequívoca en materia de atribución de titularidad respecto a las obras audiovisuales. Presunción de cesión <i>iuris tantum</i>	97
3.4.2. Propuesta: Reserva de derechos para los autores y su gestión	

colectiva..... 99

3.4.3. Propuesta: Dirigismo contractual al servicio de los autores..... 99

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA..... 102

“DESAFÍOS PARA UNA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN CHILE”.

INTRODUCCIÓN Y PLAN DE EXPOSICIÓN.

La producción de obras audiovisuales ha experimentado un innegable aumento en los últimos años en nuestro país. La llegada de nuevas tecnologías y el fomento de la libertad de creación han dado lugar a la diversidad de formas de expresión, donde la vertiente audiovisual comienza a tomar fuerza como un medio más para plasmar la personalidad del autor.

Una muestra ejemplar de lo expuesto es la activa industria del cine nacional, donde las producciones durante el período comprendido entre los años 2000 y 2012 llegaron a la cifra de 188 estrenos, número impensado hace un par de décadas.¹ Ahora, no tan sólo ha aumentado el número de obras cinematográficas de producción nacional, sino que también ha aumentado la repercusión cultural y económica de las obras audiovisuales (en especial cinematográficas), donde no se puede dejar de mencionar el fenómeno del “*taquillazo*” de la producción nacional “*Stefan vs Kramer*”, que en su primera semana de exhibición en salas llevó a 520.183 espectadores (cifra récord en

¹ Destacan en la estadística los años 2011 y 2012, con 23 estrenos nacionales cada uno, y el año 2008, con 22. El detalle de la estadística reseñada se encuentra en “El cine en Chile en el 2012”. Informe elaborado por la Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A. G. (CAEM). Abril de 2013. Disponible en [http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20\(Abril%202013\).pdf](http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20(Abril%202013).pdf) (Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013).

nuestro país),² y durante todo su periodo de exhibición en cines (diecinueve semanas en cartelera) llevó a 2.088.375 espectadores, siendo la cinta nacional más vista de la historia.³

Hechos como los recientemente citados nos llevan a cuestionar cuan preparada está la legislación nacional para afrontar esta realidad de crecimiento cultural, y como la normativa de derecho de autor procura (o no) proteger los intereses de los autores, sujetos de protección por antonomasia de esta rama.

Para ese efecto, es necesario centrar la atención en la actual regulación de las obras audiovisuales entre nosotros. Con todo, el estudio de la materia objeto de este trabajo, y del derecho de autor en general, no ha sido desarrollado profundamente por parte de los doctrinadores en nuestro país. Considerando dicha circunstancia, se propone un primer capítulo introductorio el cual, dentro de sus limitaciones y sin pretender ser un manual de derecho de autor, tiene por finalidad situar al lector en el mundo del derecho de autor, familiarizarse con su nomenclatura, sus principios esenciales y con las normas que regulan esta peculiar rama del derecho privado. Así las cosas, el lector tendrá las armas jurídicas suficientes para afrontar el verdadero derecho de excepción que constituye, dentro del derecho de autor, la regulación de las obras audiovisuales en Chile.

Realizado el ejercicio de contextualización, el segundo capítulo de la

² Fuente: <http://www.cinemarksocial.com/noticias/posts/fenomeno-stefan-v-s-kramer-sobrepasa-los-520-000-espectadores> (Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013).

³ Fuente: [http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20\(Abril%202013\).pdf](http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20(Abril%202013).pdf) (Fecha de consulta: 25 de octubre de 2013).

tesis desarrolla la médula de este trabajo, a saber, la actual regulación de las obras audiovisuales en Chile, procurando hacer un análisis crítico de la misma. Acá nos encontraremos con que, a pesar de existir en nuestro ordenamiento normas que regulan el derecho de autor e incluso existiendo una ley que reglamenta la promoción y el fomento de las obras audiovisuales, la normativa es confusa y presenta dificultades propias de una técnica legislativa deficiente, lo que puede repercutir negativamente en la protección de los derechos de autor de los creadores de las obras en comento.

Finalmente, y haciéndose cargo de las falencias de la actual legislación de derecho de autor en las obras audiovisuales, el capítulo tercero de esta investigación propone mejoras en la técnica legislativa que repercutan en una regulación que tenga los caracteres de armónica y sistemática, a la vez de tener como finalidad y medida la protección de los derechos de los autores, protagonistas principales de la creación audiovisual.

Ahora bien, es menester aclarar que el objeto de esta tesis se acota a los derechos de autor que fluyen de las obras audiovisuales en sentido estricto, dejando fuera del análisis a los derechos conexos de artistas e intérpretes, los que tienen una peculiar regulación.⁴

⁴ A mayor abundamiento, *vid.* BARRUETO OSSES, Carmen Andrea; BARRUETO OSSES, Mario Eduardo. “Derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Ricardo Berstein Katz. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010.

CAPÍTULO I:

DEL DERECHO DE AUTOR EN GENERAL.

1.1. Consideraciones preliminares.

Aparece de manifiesto, al examinar la bibliografía disponible, que el análisis doctrinal del derecho de autor, entre nosotros, ha sido poco desarrollado. Este trabajo, procurando encargarse en la medida de lo posible de dicho olvido o descuido académico, entiende que el lector debe ser introducido en esta materia, sobre todo si se considera que el derecho de autor se encuentra regido por una serie de normas especiales y donde encontramos diversos conceptos y principios que sólo son característicos de esta rama.

A mayor abundamiento, se puede señalar que la regulación del derecho de autor en las obras audiovisuales, que es la médula de este trabajo, es un verdadero derecho de excepción dentro de la rama. Así las cosas, difícilmente se puede comprender una excepción sin conocer la regla general, mucho más si ésta y aquélla son reguladas con figuras particulares y con términos técnicos propios de la actividad.

Considerándose lo anterior, en este primer capítulo se desarrollará el concepto de propiedad en la Constitución y la ley para, posteriormente, aterrizarlo en el contexto o telón de fondo que motiva este trabajo, a saber, el derecho de autor, sus facultades en general y su objeto de protección.

1.2. La propiedad o dominio en la Carta Fundamental y en el derecho común.

Toda normativa, sea de rango legal, constitucional u otro, es hija de un tiempo y responde a ciertas circunstancias determinadas; y, sea para bien o para mal, nuestra Constitución Política de la República, en adelante CPR, no es excepción a ello. Reconocido por la doctrina es el afán que tiene la Carta Fundamental en la protección del dominio, lo cual se manifiesta a simple vista por la extensa regulación de esta garantía y en lo ferviente de los términos utilizados por el constituyente al efecto.⁵

La norma primordial en la regulación del dominio es el artículo 19 N° 24 CPR. Este precepto, en su inciso primero, asegura a todas las personas: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”.

Se podría sostener que esta enfática norma viene a aclarar el contenido de los artículos 582 y 583 del Código Civil, en adelante CC, los cuales, desde la época su dictación, definen el derecho de propiedad. Estos artículos tienen la particularidad de distinguir entre la propiedad o dominio sobre cosas las corporales y una “especie” de propiedad respecto a las cosas incorporales. En este sentido, y siguiendo una marcada tendencia romanista,⁶ el artículo 582 CC

⁵ Al respecto se ha señalado que “(...) el poder constituyente tuvo una posición, clara y decidida, respecto de la defensa del dominio en la Constitución de 1980. Los anales fidedignos demuestran que esa actitud obedeció al propósito deliberado de precaver e incluso de impedir, que la economía privada en Chile retorne a criterios de índole colectivista”. CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición, 2004, p. 521.

⁶ Para los romanos, sólo las cosas corporales eran susceptibles de propiedad, siendo inimaginable, en su concepto, la propiedad sobre las cosas incorporales. De esta suerte, como señala CLARO SOLAR, “El derecho de propiedad se identificaba,

en su inciso primero prescribe: “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.⁷ El artículo siguiente, por su parte, estipula: “Sobre las cosas incorpóreas hay también una *especie de propiedad*. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.⁸

La utilización que hace el artículo 583 CC de la expresión “*especie de propiedad*” aleja a nuestro legislador de la doctrina romana. Así las cosas, hay un reconocimiento expreso de dominio sobre las cosas incorpóreas. CLARO SOLAR sostiene al respecto que hay una “*especie de propiedad*” sobre las cosas incorpóreas “(...) *porque la cosa incorporal no se presta por su propia naturaleza, en la misma forma que las cosas corporales, al ejercicio de las facultades que son inherentes al dominio; pero ello no significa que sea un derecho distinto del derecho de propiedad en una cosa corporal*”.⁹ Finalmente el doctrinador sostiene: “*En principio, el derecho es el mismo derecho real que*

así, de tal modo con las cosas corporales que son su objeto, que entre los Romanos la distinción de las cosas corporales y de las cosas incorpóreas llegó a resolverse en una distinción entre el derecho de propiedad y los otros derechos reales apreciables en dinero: el derecho de propiedad se consideró entre las cosas corporales y no se comprendía en la enumeración de las cosas incorpóreas”. CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil y Comparado”. Volumen VI, De Los Bienes. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile, 1930, p. 326.

⁷ Nuestro CC opta por dar una definición *analítica*, dando énfasis a las facultades que otorga el dominio. Con todo, la doctrina plantea una definición *sintética*, en virtud de la cual el dominio se concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con prescindencia de facultades identificables que puedan describirse separadamente y con autonomía. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Los bienes. La propiedad y otros derechos reales”. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición actualizada, 2006, p. 42.

⁸ El antecedente de este precepto es el artículo 688 del Proyecto de 1853, el que disponía “Se concibe también sobre las cosas incorpóreas una especie de propiedad, que se llama *cuasidominio*”. La comisión revisora no aceptó esta última idea, desechando esta concepción propia de los glosadores del Derecho Romano. CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit., volumen VI, p. 328, nota 7.

⁹ CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit., volumen VI, p. 328.

*somete la cosa en que se ejerce a la voluntad y poder del titular del derecho, sin otras modificaciones que las que corresponden a la naturaleza misma de la cosa incorporal (...).*¹⁰

Si bien el referido artículo 583 CC ya aludía a la propiedad sobre cosas incorporales desde la dictación de dicho cuerpo legal, el afán de regulación exhaustiva del Constituyente en relación a la propiedad procuró no dejar duda alguna que respecto de ambas clases de cosas existe propiedad.¹¹ Igualmente, se establece enfáticamente que la propiedad se encuentra protegida por el mecanismo que la misma Norma Fundamental otorga: el denominado recurso de protección.¹²

Ahora bien, tanto el Constituyente como el derecho común fueron más allá de las concepciones de dominio sobre cosas corporales e incorporales.

La Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 25 inciso primero, garantiza

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ Esta figura consistente en la propietarización de las cosas incorporales es denominada en doctrina como “*Constitucionalización del Domino*”, y se encuentra firmemente asentada en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Siguiendo ese orden de ideas, se ha fallado por nuestros tribunales que se tiene dominio respecto a créditos e incluso que hay propiedad sobre cargos o funciones públicas. CEA EGAÑA, José Luis. *ob. cit.*, t. II, pp. 525 y ss. Al respecto, igualmente pueden consultarse diversos extractos de fallos en los cuales se reconoce propiedad sobre cosas incorporales, ya sea el bajo el régimen de la Constitución de 1925 o de la vigente, en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Volumen III, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 40 - 43.

¹² Si bien el constituyente expresamente en el artículo 20 CPR habla del “Recurso de protección”, se aclara que la naturaleza jurídica del mismo no es la de un recurso, sino la de una acción de rango o carácter constitucional. Se sostiene lo anterior ya que, en términos estrictamente técnico-jurídicos, los actos jurídicos procesales de impugnación, en específico los recursos, proceden en contra de resoluciones judiciales dictadas dentro de un determinado proceso, lo cual no ocurre en la especie. Mediante esta acción se requiere poner en movimiento la jurisdicción, a fin de conocer una acción u omisión ilegal o arbitraria que importa una amenaza, perturbación o privación a uno de los derechos que el constituyente establece. Con todo, la naturaleza jurídica de acción aparece reconocida en el Auto Acordado de 8 de junio de 2007 de la Corte Suprema, en el que se hace alusión al “*recurso o acción de protección*”. MOSQUERA RUIZ, Mario; MATURANA MÍQUEL, Cristian. “Los recursos procesales”. Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 405 – 406.

a todas las personas: “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”. Complementando lo anterior, el inciso segundo agrega: “El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley”.

En opinión de CEA EGAÑA, la regulación de estas materias sólo se estableció en la Constitución por razones históricas, señalando que las Cartas de 1833 y 1925 ya contenían normas en este sentido.¹³ Afirma el autor que la

¹³ La Constitución de 1833 establecía respecto a la propiedad en su artículo 12: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 5° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”.

Por su parte, la Carta Fundamental de 1925 disponía al efecto en su artículo 10: “Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

N° 10 El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre el monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

norma del numeral 25 del artículo 19 no era estrictamente necesaria, toda vez que a las propiedades aseguradas en ellas le son aplicables los cinco primeros incisos del artículo 19 N° 24.¹⁴ Respecto al último punto se debe disentir con el referido jurista, ya que es el mismo artículo 19 N° 25 inciso 4 CPR el que establece expresamente que “Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos *segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior*”. Se debe entender que la exclusión del inciso primero del artículo 19 N° 24 CPR no es ociosa ni arbitraria. Recuérdese que éste asegura a todas las personas: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”; por lo que puede llegar a concluirse que la propiedad intelectual no es una propiedad sobre bienes corporales o incorporales, sino que representa otra “*especie*” de propiedad. Así pareciera quedar también de manifiesto en las conclusiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución respecto al numeral 25 del artículo 19 CPR, donde se expresó que

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización”.

Agregaba el numeral siguiente lo relativo a la propiedad intelectual en general prescribiendo que se asegura a todos los habitantes del país: 11º La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente.”

¹⁴ CEA EGAÑA, José Luis. *ob. cit.*, t. II, p. 580.

“(…) el anteproyecto hace aplicable a estas *especies de propiedad* (derecho de autor y propiedad industrial), las disposiciones relativas al modo de adquirir, de usar, gozar y disponer del dominio, a las limitaciones y obligaciones que permiten asegurar la función social y a la expropiación, que rigen la propiedad en general (...).¹⁵

Por su parte, el artículo 584 CC, prescribe, en su inciso primero, que: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”. Agregando en el inciso segundo que: “Esta *especie de propiedad* se regirá por leyes especiales”.

Como puede apreciarse, tanto el legislador (expresamente en su texto en los artículos 583 y 584 CC), como la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución hacen uso de la expresión “especie de propiedad”. En este punto, algunos autores han planteado que si el dominio sobre cosas incorpóreas y sobre las producciones del talento o el ingenio son “especies” de propiedad, deben ambas pertenecer a un concepto genérico que las englobe. Se preguntan en un comienzo si la concepción genérica de propiedad será aquella contemplada en el artículo 582 CC, a lo cual contestan en forma negativa, argumentando que la definición de dicho precepto no es más que otra “especie de propiedad”, en específico la propiedad o dominio sobre cosas corporales. Se puede agregar como argumento de la negativa que, además de no recaer sobre bienes corporales, la propiedad intelectual en general no goza del carácter de perpetuidad que si se predica del dominio sobre bienes

¹⁵ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: Informe con Propositiones e Ideas Precisas (16 de agosto del 1978), reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho, N° 1-6 (1981), p. 224.

corporales,¹⁶ ya que la propiedad intelectual se encuentra limitada temporalmente procurando resguardar cierto equilibrio entre los intereses del autor y los de la sociedad en general.¹⁷

Ahora bien, ¿a qué concepto genérico adscriben entonces estas tres “especies de propiedad” sobre bienes corporales, incorporeales y sobre producciones del talento o ingenio? Para resolver la interrogante, algunos autores han sostenido que se debe “entender el término propiedad establecido en los citados artículos (582, 583 y 584 CC) como la cualidad de ser algo “propio” de alguien, en contraposición al vocablo “ajeno”, pues este sentido de propio encierra a las tres especies de propiedad antes señaladas ya que es posible decir que algo es propio con respecto a una cosa corporal, incorporal o una producción del talento o el ingenio y así a un sin número de cosas como por ejemplo, el cuerpo, los sentimientos, etc”.¹⁸

Esta conclusión, para efectos de este trabajo, no parece del todo satisfactoria. Se propone para resolver la inquietud planteada que la categoría genérica a la cual pertenecen estas tres “especies de propiedad” es lisa y llanamente la propiedad, mas no en un sentido analítico como el propuesto por el artículo 582 CC a propósito de las cosas corporales (donde predomina la

¹⁶ Al efecto se señala, por parte de la doctrina tradicional, que el dominio tiene los caracteres de real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Es perpetuo porque no está sujeto a una limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto dura la cosa; en si mismo no lleva una razón de caducidad, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario sólo puede perder su dominio si un tercero prescribe adquisitivamente (2517 CC).

¹⁷ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A. “Tratado de los Derechos Reales”. Sexta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001, t. I, p. 325.

¹⁸ BARRUETO OSSES, Carmen Andrea; BARRUETO OSSES, Mario Eduardo. “Derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Ricardo Berstein Katz. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010, p. 14.

enumeración de facultades de este derecho, sin definirlo en definitiva), sino que en un sentido sintético, en virtud del cual el dominio se concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, el cual podrá ejercerse en una forma compatible con la naturaleza de la cosa o bien que sea objeto de la misma (corporal, incorporal o inmaterial) y en la forma y con las limitaciones que establezca al efecto el derecho objetivo.

1.3. Los bienes inmateriales y la propiedad que recae sobre ellos.

1.3.1. Los bienes inmateriales.

Antes de aventurarse a desentrañar la propiedad sobre los bienes inmateriales, es menester determinar qué se entenderá por esta clase de bienes.

Nuestro legislador, si bien realiza una serie de clasificaciones respecto a las cosas o bienes, no contempla expresamente una que se refiera a los bienes inmateriales.¹⁹

La clasificación que mejor podría acercarse es aquella que distingue entre cosas corporales e incorporales. En este sentido, el artículo 565 inciso 2 CC establece: “*Corporales* son las que tienen un ser real y pueden ser

¹⁹ Ha de recordarse que la doctrina distingue entre cosas y bienes. El concepto vulgar de *cosa* implica cualquier entidad perceptible por nuestros sentidos. El concepto *bien* implica el que esta cosa pueda ser objeto de apropiación. En este sentido, la alta mar, la atmósfera son cosas, pero no son bienes; por su parte, abstracciones intelectuales como la honra, o determinadas prestaciones, podrían constituir bienes jurídicos, pero no serían cosas por falta de materialidad. Ahora bien, para el derecho el concepto “*cosa*” se extiende más allá del concepto material, para terminar abarcando todo aquello que puede ser objeto de una relación jurídica. Con todo, la distinción doctrinal carece de utilidad si se considera que para nuestro legislador los términos cosa y bien son utilizados de forma indistinta. DUCCI CLARO, Carlos. “Derecho Civil Parte General”. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. pp. 173 - 175.

percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”. El inciso siguiente agrega “*Incorporales* son las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Finalmente, el 576 CC dispone que: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”.

Se señala que esta no es en realidad una clasificación, ya que no se distingue entre una clase de cosas con otras, sino que sólo se contraponen los derechos (cosas incorporales para nuestro legislador) con las cosas que pueden ser objeto de ellos (cosas corporales para el Código).²⁰

Para efectos de sanear este vicio, la doctrina moderna distingue entre cosas corporales o materiales, constituidas por entidades concretas y perceptibles por los sentidos, sea en forma directa o a través de instrumentos adecuados (se encuentran acá a los bienes raíces, bienes muebles, etc.). Se contraponen a aquellas las *cosas incorporales o inmateriales*, que son las que no constituyen una entidad concreta ni perceptible por los sentidos, teniendo una existencia espiritual y cognoscible sólo por el intelecto (es acá donde se ubican las obras científicas, artísticas, literarias, marcas comerciales, etc.).²¹

Siguiendo, en cierta medida, la clasificación recientemente expuesta, se ha sostenido que hay entidades incorporales (o inmateriales si se prefiere) que no pueden percibirse con los sentidos y que, aun siendo jurídicamente cosas, no son derechos, aunque pueden constituir objeto de derechos.²² Algunos casos de estas entidades incorporales (o inmateriales) que no son derechos

²⁰ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. “Manual de Derecho Civil”. Editorial Jurídica Conosur. Segunda edición, 2001, t. I, p. 325.

²¹ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *ob. cit.*, t. I, p. 326.

²² ROZAS VIAL, Fernando. Los Bienes. Tercera edición. Santiago. Lexis Nexis. 2004. p. 11.

serían: las energías; el espacio aéreo; el trabajo y hecho del hombre y, lo que nos convoca: las obras del ingenio.²³

1.3.2. Los derechos que recaen sobre los bienes inmateriales, en particular, en el derecho de autor.

Encontramos en este punto otra figura característica del derecho de propiedad intelectual y, en específico, del derecho de autor. Tradicionalmente se han establecido dos sistemas que procuran regular los derechos sobre los bienes inmateriales provenientes del talento o ingenio: por un lado el sistema del *Copyright* propio del derecho anglosajón (utilizado en Reino Unido, y países del *Commonwealth*, Estados Unidos de América, entre otros) y, por otro, el sistema continental europeo o latino.

En el primer sistema, del *Copyright*, hay un alcance limitado en cuanto a los derechos subjetivos que se reconocen, ya que sólo se preocupa de la esfera o dimensión patrimonial. Por otro lado, se puede señalar que el objeto de protección en este sistema es más amplio, debido a que no se limita a las obras de creación originales como las literarias, musicales y artísticas, sino que incluye a las grabaciones sonoras, emisiones de radiodifusión y cable y la presentación tipográfica de las ediciones publicadas. Además, este sistema admite a más posibles titulares originarios que el sistema continental. Es, a la larga, un sistema que protege los derechos que tienen su origen en actividades técnico – organizativas que no tienen necesariamente una naturaleza autoral original. Por ello se explica, por ejemplo, la protección de los trabajos

²³ Ejemplos enumerados y desarrollados en detalle en ROZAS VIAL, Fernando. "Los Bienes". *ob. cit.*, pp. 11 - 15.

realizados por productores de grabaciones sonoras y de *Films*.²⁴

En el segundo sistema, es decir, el sistema continental o latino, el derecho de autor es esencialmente individualista, por lo que no se contemplan tan sólo prerrogativas que resguarden la explotación económica de la obra, sino que también se establecen facultades para proteger la dimensión moral del autor. Esto último se explica debido a la filosofía que inspira esta corriente, en la cual una obra es considerada una verdadera emanación de la personalidad del autor. Así las cosas, por una parte se impide que la obra salga por completo de la esfera de personalidad del autor y, por otra parte, es excepcional que se reconozca autoría originaria de una obra a una persona diversa del creador.²⁵

Nuestra legislación adhiere a este segundo sistema, en virtud del cual, como se señaló, la creación de una obra protegida por el derecho de autor da lugar a una serie de derechos, los cuales son clasificados en dos grandes categorías: los derechos morales y los derechos patrimoniales.

A continuación se expondrán *grosso modo* ambas categorías de derechos, sin perjuicio de volver sobre esta distinción y de analizar sus repercusiones a propósito de las obras audiovisuales más adelante en la segunda parte del presente trabajo.

²⁴ LIPSZIC, Delia. “Derecho de autor y derechos conexos”. UNESCO: CERLALC Zavalía. Buenos Aires. Argentina. 1993, pp. 39 – 40.

²⁵ LIPSZIC, Delia. *ob. cit.*, p. 40 – 41.

1.3.2.1. Derechos morales.

Siguiendo los planteamientos de LIPSZYC, se puede entender que el derecho de autor tiene ciertas facultades de carácter personal que tutelan la personalidad del autor en relación con su obra y que procuran garantizar sus intereses intelectuales.²⁶ Estas facultades son, en definitiva, el *derecho moral* del autor, que se caracteriza por ser de carácter extrapatrimonial y, en principio, de duración ilimitada.

Este derecho moral del autor se compone de:²⁷

- a. El derecho a divulgar su obra o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad.
- b. El derecho al reconocimiento de su paternidad intelectual sobre su obra.
- c. El derecho al respeto y a la integridad de su obra, es decir, a que toda difusión de esta sea hecha en la forma en que el autor la creó, sin modificaciones, y
- d. El derecho de retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y a retirar su obra del comercio.

Estos derechos morales se encuentran regulados en los artículos 14 a 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante, LPI. Se expondrá, en el capítulo II del presente trabajo, su alcance a propósito de las obras audiovisuales, por lo que basta con este breve concepto y con la sucinta enunciación de su contenido por el momento.

²⁶ LIPSZYC, Delia. *ob. cit.*, p. 11.

²⁷ LIPSZYC, Delia. *ob. cit.*, pp. 11 – 12.

1.3.2.2. Derechos patrimoniales.

Por otra parte, el derecho de autor contiene una serie de facultades concernientes a la explotación de la obra, las que permiten que el autor logre obtener un beneficio económico, ya sea explotando la obra por sí o autorizando a otros al efecto. Estas facultades se conocen como derechos patrimoniales de autor.

El contenido de estos derechos es el siguiente:²⁸

- a.** La reproducción de la obra en forma material;
- b.** La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra;
- c.** La comunicación pública de la obra en forma no material a espectadores o auditores por medio de la representación y de la ejecución públicas, la radiodifusión, la exhibición cinematográfica, la exposición, etc.; y
- d.** La transformación de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, etc.

Estas prerrogativas patrimoniales tienen ciertas excepciones y su duración es limitada en el tiempo. Se regulan básicamente por los artículos 17 a 23 de la Ley de Propiedad Intelectual e, igualmente que en el título anterior de este trabajo, se estima que esta definición y la enumeración del contenido de los derechos patrimoniales son, de momento, suficientes para proseguir.

²⁸ *Idem.*

1.3.3. Titularidad de los derechos de autor.

La regla general es que el autor de una obra protegida sea el titular de los derechos que el ordenamiento le otorga a propósito de la creación, ya sea derechos morales como derechos patrimoniales. Si ello ocurre, estaremos en presencia de un titular originario del derecho de autor (verbigracia, un escritor es autor de una novela y por el hecho de crearla se convierte en titular de los derechos morales y patrimoniales que sobre ésta recaigan).

Ahora bien, por diversos motivos, los derechos que recaen sobre una obra protegida pueden estar en manos de una persona diversa al autor. En estos casos nos encontraremos ante titulares secundarios, quienes suceden en la titularidad de los derechos del autor al titular originario, ya sea por una causa legal o contractual.

En este sentido, el artículo 7 LPI dispone: “Es titular original del derecho el autor de la obra. Es titular secundario del derecho el que la adquiera del autor a cualquier título”.

Es relevante destacar, desde ya, que los titulares secundarios pueden suceder o subrogar personalmente al titular originario a cualquier título respecto de los derechos patrimoniales. Respecto a los derechos morales, atendida su peculiar naturaleza y debido a su carácter inalienable, no procede su transferencia a ningún título. Así, el artículo 16 LPI señala: “Los derechos numerados en los artículos precedentes son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario”.

Con todo, ello no impide que estos derechos puedan ser objeto de

transmisión, tal y como prescribe el artículo 15 LPI: “El derecho moral es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores ab intestato del autor”.²⁹

Finalmente, se recuerda que la regulación de las obras audiovisuales presenta particulares reglas respecto a la titularidad del derecho de autor. El detalle de esas reglas de excepción se analiza en el segundo capítulo del trabajo.

1.4. Objeto de protección del derecho de autor.

1.4.1. La obra en general.

El objeto de protección del derecho de autor no es otro que la obra. Llama profundamente la atención que el legislador no se preocupe de definir que es una obra en general, sino que sólo dedica en su artículo 5 LPI varias de sus letras a definir especies de obras. De este mismo vicio adolece el Convenio de Berna, normativa aplicable en nuestro país. Por el motivo antes reseñado,

²⁹ El artículo 15 LPI primitivo del mensaje, equivalente al actual artículo 16 LPI, disponía: “Después de la muerte del autor, los derechos establecidos en los números 1 a 5 del artículo anterior se transmiten a sus herederos consanguíneos o en su falta, al cónyuge sobreviviente”. La norma fue modificada por la siguiente “Artículo 15: El derecho moral es transmisible por causa de muerte. A falta de testamento, el derecho moral se transmite, en el orden aquí indicado, a los descendientes legítimos, al cónyuge, a los ascendientes legítimos y a los descendientes o ascendientes naturales”. Esta disposición fue resistida en el Senado, donde finalmente fue remplazada por la norma vigente. Se argumentó por parte del senador Aylwin lo siguiente: “(...) no obstante reconocerse, como lo hace toda la doctrina, según nos dice el informe, que el derecho moral es inalienable, se permite su transmisión por testamento, lo que a mi juicio resulta contradictorio. En efecto, si no se puede enajenar entre vivos, no hay razón alguna para que se pueda en cierto modo "enajenar" para después de los días. Es un absurdo la transmisibilidad por causa de testamento. Sólo es concebible que el derecho moral se transmita a ciertos herederos vinculados muy estrechamente al causante, como serían el cónyuge y los legitimarios, que también tienen comprometido un derecho moral en la creación intelectual, y en todo caso dentro de ciertos límites”. Historia de la Ley N° 17.336. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=17336&anio=2013, página 200.

se ha procurado definir a la obra como cualquier creación que fluya de la personalidad del autor que sea expresada y que sea, copulativamente, original.³⁰

La protección que ofrece el ordenamiento jurídico al derecho de autor, a diferencia de lo que comúnmente se piensa incluso por algunos letrados poco instruidos en la materia específica, es otorgada por el sólo hecho de la creación, mas no por una inscripción o algún otro tipo de formalidad. Ello sin perjuicio del valor probatorio práctico que pueda presentar la inscripción de la obra en los registros destinados al efecto.

El artículo 1 de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual recoge este principio de “*protección automática*” al prescribir en su inciso primero: “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” (Énfasis agregado).

Ahora bien, ¿qué obras pueden ser objeto de la protección que confiere esta ley? Es el artículo 3 del mismo cuerpo normativo el que contesta al disponer: “Quedan *especialmente* protegidos con arreglo a la presente ley”.

Se destaca en el inciso primero de la norma citada el que estas obras se encuentran “*especialmente*” protegidas, dejando la puerta abierta a otras obras

³⁰ Con todo, algunas legislaciones nacionales como la de República Dominicana y Ecuador, así como también el acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para la Comunidad Andina, ya han incorporado una definición de “obra”, prescribiendo que es “toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, u otra formula similar”. BARRUETO OSSES, Carmen Andrea; BARRUETO OSSES, Mario Eduardo. *Supra cit.*, pp. 23 – 24.

del intelecto humano que puedan crearse en el futuro, siendo así este listado meramente ejemplar y no taxativo.³¹

No se observa en el listado una mención directa a las obras audiovisuales, pero entendiendo que este listado es meramente ejemplar, no cabe duda alguna que procede su protección conforme a esta normativa, siempre y cuando la expresión en este formato sea original. Tal vez lo más cercano a la obra audiovisual en el citado artículo es la mención a la obra cinematográfica, lo cual podría explicarse por el hecho de ser la obra audiovisual por antonomasia y la única conocida en la época de dictación de la ley.³²

1.4.2. Protección de las formas de expresión.

Finalmente, y destacando otro carácter peculiar del derecho de autor, se debe señalar que esta rama del derecho no protege ideas, sino formas originales de expresión. Como ilustra VODANOVIC HAKLICKA, siempre en forma lúdica y echando mano a la literatura como fuente inagotable de ejemplos, esto “(...) explica por qué después del primero que escribió una

³¹ En el proyecto original de la LPI, en específico en el mensaje presidencial, se establecía como inciso primero de esta norma y antecedendo a la enumeración que “Quedan protegidos con arreglo a la presente ley”. Luego, al terminar la enumeración, el artículo cerraba con un inciso final que declaraba “La enumeración contenida en este artículo no es limitativa”. Se establecía expresamente que la enumeración no era taxativa. Esta redacción fue desestimada, pero se mantuvo la idea de conservar esta enumeración como no taxativa y simplemente ejemplar. Historia de la Ley N° 17.336. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=17336&anio=2013, página 8.

³² En este sentido, GONZÁLEZ GOZALO señala que, en general, las legislaciones que emplean la nomenclatura “obra cinematográfica” datan de la década de los setenta o antes, sin perjuicio de haber sido modificadas en el intertanto. GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso. “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”. Artículo publicado en *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 7, enero-abril de 2001, pp. 9 y ss. p. 13.

novela sobre raptos de terrícolas por extraterrestres aparecieran decenas y decenas de obras de otros autores sobre el mismo tema; y, finalmente, para terminar con los ejemplos concretos, también se explica la razón por la cual entre nosotros se han escrito obsesivamente más de ciento veinte memorias de licenciado sobre el delito de violación, sin que los profesores informantes pudieran tachar a ninguna de plagio...”.³³ Como se aprecia, no es tarea del derecho de autor proteger ideas o tutelar alguna técnica utilizada para crear una obra (como el renombrado *sfumato* que Leonardo Da Vinci utilizó en la confección de la mítica y enigmática Gioconda), sino que es su fin el amparar la expresión del autor, siempre y cuando esta sea original y no una mera copia servil o plagio.³⁴

En definitiva, operando como un verdadero principio en materia de propiedad intelectual, comprendiendo en tal expresión tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial, las ideas serían de libre disposición, circunstancia que obsta a su protección monopólica.

³³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A. “Tratado de los Derechos Reales”. Sexta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001, t. I, p. 327.

³⁴ En este mismo sentido, el anexo 1C del acuerdo ADPIC, en su artículo 9.1. prescribe: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

CAPÍTULO II:

LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS AUDIOVISUALES.

2.1. Determinación del objeto de estudio: la obra audiovisual.

Habiendo ya hecho el trabajo de contextualización relativo al derecho de autor en general, este segundo capítulo procura estudiar en particular a la obra audiovisual y los derechos patrimoniales y morales que recaen sobre ella.

Así, la pregunta que da el puntapié inicial al desarrollo de estas líneas es ¿Qué es la obra audiovisual?

Para poder dar correcta respuesta a la interrogante debe recordarse que, conforme al artículo 20 CC: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.³⁵

Se hace la referencia anterior debido a que la dictación de la Ley N° 19.981 sobre fomento audiovisual, trajo consigo que nuestro legislador definiera expresamente qué debía entenderse por obra audiovisual. Así las cosas, para el estudio de la materia habrá que recurrir al concepto dado por el artículo 3 letra a) de la referida norma, la que dispone: “Para efectos de la presente ley se entenderá por: a) Obra audiovisual: Toda creación expresada

³⁵ Recuérdese, igualmente, que para efectos de hermenéutica legal nuestro legislador ha establecido un sistema de interpretación reglada establecida, en los artículos 19 a 24 CC y en otras disposiciones del mismo cuerpo legal (artículo 3, 4, 11 y 13 CC). DUCCI CLARO, Carlos. *ob. cit.*, pp. 82 – 83.

mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación o de difusión de la imagen y del sonido, se comercialice o no”.

Llama la atención que este precepto señale que el concepto enunciado ha de utilizarse “*para efectos de la presente ley*”, lo que pareciera limitar la aplicación del mismo a otros aspectos como la propiedad intelectual. Respecto a esta expresión, URQUIETA SALAZAR expone la que, a juicio de este trabajo, es la buena doctrina al sostener que: “La LFA, entendida de acuerdo a sus propios preceptos como una herramienta del Estado para promover y fomentar la creación audiovisual, debe necesariamente interpretarse y aplicarse a la luz de las reglas y principios que informan al principal instrumento con el que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para promover y proteger a las creaciones del intelecto humano: la propiedad intelectual y en particular las normas relativas al derecho de autor, recogidas en la LPI y en los acuerdos internacionales suscritos por Chile”.³⁶ A renglón seguido, agrega que “(...) las disposiciones de la LFA, y en particular las definiciones allí contenidas, pueden servir para ilustrar ciertos conceptos no explicados en leyes íntimamente relacionadas, como es la LPI”.³⁷ El profesor utiliza, de buena forma, el elemento de interpretación sistemático.

³⁶ URQUIETA SALAZAR, Carlos. “La Obra Audiovisual: autoría y titularidad a la luz de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Fomento Audiovisual”. Artículo publicado en la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. N ° 1, Santiago. 2007, p. 204.

³⁷ *Idem.*

2.1.1. Análisis del concepto de obra audiovisual.

Siguiendo en gran medida lo expuesto por el profesor URQUIETA SALAZAR, se puede desglosar el concepto de obra audiovisual vertido por la LFA para efectos de determinar el sentido y alcance de la norma.³⁸

a. “Toda creación”.

Comienza el concepto con este amplio enunciado, pero la amplitud no es más que aparente. Desde ya debe acotarse que no toda creación fijada en un soporte audiovisual puede estimarse una obra audiovisual. Como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, para que una obra de la inteligencia o talento humano sea susceptible de ser objeto de la protección del derecho de autor es *conditio sine qua non* el que sea original. Si se reúnen la originalidad y la expresión mediante un soporte audiovisual, estaremos en presencia de una obra protegida, la cual será amparada dentro de la fórmula de *numerus apertus* que plantea el artículo 3 LPI, materia que ya fue tratada anteriormente.

De esta forma, no podría pretenderse, en principio, que una simple grabación de una cámara de seguridad fuese una obra audiovisual; como tampoco podría aducirse que es una obra audiovisual una grabación de una cámara de mano realizada dentro de una sala de cine para obtener una mala reproducción de la misma (por lo demás, esto último constituye una práctica lamentablemente común en el mundo de la piratería). La primera por aparente falta de originalidad y la segunda por carecer de originalidad y ser, a la vez, una flagrante infracción a los derechos de autor.

³⁸ URQUIETA SALAZAR, Carlos. *supra cit.*, pp. 204 y ss.

b. “Expresada mediante una serie de imágenes asociadas”.

Recuérdese, como se señaló en el capítulo introductorio, que el derecho de autor vela por la protección de las formas de expresión, mas no por la tutela de ideas, procedimientos o técnicas. Así las cosas, es esencial que la obra audiovisual se exteriorice, siendo desde ese momento objeto de protección en virtud de un principio de protección automática, sin necesidad de inscripciones ni formalidades adicionales. En el particular caso de la obra audiovisual, se requiere que esa expresión se realice mediante una serie de imágenes asociadas.

Ahora bien, se cuestiona si es que es susceptible de protección una serie de imágenes que no sean percibidas con una sensación de movimiento, como el caso de una proyección de diapositivas, con o sin sonido. Ante el problema planteado, URQUIETA SALAZAR responde que si estas imágenes asociadas cumplen con el requisito de originalidad, deben ser consideradas una obra audiovisual y, por tanto, amparadas por la LPI. Fundamenta el autor lo anterior señalando que no se exige por parte de la norma, como requisito, el que estas imágenes sean animadas o en movimiento.³⁹ Esta tesis, nuevamente, comparte la postura del doctrinador citado.

c. “Con o sin sonorización”.

Esto pareciera ser un ataque contra la etimología misma del concepto “audiovisual”, pero para el legislador el hecho que una secuencia de imágenes esté o no acompañada de sonido no es óbice para calificarla como audiovisual y de brindarle la protección que, como tal, procede conforme a derecho.

³⁹ URQUIETA SALAZAR, Carlos. *supra cit.*, p. 205.

De esta suerte, y planteándolo en nomenclatura jurídica, puede decirse que la sonorización es un elemento de la naturaleza de la obra audiovisual, pero no de su esencia.

d. “Incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte”.

El legislador emplea una expresión que deja abierta la posibilidad de fijar o grabar la obra audiovisual en todos los soportes, sean estos conocidos (verbigracia cintas de video, películas cinematográficas, o formatos digitales como el DVD o el *Blu-ray*) o por conocer.

Es una sana y habitual práctica en materias de derecho de autor que el legislador utilice términos amplios, sobre todo cuando la norma se vincula estrechamente con conocimientos o técnicas que pueden ir desarrollándose y evolucionando hacia el futuro, evitando de esa forma la obsolescencia de sus disposiciones.

e. “Que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación o de difusión de la imagen y del sonido”.

Para considerar a una obra como audiovisual es indiferente el mecanismo técnico que se use para proyectarla, comunicarla o difundirla, pero sí es estrictamente necesario que exista uno de estos medios para la exteriorización de la imagen y el sonido.

f. “Se comercialice o no”.

Finalmente, el precepto establece que no es de la esencia de una obra

audiovisual el que tenga un fin comercial. Esto pareciera ser una extensión de nuestro sistema continental o latino, ya que en virtud de éste las obras son manifestaciones de la personalidad del autor o autores, no dando lugar, salvo casos de excepción, a que una persona que no sea natural aparezca como autor. El énfasis viene dado a la persona natural y su expresión original, sin importar en principio si puede obtener en el futuro un rédito con ello; a diferencia del sistema del *Copyright*, donde pareciera primar una protección a los intereses económicos por sobre los personales o espirituales.

2.2. Naturaleza jurídica de las obras audiovisuales.

Al tomar como objeto de estudio las obras audiovisuales, es menester determinar la naturaleza jurídica de éstas. Para ello, primero se debe reconocer que en la creación de una obra protegida puede ser fruto del trabajo de una persona o de una pluralidad de ellas. Es este criterio el que da lugar a la clasificación que se expone a continuación.

2.2.1. Clasificación de las obras protegidas.

Nuestra LPI recoge en su artículo 5 una clasificación de las obras protegidas, atendiendo a las personas que participan en su creación. De este modo, en las primeras tres letras de esta norma se prescribe que: “Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

- a) Obra individual: la que sea producida por una sola persona natural;
- b) Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados;
- c) Obra colectiva: la que sea producida por un grupo de autores, por

iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre”.

Considerando esta clasificación, para determinar la naturaleza jurídica de las obras audiovisuales se deberá establecer a cuál de estas categorías pertenecen éstas. Esto es lo que se realiza en los siguientes párrafos.

2.2.2. La obra audiovisual como una obra en colaboración.

La doctrina, tanto nacional como comparada, es conteste en clasificar a las obras audiovisuales como obras en colaboración, desechando la idea de clasificarlas como obras colectivas.

En este sentido, el español ALONSO PALMA señala tres motivos por los cuales las obras audiovisuales deben ser consideradas obras en colaboración en desmedro de la calificación de obra colectiva. En primer lugar, el autor indica que los aportes efectuados por los autores en las obras en comento son distinguibles y separables del conjunto de la obra, sin perjuicio de su integración final a aquella; lo que queda demostrado con la facultad que la ley concede a los autores para disponer aisladamente de sus aportes. Ello es de suyo imposible en una obra colectiva, ya que en ella, por definición, los aportes no son distinguibles ni separables, ni puede atribuirse a autor alguno derecho sobre su aporte. En segundo lugar, agrega que los derechos que el productor ostenta para la explotación de la obra los adquiere no en forma originaria, sino que en forma derivada, amén de la cesión de derechos efectuada por los autores, yendo directamente en contradicción a la figura de la obra colectiva, en la cual una persona jurídica puede ser considerada titular originario de los derechos de autor que manen de la obra si es que ésta encarga la misma. En

tercer lugar, ALONSO PALMA da un argumento de texto legal, basándose en el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI).⁴⁰ La TRLPI en su artículo 87, al hacer mención de quienes son los autores de la obra audiovisual hace referencia expresa al artículo 7 TRLPI relativo a las obras en colaboración, no quedando duda que, para el legislador español, las obras audiovisuales son obras de esta última especie.⁴¹

En Chile, la LPI corrobora esta calificación jurídica. En el artículo 27 inciso segundo LPI, a propósito de la determinación de la autoría en las obras cinematográficas (obras audiovisuales por antonomasia), señala que se presumirán coautores de la obra cinematográfica *hecha en colaboración* (...). Esta última frase no hace más que consagrar legalmente la naturaleza jurídica de las obras en comento, no quedando duda alguna sobre su naturaleza de obra en colaboración, siendo imposible pensar que una obra audiovisual pudiese tener la calidad de obra colectiva.⁴² Por su parte el artículo 5 letra b)

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril (B.O.E. número 97/1996 de 22 de Abril), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-8930 Este cuerpo legal es el equivalente español a nuestra Ley N ° 17.336, Ley de Propiedad Intelectual (LPI).

⁴¹ ALONSO PALMA, Ángel Luis. Propiedad intelectual y derecho audiovisual. Madrid; Barcelona; Valencia. Centro de Estudios Financiero. 2006, p. 129.

⁴² En este mismo sentido URQUIETA SALAZAR, quien agrega a la imposibilidad de esta calificación jurídica el hecho que en la obra colectiva puede entenderse que es autor alguien que no realiza aporte intelectual alguno, lo cual es imposible en las obras en colaboración como las audiovisuales. Con todo, el autor cita jurisprudencia francesa de la Corte de Apelaciones de París que sustenta la tesis contraria, aduciendo que el texto de la ley puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, pudiendo la obra audiovisual ser considerada como obra colectiva. Corte de Apelaciones de París, 6 de julio de 1989, JCP 199, éd. G, II, 21410, observaciones de A. Françon: "si el artículo respectivo de la ley, constituye a la obra audiovisual como una obra en colaboración, en la cual los autores son personas naturales, esta no es más que una presunción sujeta a ser desvirtuada por una prueba en contrario y nada impide el carácter colectivo de una película en la cual una persona jurídica pueda reivindicar la calidad de autor por haber tomado la iniciativa, dirigido la creación y efectuado la divulgación". EN: URQUIETA SALAZAR, Carlos. La Obra Audiovisual: autoría y titularidad a la luz de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Fomento Audiovisual. Artículo publicado

LPI, al definir lo que se entiende como obra en colaboración, señala que es “la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”. Esta definición nos proporciona un importante elemento a considerar, a saber, que quienes son autores en una obra en colaboración son personas naturales, quienes serán por lo tanto titulares originarios de los derechos de autor, siendo imposible que personas jurídicas tengan originariamente los derechos que fluyan de estas obras, siendo necesaria una cesión de derechos para que una persona jurídica ostentara en forma derivativa o secundaria los derechos de la obra en colaboración.

En relación a la parte final de la definición legal, es importante señalar que la imposibilidad de separación de los aportes que predica el legislador no dice relación con que estos sean susceptibles o no de distinción (lo cual se entiende que si ocurre en las obras en colaboración y no ocurre en las obras colectivas), sino, más bien, a que los aportes no pueden separarse sin destruir el fundamento que justificó su realización, esto es, el propósito común de la producción en colaboración.

2.2.3. Crítica a la clasificación de la obra audiovisual como obra en colaboración.

Si bien es cierto no se puede desatender la fuerza de los argumentos recientemente expuestos en el sentido de calificar a la obra audiovisual como una obra en colaboración, puede entenderse que la argumentación calza con las grandes producciones audiovisuales, generalmente en formato cinematográfico o en formatos televisivos (largometrajes, teleseries,

en la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. N °1, Santiago. 2007, pp. 208 - 209.

documentales, etc.).

Ahora bien, el advenimiento de nuevas tecnologías y la masificación de las mismas han planteado un escenario impensado para la legislación e incluso para la doctrina. Hoy en día, una persona natural perfectamente puede acceder a tecnología (verbigracia, cámaras de relativo bajo costo y de alta fidelidad de imagen) que le permita crear una obra audiovisual.

Sin ir más lejos, y reconociendo este poder creativo en potencia de personas que puedan acceder a tecnología que les permita realizar creaciones audiovisuales, en nuestro país se han abierto concursos de *nanometrajes*, esto es, piezas audiovisuales cuya duración no exceda de 50 segundos, las cuales pueden ser presentadas en formato de video, cine, animación u otro formato de calidad equivalente, incluido celulares si permiten un buen resultado de imagen.

Pareciera ser que, al día de hoy, la participación de una pluralidad de personas en la producción de una obra audiovisual es más bien un elemento de la naturaleza que de la esencia de las mismas.

Esta realidad, irreversible a juicio de este trabajo, hace necesario un replanteamiento respecto a la naturaleza jurídica de las obras audiovisuales. Se volverá a este punto a propósito de las conclusiones y propuestas finales.

2.3. Justificación de un régimen especial en materia audiovisual.

La especial naturaleza y características que presentan, generalmente, las obras audiovisuales hacen que los mecanismos clásicos de protección del Derecho de Autor sean insuficientes para una adecuada explotación de ellas. Si

se pone el énfasis en las producciones cinematográficas, obras audiovisuales por excelencia, nos encontramos con que las innovaciones, el desarrollo tecnológico y la complejidad éstas hicieron que el primitivo “cine puro” o “de autor” (donde el director es el gran actor principal a la hora de explotar la obra) fuera desplazado por un cine “de producción” como bien señala ANTEQUERA PARILLI.⁴³ Este cine “de producción”, además del elemento creativo inherente a toda creación audiovisual con tintes de originalidad que es susceptible de protección de Derecho de Autor, requiere de una compleja estructura administrativa y un importante capital que financie su puesta en marcha. Es por ello que en las obras audiovisuales, especialmente las cinematográficas, aparece en forma prácticamente inevitablemente la figura del productor audiovisual, quien tendrá la misión de llevar a cabo la obra y realizar actividades posteriores de publicidad, distribución, comercialización y, en general, de explotación de la obra.

Para COLOMBET, la necesidad de establecer un estatuto especial para las obras audiovisuales se justifica, básicamente, por dos razones. En primer lugar, la exigencia, prácticamente obligatoria, de la cooperación de una pluralidad de creadores; y, en segundo lugar, el alto costo de estas obras hace necesaria la presencia de un socio capitalista, el cual será una persona natural o jurídica que tendrá la iniciativa de su realización.⁴⁴

El propio COLOMBET agrega, posteriormente, otro punto de vital

⁴³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El nuevo régimen del Derecho de autor en Venezuela (y su correspondencia con la legislación, jurisprudencia y la doctrina comparados). Editorial Buchivacoa, Venezuela. 1994, pp. 108 - 109.

⁴⁴ COLOMBET, Claude. “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado”. 3ra edición. Ediciones UNESCO/CINDOC, Madrid.1997, p. 33.

importancia que hace del todo necesaria, a su juicio, una regulación especial en esta materia, ya mencionado por ANTEQUERA PARILLI, este es, la adecuada explotación de la obra audiovisual.⁴⁵

Por su parte BERCOVITZ, a propósito del estudio de las normas especiales destinadas a las obras audiovisuales en la legislación española, reitera las ideas antes señaladas, sistematizando el fundamento de la regulación especial en tres pilares. Primero, las obras audiovisuales son producto de una actividad empresarial llevada a cabo por el productor. Segundo, y relacionado con lo anterior, su realización requiere de importantes inversiones no solo para su explotación, sino también para su elaboración y tercero, en su realización participan normalmente una multiplicidad de personas (productor, director-realizador, autores de aportaciones literarias como el guión o los diálogos, etc.). Ello lleva, a juicio del autor español, a la necesidad de establecer normas que faciliten la determinación de sus autores y que simplifiquen la cesión de derechos patrimoniales en el productor y que limiten las facultades morales de los autores de suerte que no obstaculicen la creación y explotación de la obra.⁴⁶ Esta elaboración aparece como la más completa doctrinariamente hablando.

Las obras audiovisuales al tener, en opinión de la mayoría doctrinaria e incluso estando así consagrado por variadas las legislaciones, la *naturaleza de obra en colaboración*, entendida esta como aquella en cuya creación han cooperado varias personas físicas y cuyas partes componentes están ligadas por una comunidad de destino e inspiración, pueden sufrir, en principio, de

⁴⁵ COLOMBET, Claude. *ob. cit.*, p. 35.

⁴⁶ BERCOVITZ, Rodrigo. "Manual de propiedad intelectual" / Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. 2a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 189.

trabas al momento de intentar la explotación económica de la obra. De esta manera, y siguiendo al derecho común, se requeriría que los titulares de los derechos de autor (específicamente patrimoniales en el caso del sistema continental) los ejercieran de común acuerdo; que se logre la unanimidad de los coautores o, al menos, de una mayoría o, incluso, de un fallo judicial en caso de desacuerdo dependiendo del sistema jurídico que corresponda.⁴⁷

Esta problemática práctica llevó a que los sistemas jurídicos nacionales fueran modificando el régimen jurídico aplicable a las obras en colaboración (en especial a las obras audiovisuales), de suerte que este se adaptara de buena forma a las necesidades de explotación de las mismas. Para este fin, los diversos sistemas jurídicos emplearon distintos mecanismos para que, en la práctica, fuese una sola persona, y no una indivisión, quien explotara la obra audiovisual. Sobre estos mecanismos versa la siguiente sección de este trabajo.

2.4. Sistemas de protección de los derechos de autor en materia audiovisual.

Las diversas legislaciones han ido adoptando modelos jurídicos para acotar tanto la autoría como la titularidad del derecho de autor en las obras audiovisuales. Como bien indica SARTI TIRADO, la doctrina distingue tres grandes sistemas:⁴⁸

⁴⁷ Una enumeración, por vía ejemplar, de las legislaciones que contemplan estos mecanismos en COLOMBET, Claude. *ob. cit.*, p. 32.

⁴⁸ SARTI TIRADO, Romina. “Las obras cinematográficas en la ley sobre propiedad intelectual”, memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales dirigida por profesor Santiago Schuster Vergara, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 2003, pp. 23 y ss.

1. *Sistemas Pluralistas.*
2. *Sistemas del Film Copyright.*
3. *Sistemas Mixtos o Híbridos.*

A continuación se desarrolla, sucintamente, en que consiste cada uno de ellos.

2.4.1. Sistemas Pluralistas.

Los sistemas pluralistas se caracterizan por atribuir la autoría de la obra audiovisual a las personas que, con sus aportaciones creativas, contribuyen a la realización de la misma. De esta suerte, a estas personas se les concede la titularidad originaria del derecho de autor, tanto desde un punto de vista patrimonial como desde una perspectiva moral.

Ahora bien, en estos sistemas hay que distinguir, por un lado, la determinación de la autoría de las obras audiovisuales y, por otro, la determinación de la titularidad de las mismas. Desde ya, se señala que la importancia de la determinación de la autoría en estos sistemas radica en que corresponde a los autores de estas obras la detentación y titularidad originaria de los derechos de autor. Además, en el sistema continental,⁴⁹ son los autores quienes detentan los derechos morales de sus obras en forma inalienable, por lo que determinar la autoría es de suma importancia práctica como se verá más adelante en este trabajo.

⁴⁹ Se recuerda que en el sistema del *Copyright* no existe una dimensión moral del derecho de autor; en tanto que en sistema continental existe la dicotomía derecho patrimonial y derecho moral de autor. *Vid supra* punto 1.3.2.

2.4.1.1. Determinación de la autoría.

En relación a la autoría de la obra audiovisual, esta se atribuye a todas las personas que contribuyen intelectualmente en su realización. Es menester recalcar que el aporte ha de ser de tipo intelectual, no siendo posible reclamar autoría por parte de alguien que realice un mero aporte técnico.⁵⁰

Ahora bien, dentro de la determinación de la autoría en la corriente pluralista, se pueden subdistinguir dos ramas; atendiendo a la intervención legal a la hora de determinar *a priori* una lista de personas que son consideradas autores, a saber, la *presunción simplemente legal* o la *ficción legal*.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos sistemas que se pueden considerar pluralistas no establecen en forma expresa a quienes han de considerarse autores. Se le dedicaran unas líneas de este trabajo al particular caso alemán.

a. Presunción simplemente legal.

Cuando una legislación adopta este criterio de determinación de la autoría, se presumen coautores de la obra audiovisual las personas que la ley enumera, *salvo prueba en contrario*.

Esta fórmula es la usada en la legislación francesa, donde el *artículo L113-7* del Código de Propiedad Intelectual dispone: “Tendrán la calidad de

⁵⁰ La línea entre aporte intelectual y aporte técnico no es del todo nítida. Así, por ejemplo, en Francia se ha negado la condición de coautor de un programa de televisión a un narrador que relataba una historia insólita, por estimarse que su aporte era meramente técnico. *Cour d' appel* de París de 4 de marzo de 1987, RIDA, núm. 132, abril de 1987, p. 71 – confirmada por la *Cour de cassation* mediante sentencia de 29 de marzo de 1989, RIDA, núm. 141, julio de 1989, p. 262. Fallo citado en GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 62.

autor de una obra audiovisual la o las personas físicas que efectúan la creación intelectual de dicha obra. *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son coautores de una obra audiovisual realizada en colaboración:*

- 1- El autor del guión;
- 2- El autor de la adaptación;
- 3- El autor de los diálogos;
- 4- El autor de las composiciones musicales con o sin letra especialmente realizadas para la obra;
- 5- El realizador.

Cuando la obra audiovisual esté basada en una obra o en un guión preexistentes y ya protegidos, los autores de la obra de origen se integrarán a los autores de la obra nueva.⁵¹

Este sistema tiene, principalmente, dos particularidades:

1. Permite acreditar autoría a quienes no son considerados como tales, en principio, por la presunción legal y
2. En virtud de este sistema se puede desvirtuar la condición de autor de alguien que aparezca beneficiado con la presunción si se prueba lo contrario.

De esta forma, como señala GONZALEZ GOZALO, se garantiza una mayor flexibilidad a la hora de atribuir autoría sobre la obra audiovisual, repercutiendo igualmente en una fidelidad mayor a la realidad. Ello, como contrapartida, va en desmedro de la certeza de saber, de antemano, quienes

⁵¹ Código de la Propiedad Intelectual (Francia). Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=180337

son autores de la obra.⁵²

b. Ficción legal.

En los ordenamientos que acogen este sistema, la ley establece una hipótesis que no es susceptible de discusión; estableciendo directa e inamoviblemente la calidad de autores a un número cerrado de personas (*numerus clausus*) que supuestamente han tenido una intervención creativa en la obra audiovisual. Esto ocurre en España, donde el artículo 87 TRLPI dispone:

“Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta ley:

1. *El director-realizador.*
2. *Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos.*
3. *Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.”*

Al comentar esta disposición, BERCOVITZ señala que los otros creadores distintos a los enumerados pueden considerarse autores de una obra preexistente incorporada a la obra audiovisual, pero en ningún caso autores de la obra audiovisual en sí. Agrega, además, que la autoría otorgada por este artículo alcanza a las personas que desempeñan las funciones propias de quienes aparecen citados, aun cuando no se les reconozca dicho rol en los

⁵² GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, p. 56.

créditos de la obra (verbigracia un actor que improvisa sus diálogos sería autor de la obra audiovisual, aunque no se le reconozca su condición de dialoguista en los créditos).⁵³

Además, al referirse al artículo 7 TRLPI, se debe entender que para la legislación española la obra audiovisual es una obra en colaboración, en la que los derechos, tanto morales como patrimoniales, corresponden originariamente y *pro indiviso* a quienes se atribuya su autoría.

c. Legislaciones que no determinan quienes han de ser considerados autores. El caso alemán.

Finalmente, desisten ciertas legislaciones en que no se establece expresamente quienes son los autores de la obra audiovisual. En estos casos en que no se establece ni un sistema de ficción ni uno de presunción legal, se sostiene que son la doctrina y la jurisprudencia quienes determinarán, en forma casuística, la autoría de las obras audiovisuales.⁵⁴

En el particular caso alemán, se ha sostenido que al no haber norma especial que determine la autoría de una obra audiovisual (en específico, la obra cinematográfica siguiendo la nomenclatura legislativa germana), se han de aplicar las normas generales. De esta suerte, serán autores, conforme al párrafo 7 de la Ley de propiedad intelectual germana, los creadores de la obra, entendiendo que sólo pueden ser creadores las personas físicas que

⁵³ BERCOVITZ, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 192. Esta conclusión parece ser algo desmedida, sobre todo entendiendo que daría lugar a una zona gris de colisiones entre el derecho de autor y los denominados derechos conexos, propios de los intérpretes y que en cada sistema tienen una regulación particular.

⁵⁴ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual en la obra audiovisual”, p. 56; SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 25.

realizan aportaciones creativas.

Ahora bien, pareciera que no se está muy lejos de las legislaciones anteriormente analizadas entendiendo que todos los sistemas pluralistas tendrían como nota común el otorgar la autoría a un grupo de personas que han contribuido a su colaboración y no al productor. Con todo, la nota distintiva viene dada por lo que en el derecho de autor alemán se entiende por obra en colaboración, categoría a la que pertenecería la obra cinematográfica (se reitera, siguiendo la nomenclatura germana).

Para el derecho alemán una obra en colaboración es la creada conjuntamente por varias personas cuando sus aportes respectivos no pueden ser separadamente explotados. Así, los aportes que pueden ser objeto de explotación separada no son susceptibles de fundirse en una obra en colaboración, conservando su independencia y tratándose como una suma de obras singulares que se ha optado explotar conjuntamente. Los autores lo son de sus respectivos aportes, pero no de la obra común.

Se llega de esta forma a entender que para la legislación germana sólo son autores de una obra cinematográfica, y titulares originarios de los derechos sobre la misma, quienes realizan aportes creativos que no son separables, como ocurre en el caso del director, el camarógrafo o el montador. Por su parte, el argumento, el guión, la música, el vestuario y los decorados al ser explotables en forma separada se consideran como obras literarias, musicales, dramáticas o plásticas respectivamente, siendo sus creadores considerados

como autores de obras preexistentes.⁵⁵

2.4.1.2. Determinación de la Titularidad.

La gran dificultad de los sistemas pluralistas es la de unificar el ejercicio del derecho de explotación que mana de la obra audiovisual que está, en principio, en manos de un conjunto autores. Para solucionar esto, los sistemas pluralistas tienen dos mecanismos para determinar la titularidad del derecho de autor:

- a. Presunción de cesión de derechos a favor del productor.
- b. Cesión legal (*Cessio legis*).

Antes de seguir con el análisis, parece conveniente esbozar un concepto jurídico de “cesión”. De esta suerte, y siguiendo en gran medida lo expuesto por VODANOVIC HAKLICKA, se puede señalar que la cesión, en general, es la transferencia de un derecho realizada por un sujeto (cedente) a otro diverso (cesionario), quedando este último investido frente a los demás con los derechos del primero.⁵⁶

Habiendo procurado contextualizar la idea de cesión, presente en los

⁵⁵ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual en la obra audiovisual”, pp. 73 – 76.

⁵⁶ La definición esbozada está tomada de la expuesta por VODANOVIC HAKLICKA a propósito de la cesión de derechos en general. Así, este autor en su tratado de las obligaciones postula la siguiente definición “Es la transferencia de un derecho, por la cual el sujeto al que se le transfiere el derecho (cesionario) queda investido frente al deudor de todos los derechos, incluso los accesorios, del sujeto que hizo la transferencia (cedente)”. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel., VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Tratado de las obligaciones. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004, tomo III, volumen de la modificación y extinción de las obligaciones, p.16. Como se aprecia, el concepto está contextualizado en un marco crediticio, lo cual ha debido ser adaptado para poder dar un concepto más amplio y aplicable a los casos que se analizan en esta tesis.

dos casos que se estudian a continuación, se está en buen pie para proseguir el estudio.

a. Presunción de cesión de derechos a favor del productor.

Si bien es cierto que en los sistemas pluralistas no se les reconoce autoría de la obra audiovisual a los productores, no es menos efectivo que estos sistemas, reconociendo el aporte eminentemente económico de los mismos, procura darles cierta seguridad o certeza jurídica para resguardar sus intereses y emprendimiento.

Es en este contexto en el cual algunas legislaciones, como la francesa, optan por este mecanismo de determinación de titularidad, en el cual se parte de la base de la existencia de una relación contractual entre los autores de la obra audiovisual y el productor de la misma; de suerte que ambas partes deberán concluir contratos de cesión de derechos para obtener las autorizaciones que son requeridas para poder utilizar los aportes de cada autor tanto para llevar a cabo la realización como para la explotación de la obra audiovisual en su conjunto.

La ley refuerza los efectos del contrato, dándole a la mera existencia del mismo (en la práctica un contrato de producción audiovisual o directamente contratos de cesión de derechos de autor) la fuerza de presumir la cesión de todos o algunos de los derechos de autor a manos del productor audiovisual.

Así, siguiendo este modelo, el artículo 132-24 inciso primero del Código de Propiedad Intelectual de Francia dispone: *“El contrato que vincula al productor con los autores de una obra audiovisual, siempre y cuando no se*

trate del autor de una composición musical con o sin letra, y salvo cláusula en contrario y sin perjuicio de los derechos reconocidos al autor en los términos de los dispuesto en los artículos L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 a L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 a L. 131-7, L. 132-4 y L. 132-7, implica cesión a favor del productor de los derechos de explotación de la obra audiovisual”.

Como se evidencia, el precepto establece la presunción, salvo pacto en contrario, de que los autores, excluido el autor de la música,⁵⁷ han cedido al productor en forma exclusiva, mediante el contrato que con él hayan celebrado comprometiéndose a realizar la obra audiovisual, los derechos patrimoniales.

En directa relación con este mecanismo, el autor español DELGADO PORRAS señala que puede ser susceptible de una subdivisión, distinguiendo si la presunción admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*) o si, por el contrario, no lo hace (presunción *iuris et de iure*).⁵⁸ Con todo, esta distinción pareciera ser del todo artificiosa. Ello debido a que una presunción de cesión de derechos a favor del productor que no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*) en la práctica podría llegar a tener los mismos efectos que una cesión legal (o *cessio legis*) como se profundizará en lo que sigue.

b. Cesión legal (*Cessio legis*).

Cuando un sistema decanta por la solución pluralista para la determinación de la autoría de la obra audiovisual, puede procurar concentrar

⁵⁷ La exclusión de los autores musicales se debe a que desde hace varios años gozan de un sistema de gestión colectiva de derechos a nivel internacional. GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, p. 70 nota 114.

⁵⁸ DELGADO PORRAS, Antonio. La Obra Audiovisual. Planteamiento General. Artículo publicado en el Libro Memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, T.II. Madrid. 1991, p. 744.

los derechos de explotación en las manos del productor. Esto se logra mediante el denominado sistema de cesión legal o *cessio legis*.

Es en este punto donde hay ciertas discrepancias, ya que pareciera ser que hay tantas concepciones de cesión legal o *cessio legis* como autores que han escrito al respecto.

En específico se plantearán acá dos concepciones de lo que la doctrina ha entendido por el sistema de atribución de titularidad de la cesión legal.

Una primera postura, que puede extraerse de lo expuesto por SARTI TIRADO, ha sostenido que en virtud de este sistema la cesión del derecho de explotación es legal, independientemente de los contratos que puedan existir entre autores y productor.⁵⁹

Una segunda postura, que es la defendida por DELGADO PORRAS, sostiene que la cesión legal opera cuando el contrato que vincula a los autores con el productor importa una cesión de todos los derechos de explotación de

⁵⁹ Se deja constancia de lo confuso de la idea, toda vez que al hablar del sistema de cesión legal, la autora apunta a la letra: “la cesión del derecho de explotación es legal, con independencia de los contratos que puedan existir entre los autores y el productor, vale decir, es *la propia ley la que presume que el contrato entre autores y productor le atribuye a este último el derecho de explotación de la obra*” (énfasis agregado). SARTI TIRADO, Romina. *supra cit.*, pp. 25 - 26. No queda claro con esta exposición si el sistema que describe prescinde o no del contrato entre autores y productor.

Más adelante, al tratar el tema de la titularidad del derecho de autor en las obras cinematográficas en la legislación chilena a la luz de lo prescrito en el artículo 25 LPI, la misma doctrinadora señala que “Si seguimos *la tesis de Alfonso González, según la cual, en virtud de la cesión legal el productor adquiere las facultades que integran el derecho patrimonial de autor por mandato expreso de la ley, con independencia de los contratos suscritos entre autores y productores, debiéramos concluir que Chile adscribe a dicho sistema (...)*” (énfasis agregado). SARTI TIRADO, Romina. *supra cit.*, p. 38. En este pasaje, se le imputa a GONZALEZ GOZALO la defensa de tal postura, sin encontrarse cita alguna al jurista español que avale la veracidad de la afirmación.

aquellos a éste.⁶⁰ Se destaca que es indiferente el contenido del contrato mismo.⁶¹

Ante las dos posturas expuestas precedentemente, esta investigación adhiere a la segunda. El fundamento de esta decisión radica en la visión *pro* autor del jurista, la cual en opinión de esta tesis debe siempre tenerse como norte a la hora de regular materias de derecho de autor.

En concepto de DELGADO PORRAS, en todos estos sistemas de determinación de titularidad debe necesariamente mediar un contrato, puesto que “(...) prescindir de ese contrato sería como consagrar un despojo, una expoliación o una situación de esclavitud”.⁶²

Ahora bien, la adhesión a las ideas del referido jurista no pueden ser irrestrictas, ya que, como se adelantó anteriormente, pareciera haber una zona gris de colisión entre el denominado sistema de cesión legal y el de presunción legal “*iuris et de iure*” (o de presunción que no admite prueba en contrario). En principio, ambos sistemas coinciden en que hay cesión de los derechos de explotación de la obra y que no puede hacerse nada en contrario, y parecieran diferir en que en el de cesión legal se ceden *todos* los derechos de explotación, en tanto que en el de presunción de cesión que no admite prueba en contrario se ceden *todos o algunos* de los derechos de explotación. Para efectos de la presente tesis, no hay diferencia alguna entre una cesión legal y un sistema de presunción que no admite prueba en contrario en que se cedan todos los derechos de explotación.

⁶⁰ DELGADO PORRAS, Antonio. *supra. cit.*, p. 744.

⁶¹ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, p. 82.

⁶² DELGADO PORRAS, Antonio. *supra. cit.*, p. 745.

Una legislación que ha optado por este sistema de *cessio legis* es la italiana. El artículo 45 de la *Legge* le atribuye el ejercicio de los derechos de utilización económica de la obra cinematográfica al productor. Ahora bien, el contenido de este derecho ha sido discutido por la doctrina de ese país. Para algunos la cesión legal sólo comprende aquellos derechos necesarios para la explotación de la obra cinematográfica en salas públicas; en tanto que para otros incluye cualquier tipo de utilización que haga accesible al público la sucesión de figuras en movimiento que la componen, lo que incluye la proyección en salas de exhibición como la reproducción, la distribución de copias en soporte videográfico o la radiodifusión. La jurisprudencia italiana ha preferido la segunda interpretación.⁶³

2.4.2. Sistemas del Film Copyright.

Como contrapartida a los sistemas pluralistas se encuentra el sistema del *film copyright*. Este último es el que, con ciertos matices a los que se hará mención más adelante, impera en el *Common law*.

En líneas generales, el *film copyright* y sus matices buscan proteger férreamente la vertiente económica, es decir, las inversiones realizadas en la obra audiovisual. Para dicho efecto, procuran en lo posible otorgar a una persona, el productor de la obra audiovisual, en *forma originaria* el *Copyright* sobre ella. Como consecuencia de ello, se entiende que es el *productor el autor de la obra audiovisual*, por lo que es el titular originario del derecho de autor. Con esto se busca caucionar la libre explotación de la obra audiovisual, pasando por alto las limitaciones de explotación que pueden presentarse en

⁶³ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. "La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual", pp. 85 – 86.

algunos sistemas pluralistas ya mencionados.

Ahora bien, se pueden dilucidar dos formas de atribuir autoría al productor. Estas dos formas se presentan con meridiana claridad en los sistemas australiano y norteamericano. A continuación se pasa breve revista de ambos.

a. El *film copyright* australiano.

En este ordenamiento se considera que la película, como una obra original o una grabación compuesta que carece de originalidad, es creación del productor por el hecho de haber asumido la responsabilidad de su realización. Así las cosas, al productor se le atribuye el *copyright* originario sobre la obra, en su condición de “*maker*” o creador de la misma.

Por su parte, los autores de los diversos aportes, con entidad y originalidad suficientes para ser protegidos, son tratados como autores de obras preexistentes, pero no de la película.

Este escenario deja dos posibilidades abiertas:

1. Que el productor sea el único que ostenta *copyright* al ser el *maker* de una obra no original, en cuyo caso su derecho no coexiste con ningún otro *copyright* que limite su explotación; o bien

2. Que el *copyright* del productor – o *maker* – conviva con los derechos originarios de los autores de los aportes que satisfacen los requisitos para ser objeto de protección, tal y como puede ocurrir con el guión o la música. Cuando esto acontece, señala GONZALEZ GOZALO, el derecho del productor se

asemeja a un derecho conexo sobre la grabación que no puede ser ejercitado en sentido positivo (explotando la película) si es que no se cuenta con la debida autorización de los autores de las obras incorporadas a ella.⁶⁴

De esta suerte, en el específico caso del numeral segundo recientemente expuesto, la explotación de la obra audiovisual se ve en cierta medida coartada por los derechos que puedan ostentar sobre sus propias contribuciones quienes han participado en su creación, quedando el productor en la necesidad de adquirir vía cesión o transmisión dichos derechos para que su propio *copyright* sea plenamente eficaz.⁶⁵

Con todo, este peculiar sistema tiene una modalidad que fortalece la posición del productor. Cuando éste es empleador de quienes realizan las contribuciones creativas, es decir, cuando media relación laboral entre el productor y los autores, y éstos últimos realizan los aportes en cumplimiento del contrato de trabajo, al productor le corresponden *por el sólo ministerio de la ley* los derechos sobre las obras preexistentes.

b. El *film copyright* norteamericano.

En la legislación de los Estados Unidos se concede el primer *copyright* sobre la creación intelectual a su autor. Hasta ahí no se avista ninguna novedad respecto a todos los sistemas que se han expuesto anteriormente; con todo, la particularidad viene dada por la más relevante excepción: las

⁶⁴ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. "La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual", pp. 89 – 90.

⁶⁵ Si bien la carencia de autorizaciones dejaría al *maker* en la imposibilidad de explotar la obra, si podría oponerse a la explotación de la misma por terceras personas, incluyendo a los autores de los aportes, quienes podrán en todo caso explotar sus respectivos aportes, siempre y cuando ello no sea mediante la película. GONZALEZ GOZALO, Alfonso. "La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual", p. 90.

creaciones intelectuales desarrolladas en cumplimiento de una prestación laboral o mediante un encargo, categoría en que, conforme a la práctica y costumbre, se entiende incorporada la obra audiovisual.

En las obras hechas por encargo o “*works made for hire*”, ya sea por mediar relación laboral o comisión de una persona a otra, es el empleador o comitente quien tiene la condición de autor y, de no mediar acuerdo en contrario expreso y por escrito, ostenta el *copyright* originario sobre la obra.⁶⁶

Llama la atención que en un sistema donde el productor tiene una robusta posición jurídica no haya norma alguna en el sentido de concederle expresamente, *ope legis*, el *copyright* originario de la obra. A pesar de ello, pareciera no ser estrictamente necesaria la figura, toda vez que el productor, ya sea como empleador o como comitente de los aportes que constituirán la obra, tendrá habitualmente en sus manos los derechos sobre la obra audiovisual.

Sin embargo, es perfectamente posible que una obra audiovisual, por excepción, no sea una obra hecha por encargo.⁶⁷ En este caso, la autoría se le atribuye a los individuos que la han creado, ya sean muchos o bien sea uno sólo en el caso de pequeñas obras.

⁶⁶ A propósito de las diferencias entre el sistema de Derecho de autor continental y el sistema anglosajón del Copyright. Cfr. LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. UNESCO: CERLALC Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 1993, pp. 39 - 44.

⁶⁷ Esto puede acontecer cuando no haya relación laboral entre el productor y los autores de los aportes creativos, ni concurren los requisitos que convierten la obra creada por un contratista independiente en una obra por encargo. Igualmente puede ocurrir que uno de los aportes de la obra audiovisual no sea hecho por encargo, sino por propia iniciativa de un autor, como por ejemplo, cuando un guionista escribe su guión y éste es llevado a la pantalla posteriormente. Finalmente, puede ser que la obra completa no se considere hecha por encargo por parte del productor y los autores, lo que suele acontecer cuando realizadores de renombre negocian con los productores imponiendo cláusulas contractuales que les son favorables. GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”, pp. 95 – 96.

En este ordenamiento, en principio, el productor audiovisual no encuentra barrera alguna para la explotación de la obra en los derechos morales, ya que no se regulan expresamente, como si ocurre en los sistemas pluralistas.⁶⁸

No obstante lo anterior, mediante otras figuras diversas a los derechos morales, se pueden lograr en el sistema norteamericano algunos resultados análogos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la utilización de la ley que regula la marca comercial y la competencia desleal como un mecanismo para atacar falsas atribuciones de autoría y distorsiones realizadas sobre la obra sin el consentimiento de sus creadores. De todas formas, la alternativa más efectiva para regular facultades similares a lo que en el derecho continental se conoce como derechos morales es la contractual, ya sea de tipo individual o colectiva. La vía contractual individual claramente sólo será viable en aquellos casos en que los creadores tengan cierta capacidad negociadora para imponer sus términos al productor; en tanto que la vía contractual colectiva vendrá contextualizada dentro de un marco laboral - sindical.⁶⁹

2.4.3. Sistemas Mixtos o Híbridos.

Estos sistemas no son más que una mezcla de elementos de los sistemas ya individualizados, a saber, los pluralistas y los del *Film Copyright*.

El caso más representativo de estos sistemas es el de Reino Unido. En la *Copyright Act* de 1956 el ordenamiento británico otorgaba el derecho sobre la grabación de imágenes en movimiento solamente al productor, quien asumía la

⁶⁸ LIPSZYC, Delia. *Ob. Cit.*, pp. 39 - 44.

⁶⁹ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. "La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual", pp. 100 – 102.

iniciativa y la responsabilidad de su realización, siguiendo en principio un sistema de *film copyright* propio de la lógica anglosajona. Los creadores de las obras preexistentes que eran incorporadas o adaptadas a la película no tendrían derecho alguno sobre la obra común, sino tan sólo tendrían derecho sobre sus aportes en la medida que estos fuesen originales. De esta suerte, el productor se veía en la obligación de contratar con todos los autores de los aportes creativos para garantizarse el *copyright* de cada una de sus obras, con el objetivo de poder reproducirlas en formato audiovisual y explotar libremente el *film*. Este contrato, señala GONZALEZ GOZALO, solía ser de carácter laboral, considerándose al productor, salvo pacto en contrario, primer titular del *copyright*.⁷⁰

Ahora bien, con la promulgación de la *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA) de 1988 se incorporó una idea revolucionaria para el régimen: se reconocieron los derechos morales, siendo su titular el director.

Se producía así la peculiar situación en que el productor, pese a su condición autoral, carecía de facultades morales sobre su obra, en tanto que el director, que no era autor para la normativa británica y que por lo mismo no ostentaba *copyright* sobre la película, si gozaba de prerrogativas morales.

Con todo, las Directivas comunitarias relativas a propiedad intelectual repercutieron en modificaciones de la CDPA durante la década de los noventa, considerando autores de la película al productor y al director principal. Así, las películas son consideradas obras en colaboración, siendo la coautoría referida

⁷⁰ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. *Ob. cit.*, p. 104.

la que da lugar a la calificación de este sistema como híbrido.⁷¹

Con la regulación actual la posición jurídica del director principal se ve fortalecida, ya que es el único de los colaboradores creativos que ostenta un derecho directamente sobre la película. Igualmente, se ve favorecido ya que en este régimen al director se le protege concediéndole *copyright* con independencia de que su aporte haya sido original o no, bastando solamente que no sea una copia literal de una grabación audiovisual anterior. Finalmente, y como ya señaló, es el director quien goza de derechos morales sobre la película, incluso cuando la misma no sea original.

Por su parte, el productor requerirá la adquisición de los derechos de las obras preexistentes incorporadas a la película para poder explotar ésta. Si el productor es empleador de los diversos autores, puede aprovechar la titularidad del *copyright* que se le otorga en tal condición, salvo que haya estipulación en contrario. En el caso en que el productor sea sólo un comitente y no empleador, deberá obtener contractualmente la cesión de los derechos correspondientes.

2.5. Estado actual de la regulación nacional.

El primer obstáculo que encontramos al estudiar las obras audiovisuales en nuestro ordenamiento responde a su nula regulación sistemática. Si bien existe normativa que entrega algunos elementos o conceptos que pueden servir de base para una regulación aplicable a las obras audiovisuales (como por ejemplo la Ley de Fomento Audiovisual, LFA), esta no tiene un carácter del todo sustantivo, por lo que, debe interpretarse en conjunto con las normas del derecho común en materia de derecho de autor, a saber, la Ley de Propiedad

⁷¹ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. *Ob. cit.*, p. 106.

Intelectual. Siendo así, el estudio de la regulación en materia de derecho de autor en las obras audiovisuales se reconduce, necesaria y básicamente, al análisis de los siguientes cuerpos normativos: El Convenio del Berna, la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Fomento audiovisual.

Chile es parte del Convenio de Berna, que es el principal instrumento internacional en materia de derechos de autor.⁷² Este instrumento, básicamente y en conformidad a los artículos 14 y 14 bis, le da a los Estados miembros la libertad para poder determinar los mecanismos que éstos estimen convenientes para efectos de determinar la autoría y titularidad de las obras cinematográficas en específico. Si bien la remisión es a propósito de las obras cinematográficas, este trabajo entiende que, atendida su naturaleza y siendo que al momento de su dictación eran prácticamente las únicas obras audiovisuales reguladas por las legislaciones nacionales, puede sostenerse que los mecanismos a los que hace remisión el Convenio pueden relacionarse con las obras audiovisuales en general.⁷³

Por tanto, y atendiendo a la remisión del Convenio, es indispensable remitirse a la legislación interna para determinar cuales son los mecanismos que el legislador ha implementado en esta materia.

Los principales cuerpos normativos que tocan la regulación de las obras audiovisuales en específico son las ya citadas Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y la Ley de Fomento Audiovisual (LFA). Debido a ello, el análisis que se

⁷² El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito en París el 24 de julio de 1971. Fue ratificado por el Decreto N ° 266 y publicado en el Diario Oficial el 5 de junio de 1975. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

⁷³ *Vid supra* punto 1.4.1. de este trabajo, especialmente nota 32.

realizará en las siguientes líneas tendrá como referencia principal dichas leyes y el tratamiento que realizan estas en relación a las obras audiovisuales (LFA), a las obras cinematográficas (LPI) y a los derechos de autor en general.

2.5.1. Determinación de la autoría.

Nuestra LPI, inserta dentro de la corriente de Derecho continental, entiende como autores, por regla general, a las personas naturales o físicas,⁷⁴ ello a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *common law* norteamericano donde puede llegar a ser autor una persona jurídica.⁷⁵ Ello encuentra una justificación, en los sistemas latinos, en el hecho de que sólo una persona natural puede expresar su individualidad y originalidad, un verdadero reflejo de su personalidad, en una obra protegida por el derecho de autor.

En este mismo sentido, el texto positivo de la LPI resalta el hecho de que la autoría sólo puede provenir de personas naturales en su artículo 5, donde el legislador define los conceptos básicos de la ley. En su letra a), define obra individual como “la producida por una sola *persona natural*”; en tanto que en su letra b) define obra en colaboración como “la producida, conjuntamente, por dos o más *personas naturales* cuyos aportes no puedan ser separados.”

La importancia de esta determinación de autoría reside en establecer quien tiene la condición de titular originario de los derechos patrimoniales y morales que de la obra fluyen.

Encargándose de esta necesidad jurídica, los incisos primero y segundo

⁷⁴ En este sentido ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid: Reus: AISGE. 2007, p. 15.

⁷⁵ LIPSZYC, Delia. *ob. cit.*, pp. 44 - 45.

del artículo 27 LPI, a propósito de regulación de la autoría en las obras cinematográficas, señalan:

“Tendrán legalidad de autores de una obra cinematográfica la *persona o personas naturales* que realicen la creación intelectual de la misma.

Salvo prueba en contrario, se presumen coautores de la obra cinematográfica hecha en colaboración, los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guión y de la música especialmente compuesta para la obra, y el director.”⁷⁶

Se destaca del inciso primero el reconocimiento del reiterado concepto que en nuestro sistema necesariamente las obras protegidas por el Derecho de autor manan de una persona natural. En el inciso segundo, por su parte, resalta la fórmula que usa el legislador nacional para determinar la autoría en las obras cinematográficas, a saber, un sistema pluralista con la presunción simplemente legal o presunción “*ius tantum*” que admite prueba en contrario; como ya se indicó anteriormente en este trabajo a propósito de la exposición de los

⁷⁶ El artículo 29 del proyecto original señalaba que: “Se presumen coautores de la obra cinematográfica, hecha en colaboración, salvo prueba en contrario:

- 1) El autor del argumento;
- 2) El autor de la escenificación;
- 3) El autor de la adaptación;
- 4) El autor del guión;
- 5) El autor de la música especialmente compuesta para la obra, y
- 5) El realizador o director.

Cuando la obra cinematográfica ha sido tomada de una obra o escenificación preexistente, todavía protegida, los autores de la obra original quedan equiparados a los autores de la nueva obra”.

Como se aprecia, la idea del mensaje primitivo y la del texto definitivo actualmente vigente era la misma: considerar autores a quienes han creado la obra y, a su vez, presumir que lo son ciertas personas enumeradas en la ley (a quienes se mantuvo en forma inalterada, sin perjuicio de omitir la formalidad de una enumeración), sin perjuicio de admitir prueba en contrario. Tal vez el único matiz que diferencia a la norma original del artículo 27 con el texto definitivo es el que la norma actual enfatiza que esta obra proviene necesariamente de personas naturales, lo que no se consigna en la norma primigenia.

sistemas jurídicos de protección a las obras audiovisuales. La LPI presume la autoría de las personas enumeradas, dando lugar para probar lo contrario a quienes no aparezcan expresamente considerados en el precepto legal para acreditar su calidad de autor y, a su vez, se permite que quienes aparezcan favorecidos por la presunción sean excluidos de la autoría en el caso que se acredite que no han realizado aportes intelectuales.⁷⁷

Es relevante señalar que esta enumeración que recoge el artículo 27 LPI es del todo racional y justificada. Las personas ahí reseñadas cumplen, a lo menos en principio y en abstracto, cabalmente con funciones creativas susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor.

En este sentido, es sumamente ilustrativo lo expuesto por DELGADO PORRAS a propósito su breve planteamiento general respecto a las obras audiovisuales y su regulación en el derecho comparado.

El jurisconsulto español justifica la inclusión de algunas de estas personas a los listados de autores de los diversos ordenamientos jurídicos que adoptan este sistema pluralista con la presunción simplemente legal o presunción “*iuris tantum*” que admite prueba en contrario.

Sobre el director, señala que su aporte creativo radica en como hace efectiva su libertad de expresión a través de la combinación de imágenes, ya que la asociación de imágenes resultante en estas obras necesariamente pasa

⁷⁷ Así, por vía ejemplar, URQUIETA SALAZAR expone un fallo de la Corte de Apelaciones de París en el cual se excluyó a un director de la autoría de una obra televisual. La resolución señala “El realizador de una obra televisual no puede pretender tener derechos de autor desde el momento en que su aporte no constituyó una creación intelectual propia sino que se limitó a una simple prestación de servicios técnicos”. Corte de Apelaciones de París, 4 de marzo 1987, Dalloz 1987, p. 204, comentarios de Claude Colombet. URQUIETA SALAZAR, Carlos. *supra cit.*, p. 210.

por el director-realizador, quien puede definirse como autor en esta obra.

En relación a los argumentistas y guionistas, agrega el doctrinador, estos son los verdaderos autores del plan de acción de la obra audiovisual, sea original o adaptado (en ambos casos susceptibles de ser protegidos por el derecho de autor, en el segundo caso siempre y cuando se tenga la autorización respectiva del autor de la obra original), y es evidente que el director amolda su creación a este plan o estructura secuencial, teniendo que recaer necesariamente en los guionistas y argumentistas una cuota de crédito autoral.

Finalmente, en relación a los músicos que realizan obras musicales especialmente destinadas para su utilización en las obras audiovisuales, indica el mismo jurista que el valor de su aporte, si se presenta vinculado sustancialmente a la asociación de imágenes no puede ser prescindible a la hora de determinar la autoría en la obra audiovisual.⁷⁸

Por su parte, la LFA no presenta disposiciones que hagan pensar que en materia audiovisual, en general, haya una lógica o sistema distinto al destinado a las obras cinematográficas en artículo 27 LPI. La LFA solamente menciona en su artículo 3 letra g), a propósito de las definiciones que contiene esta ley, que el director o realizador es “El *autor* de la realización y responsable creativo de la obra audiovisual”.⁷⁹

⁷⁸ DELGADO PORRAS, Antonio. *supra cit.*, pp. 736 - 737.

⁷⁹ Este concepto hace sinónimos los términos director y realizador. URQUIETA SALAZAR destaca que “(...) la denominación “director” es más propia del mundo cinematográfico, en tanto que el de “realizador” se utiliza mayoritariamente en televisión, aunque en nuestro país se suele ocupar el primero; cualquiera sea el destino de la obra. URQUIETA SALAZAR, Carlos. *supra cit.*, p. 209.

La definición anteriormente transcrita puede llevar a dos conclusiones; primero, el legislador entiende expresamente que el director o realizador es autor en la obra audiovisual, lo que está en completa concordancia con la norma contenida en el artículo 27 LPI y, segundo, al director o realizador se le reconoce su responsabilidad creativa, lo que reitera su condición autoral entendiendo que su aporte es creativo.

Para finalizar, y adelantando en cierta medida las conclusiones de esta investigación, se puede señalar que la implementación de este sistema de determinación de autoría de presunción *iuris tantum* parece ser el más adecuado para un ordenamiento jurídico que pretende dar protección a los autores que participan en las obras audiovisuales. Ello porque permite, por un lado, dar relativa certeza sobre quienes son autores en una obra audiovisual y, por otra parte, le da la oportunidad a quienes sean en la práctica autores (y no estén enumerados expresamente) de hacer valer sus derechos.

Podría argumentarse en contrario que un sistema que deje abierta la posibilidad aumentar el número de personas que sean susceptibles de ser consideradas autores fomenta la incertidumbre para el productor audiovisual, quien tendría que procurar contar con las autorizaciones incluso de quienes no aparecen como autores en el precepto legal; pero aún siendo así, es preferible que ese costo o riesgo lo asuma la parte más favorecida económicamente hablando y no la parte más débil y protegida por antonomasia en esta legislación especial, a saber, el autor.

2.5.2. Titularidad de los derechos de autor.

Los autores de las obras audiovisuales, y de las obras protegidas por el Derecho de autor en general, si bien son los titulares originarios de los derechos que manan de sus respectivas obras, no son los únicos que pueden ostentar éstos. Los diversos ordenamientos jurídicos, en el contexto del sistema continental, han adoptado diversos mecanismos para atribuir la titularidad de estos derechos a otras personas, naturales o jurídicas, las que son denominadas titulares *derivados* o *secundarios* al tenor de nuestra LPI. A través de contratos de cesión, presunciones de cesión, cesiones legales o incluso por transmisión por causa de muerte se puede materializar la cesión de derechos de autor de un titular originario a uno derivado.

Sirva este contexto para hacer una breve distinción entre los conceptos de autor y titular de derecho de autor. El autor es el creador de la obra protegida, el que será titular originario de los derechos que surgen de la obra por el sólo hecho de su creación. El titular del derecho de autor, en tanto, es quien detenta las facultades del mismo, ya sea por el hecho de haber creado la obra, en cuyo caso se reitera, será titular originario; o bien por haber operado un mecanismo que le atribuya la detentación y ejercicio de las facultades que el derecho de autor supone. En este último caso, se estará en frente de un titular derivado del derecho de autor.

En suma, autor es el creador de la obra; y titular es el que detenta el derecho de autor de la misma. Puede ser que ambas calidades se reúnan y confundan en el autor, pero también puede acontecer que el autor transmita o transfiera sus derechos a otro. Es justamente esto último lo que ocurre, entre

nosotros, en materia audiovisual.

Con todo, cabe aclarar, desde ya, que la titularidad derivativa sólo se extiende a la esfera patrimonial del derecho de autor, mas no a la esfera moral del mismo. Se volverá a este punto al tratar en específico los derechos de los titulares derivados en la LPI a propósito de las obras cinematográficas.

Como ya se señaló anteriormente en este trabajo a propósito de la justificación de un régimen especial en materia audiovisual y de los mecanismos de protección de los derechos de autor en las obras audiovisuales, estas no son la excepción a la titularidad derivada propia del derecho común del derecho de autor; es más, tienen mecanismos propios y exclusivos que crean una titularidad derivada para efectos de catalizar su adecuada explotación en manos de una sola persona, a saber, el productor audiovisual.

Ahora bien, las disposiciones que regulan estos mecanismos de titularidad derivada en materia audiovisual (específicamente cinematográfica) en nuestra LPI no son muy acertadas.

Por una parte, se encuentra el artículo 25 LPI que señala a la letra: *“El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor”*.⁸⁰ Atendiendo sólo a esta disposición y siguiendo un concepto radical de cesión legal o *cessio legis*, la situación parecería clara, debiendo concluirse que para nuestro legislador opera sin restricción el sistema de cesión legal o *cessio legis*,

⁸⁰ Esta norma no se encontraba originalmente en el Mensaje Presidencial. La norma fue incorporada con posterioridad pero, lamentablemente para este estudio, no se consignan en la historia fidedigna de la ley las razones que motivaron al legislador para incorporarla al texto definitivo.

con independencia de cualquier contrato entre autores y productores cinematográficos.⁸¹

Sin embargo, la claridad parece perderse cuando, unos pocos artículos más adelante, la misma LPI prescribe en el inciso primero de su artículo 29: *“El contrato entre autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión a favor de este 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”*.

En el citado artículo se hace clara referencia a la existencia de un contrato entre los autores y el productor cinematográfico, al cual se le atribuye una cesión de derechos. Esto podría llevar a concluir que el legislador nacional optó por el sistema de la presunción de cesión en lugar de la cesión legal.

Con todo, esta conclusión precipitada sería errada. El hecho que la norma hable de un contrato entre productor y autores no dice relación alguna con que este haga presumir la cesión de derechos entre las partes. El artículo es claro al señalar que este contrato directamente *importa* la cesión de derechos entre las partes, haciendo que los efectos de este instrumento contractual sean más severos que el de una mera presunción, tomando este

⁸¹ SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 38. Es interesante señalar que el autor español Antonio DELGADO PORRAS, al procurar encasillar diversas legislaciones en los ya citados mecanismos de determinación de titularidad de las obras audiovisuales, toma a Chile como un ejemplo de legislación que adscribe al sistema del *Film Copyright*, basándose en la redacción poco feliz del artículo 25 LPI. DELGADO PORRAS, Antonio. *ob. cit.*, p. 745. Esto no hace más que ratificar la errática redacción del precepto y lo impreciso que resulta, al punto de llevar a doctrinadores foráneos a pensar que en materia audiovisual, o a lo menos cinematográfica, se sigue una concepción propia del sistema del copyright, completamente ajena a nuestra tradición continental de derecho de autor.

artículo los ribetes de una verdadera cesión legal o *cessio legis* en los términos del jurista DELGADO PORRAS ya descritos precedentemente.

A mayor abundamiento sobre esta idea, SARTI TIRADO complementa lo expresado al señalar que el legislador nacional ha sido claro y específico a la hora de determinar presunciones en la LPI. Como ejemplo de ello se puede citar el ya reseñado artículo 27 LPI que indica “salvo prueba en contrario, se *presumen* coautores (...)”. En el mismo sentido, el artículo 8 LPI prescribe “se *presume* que es autor de la obra (...)”. En suma, cuando la ley ha querido establecer presunciones lo hace a través de texto expreso, lo que no ocurre a propósito del artículo 29 LPI.⁸²

Siguiendo con el análisis del artículo 29 LPI, no se puede dejar pasar el disímil tratamiento que tienen las facultades que son otorgadas al productor cinematográfico.

En un comienzo la norma señala que el contrato entre las partes importa la cesión de *todos* los derechos sobre la obra cinematográfica y, posteriormente, la misma norma señala determinadas y acotadas facultades que le competen al productor tales como la proyección en público, su presentación en televisión, su reproducción en copias, su arriendo y transferencia.

Para efectos de este trabajo, y para ser consecuentes con el concepto de cesión legal del doctrinador DELGADO PORRAS al cual se adhiere más arriba,⁸³ la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 25 y 29

⁸² SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 39.

⁸³ DELGADO PORRAS, Antonio. *supra. cit.*, p. 744.

(primera parte) LPI no hacen más que reforzar la idea que el legislador nacional adoptó un sistema de cesión legal a favor del productor; y lo señalado en la parte final del artículo 29 LPI a propósito de facultades específicas que competen al productor no es más que un listado ejemplar no taxativo.

Se hace presente que la conclusión expuesta no es pacífica. Debe necesariamente señalarse que en contrario se pronuncia SARTI TIRADO, quien ante esta verdadera antinomia señala que al aplicar el principio interpretativo de especialidad,⁸⁴ el artículo 29 LPI primaría sobre el artículo 25 LPI, quedando anulada esta última disposición por la redacción especial de la segunda, que pasa a regular con mayor precisión los efectos latos y vagos del artículo 25.⁸⁵

Para refutar la postura expuesta, se puede señalar que la intención de ambos artículos, tanto el 25 LPI como el 29 LPI, pareciera ser la misma: otorgar todos los derechos de explotación al productor. En el caso del artículo 25 en forma tácita, enérgica y sin necesidad de contrato, ya que si se prescribe que el derecho de autor corresponde al productor, no se avizora razón alguna para limitar las facultades de éste respecto al ejercicio de los derechos de explotación.

En el caso del artículo 29 LPI, en su inciso primero queda de manifiesto

⁸⁴ Recuérdese que, conforme al sistema de interpretación reglado que adopta nuestro derecho común, “Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición” (artículo 13 CC). Así, el legislador hace propio aquel principio romano en virtud del cual “*lex specialis derogat legi generalis*” (la ley especial deroga, o se aplica con preferencia, a la ley general).

⁸⁵ SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 83. En el mismo sentido, y citando expresamente esta conclusión, URQUIETA SALAZAR, quien al efecto señala que “(...) el artículo 25 establece una norma innecesariamente amplia, pero que viene a ser templada en sus efectos por lo dispuesto un poco más abajo en la LPI, en el artículo 29”. URQUIETA SALAZAR, Carlos. *supra cit.*, p. 214.

al tenor literal de la norma que el contrato entre autores y productor importa la cesión a favor de éste “*de todos los derechos sobre aquélla (la obra)*”. Así las cosas, no habría una antinomia respecto al fondo: derechos que se le ceden al productor o la amplitud de la cesión; sino más bien respecto a la forma en que estos le son cedidos (mediando o no un contrato).

Sin perjuicio de la polémica interpretativa que se tiene en este punto con SARTI TIRADO, se comparte, en el fondo, la intención de erradicar el artículo 25 LPI del ordenamiento, punto que será desarrollado en el capítulo final de esta tesis.

Por su parte, la LFA no contiene normas expresas sobre titularidad de derechos de autor en las obras audiovisuales. A pesar de ello, en su artículo 3 letra f), a propósito de la definición de productor audiovisual, señala que este es “la persona natural o jurídica o la empresa que asume la responsabilidad de los recursos jurídicos, financieros, técnicos, materiales y humanos, que permiten la realización de la obra audiovisual, y que *es titular de los derechos de propiedad intelectual de esa producción particular*”.

Esta última expresión da pie para concluir que este cuerpo normativo hace suyo el sistema del *film copyright*, ya que pareciera que la ley le atribuye directamente al productor la titularidad originaria de la obra.

Con todo, realizar esta interpretación sería erróneo, ya que habría que pasar por alto que el mismo cuerpo legal al definir director o realizador dispone que este es “*el autor de la realización y responsable creativo de la obra audiovisual*”. Siendo así, la LFA entiende que el productor no podría ser originariamente el titular de los derechos de autor que emanen de la obra

audiovisual, ya que como titular originario se encuentra necesariamente un director (y probablemente en la práctica más autores tales como guionistas, argumentistas, etcétera). Siguiendo este orden de ideas, el único caso en que podría recaer de facto la titularidad originaria de una obra audiovisual en el productor sería en el caso de una pequeña producción donde se confundiera la persona del director y el productor, no habiendo otros autores involucrados.

Teniendo en cuenta lo anterior, una interpretación posible, sería entender que el legislador nuevamente opta por el sistema de cesión legal o *cessio legis* ya consagrado en la LPI, dando amplias facultades al productor audiovisual para efectos de efectuar una pacífica explotación de la obra. Realizar una interpretación distinta a favor del *film copyright* implicaría negar la tradición jurídica continental que inspira a nuestro ordenamiento en materia audiovisual e ir en contra de una hermenéutica sistemática de nuestro ordenamiento.⁸⁶

Ahora bien, no puede pasarse por alto que el artículo 3 letra f) LFA no hace mención alguna a contrato entre autores y productor audiovisual, apareciendo casi como una forma o variante del artículo 25 LPI, cediendo al productor todos los derechos de explotación a manos del productor sin necesidad de contrato alguno. Como ya se ha esbozado precedentemente y procura proponerse en el capítulo final, esta investigación está abiertamente en contra de esa fórmula y aboga por su erradicación del sistema.

⁸⁶ No se debe perder de vista que, en virtud del elemento de interpretación sistemático, “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” (artículo 22 inc. 2 CC).

2.5.3. Tratamiento de los derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales que manan de las obras cinematográficas tienen como titular derivado al productor audiovisual. Así se desprende de la lectura e interpretación de los ya citados artículos 25 y 29 LPI y el artículo 3 letra f) LFA. Ahora bien, la interpretación armónica de estos preceptos con el sistema continental imperante en materia de derecho de autor lleva a concluir que esta titularidad derivada *solo se refiere a los derechos patrimoniales* de autor, mas no al ámbito moral, el cual compete exclusivamente a los autores de la obra audiovisual.

El productor audiovisual, definido por el artículo 3 letra f) LFA como la persona natural o jurídica o la empresa que asume la responsabilidad de los recursos jurídicos, financieros, técnicos, materiales y humanos, que permiten la realización audiovisual, es quien tiene a su cargo la explotación de la obra mediante los denominados “*Derechos de explotación*”.⁸⁷

Las legislaciones de Derecho de Autor han tipificado algunos de estos derechos, y el principal cuerpo normativo relativo a derecho de autor en nuestro ordenamiento, a saber, la LPI, no es la excepción al hacer lo propio con los derechos de Reproducción, Distribución, Comunicación Pública y Transformación.

En lo que sigue se analizara el alcance de cada uno de ellos en materia audiovisual.

⁸⁷ Una definición similar pero más acotada se encuentra en el artículo 26 LPI, donde se define al productor cinematográfico en los siguientes términos: “Es productor de una obra cinematográfica la persona, natural o jurídica, que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizarla”.

a. Derecho de Reproducción.

El artículo 18 letra b) de la LPI faculta al titular del Derecho de Autor, o a quien se encuentre autorizado expresamente por él, para explotar la obra *reproduciéndola por cualquier procedimiento*.

Antes de la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual realizada a través de la Ley 19.912,⁸⁸ nuestra legislación no recogía una definición de “reproducción”, lo que llevaba a realizar una intrincada interpretación legal para llegar a una definición satisfactoria.⁸⁹

La reforma legal reseñada incorporó a la LPI el artículo 5 letra u), en la cual se recoge la siguiente definición de reproducción: “*la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento*”. Este artículo pareciera hacer suyo el artículo 18 TRLPI,⁹⁰ agregando la idea de la utilización de “*cualquier medio o procedimiento*” para la realización de las copias, idea sobreabundante considerando la redacción del ya citado artículo 18 letra b) LPI.

La idea de reproducir la obra en copias ya estaba en cierta medida recogida en el artículo 29 LPI, donde se faculta al productor cinematográfico, en virtud del contrato de producción cinematográfica, a proyectarla en público, presentarla por televisión, *reproducirla en copias*, arrendarla y transferirla (...).

⁸⁸ Publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de noviembre de 2003.

⁸⁹ El desarrollo hermenéutico realizado para obtener una armoniosa y satisfactoria concepción de la “Reproducción” antes de la reforma legal puede encontrarse en SARTI TIRADO, Romina, *ob. cit.*, pp. 60 - 61.

⁹⁰ El artículo 18 TRLPI señala a la letra “*Se entiende por reproducción 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*”.

En relación a que se entiende por copia, al no contemplar la LPI una definición expresa, esta investigación adhiere al ejercicio interpretativo de SARTI TIRADO quien, utilizando la definición del artículo 5 letra p) LPI dada para “*copia de videograma*”, entiende que la copia es el *soporte material* que contiene las imágenes y los sonidos tomados directamente de la primera fijación o fijación original.”⁹¹ Complementando esta idea, y procurando realizar una interpretación sistemática, el propio artículo 5 LPI emplea la palabra “*copia*” en otras dos definiciones: “copia de fonograma” y “copia de programa computacional”. En la primera, relativa a la copia de fonograma, se señala en el artículo 5 letra m) que es “*el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma, y que incorpora la totalidad o una parte substancial de los sonidos fijados en él*”. A su tiempo, cuando se define en el artículo 5 letra t) “copia de programa computacional” se señala que es el “*soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él*”. Como se aprecia, cuando la LPI hace utiliza el concepto “copia” lo hace refiriéndose directamente a la idea de *soporte material* que contiene la obra; por tanto, no se vislumbra razón alguna para apartarse de dicho criterio, pareciendo lógico seguir la misma idea y hacerla extensiva a la materia audiovisual como lo hace la autora citada.

⁹¹ SARTI TIRADO, Romina, *ob. cit.*, p. 61.

b. Derecho de Distribución.

La reforma a la LPI hecha por la Ley 19.914 le dio una delimitación más clara al derecho patrimonial de distribución.⁹² Esta ley agregó al artículo 18 la letra e), donde se dispone que corresponde al titular del derecho de autor, o a quien este autorice, *“la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”*.

En el mismo sentido, la Ley 19.914 agregó al artículo 5 LPI la letra q), donde define en forma genérica, y para todo tipo de obra protegida, lo que debe entenderse por *“Distribución”* señalando que esta es *“la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia”*.

Al igual que en el caso de la reproducción, la legislación nacional encuentra semejanza en este punto a la legislación española, donde en el artículo 19 N^o 1 TRLPI se encuentra una similar definición.⁹³

En suma, y haciendo propia la familiar doctrina española que ajustadamente se ciñe a la realidad legislativa nacional en esta materia, se puede concluir que la puesta a disposición del público significaría el hecho de poner en circulación el original y las copias de la obra en forma material o

⁹² Publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de noviembre de 2003.

⁹³ Artículo 19 TRLPI: Distribución. 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

tangible. Agregando, además, que la fórmula de “*numerus apertus*” que utiliza el legislador nacional permite encasillar en la categoría de distribución a todo acto que cumpla con los requisitos señalados en la ley, sin necesidad de su indicación expresa en la misma.⁹⁴

En relación a las obras cinematográficas propiamente tales, el artículo 29 LPI al señalar cuales son las facultades patrimoniales del productor cinematográfico, señala que éste está facultado, en virtud del contrato de producción cinematográfica, para arrendar y transferir la obra, acotando en apariencia la cesión de *todos* los derechos patrimoniales como el mismo artículo 29 LPI consagra en su encabezado. Esta contradicción legal lleva a preguntarnos cuáles son, en definitiva, las facultades del productor cinematográfico respecto al derecho de distribución; ante lo cual se reitera que esta enumeración acotada es meramente ejemplar, ya que de lo contrario se estaría yendo contra el artículo 29 primera parte LPI (y también contra el ya tristemente célebre artículo 25 LPI), el que consagra la titularidad de esos derechos en el productor el cual, atendida la especial naturaleza de la explotación de estas obras, se encuentra facultado para llevar a cabo cualquier acto que implique el ejercicio de distribuir la obra. No entenderlo así sería trabar y entrapar aún más la explotación de estas obras, idea por la cual las legislaciones establecen sistemas especiales para este tipo de obras en colaboración.

⁹⁴ En este sentido vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth. “Las obras audiovisuales. Panorama Jurídica”. Madrid, 2001, p. 117.

c. Derecho de Comunicación Pública.

El artículo 18 letra a) faculta al titular del derecho de autor, o a quien este autorice, para “*publicar la obra 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*”; en tanto que la letra d) del mismo artículo lo faculta para “*ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio*”.

Por su parte el artículo 29 LPI establece que el productor cinematográfico está facultado para proyectar la obra en público y presentarla por televisión.

Ahora bien, en relación a la definición misma de lo que se entiende por “*Comunicación Pública*”, la reforma realizada por la Ley 19.912 aclara todo tipo de duda doctrinaria que pudiese aparecer al consagrar el artículo 5 letra v) LPI, señalando, y en apariencia tomando como base nuevamente a la legislación española,⁹⁵ que constituye comunicación pública “*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*

⁹⁵ Al respecto el artículo 20 N° 1 TRLPI señala: “Comunicación pública. 1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

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”.

La definición dada por este artículo zanja, expresa y acertadamente, las dificultades que se podían presentar a la hora de interpretar cuando una comunicación pasa a ser “*pública*”, debido a que instituye la mera potencialidad de encontrarse la obra a disposición del público como un acto de comunicación pública, encontrándose dicha idea en concordancia con la legislación y jurisprudencia comparados y, además, poniéndose al día el legislador nacional con la realidad de las obras comunicadas al público a través de Internet con la parte final del citado artículo.

d. Derecho de Transformación.

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 18 letra c), a propósito de las facultades del titular del derecho de autor de la obra, contempla la de *adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción*. En suma, este derecho patrimonial consagra la facultad del titular de variar o modificar su obra o autorizar a un tercero para que realice dichas acciones.

A su tiempo, el mismo cuerpo normativo define la transformación en su artículo 5 letra w) al señalar que se trata de *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.*⁹⁶

Llevando el tema a la regulación de las obras cinematográficas en específico, el artículo 29 LPI, a propósito del contrato entre autores y productor, no menciona en su enumeración el derecho de transformación. Ello, como se ha señalado latamente en este trabajo, en contradicción con el artículo 25 LPI y el mismo artículo 29 LPI parte primera, que consagran la cesión de la totalidad de los derechos de autor (patrimoniales) al productor cinematográfico (y audiovisual en general en virtud del artículo 3 letra f) LFA). Sin embargo, esta contradicción no empece las amplias atribuciones del productor si se entiende que la enumeración del artículo 29 LPI es meramente ejemplar y no taxativa, lo cual se ha hecho a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, lo que principalmente le interesa al productor para efectos de realizar una adecuada explotación de la obra cinematográfica son los derechos patrimoniales de transformación para efectos de realizar doblajes y subtítulos. A este respecto, el productor audiovisual podría ampararse en las disposiciones relativas a obras cinematográficas contenidas en el Convenio de Berna. El artículo 14 N ° 1 de este Convenio regula el derecho exclusivo de los autores de obras artísticas para autorizar “la *adaptación* y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas”. De esta suerte, los autores de obras preexistentes que sean adaptadas para la obra cinematográfica tendrán el derecho de autorizar o no la transformación de sus obras para su utilización en esta obra audiovisual. Esto no hace más que seguir la lógica de autorización y ejercicio del derecho

⁹⁶ Una fórmula prácticamente idéntica se consagra en el artículo 21 N° 1 TRLPI que dispone; “1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”.

patrimonial de transformación que contempla la LPI para toda obra susceptible de protección como ya se expresó en un comienzo (artículo 18 letra c) LPI). El mismo artículo 14 en su numeral segundo continúa refiriéndose a la transformación de las obras cinematográficas que han sido producto de una adaptación de otra clase de obra (adaptaciones de la adaptación). Señala el Convenio que la adaptación de esta obra cinematográfica requiere tanto la autorización de los autores de la obra cinematográfica como de los autores de las obras originales que sirvieron de sustento a la misma a través de una adaptación.⁹⁷

Por su parte, el artículo 14 bis N ° 2 letra b) del Convenio de Berna agrega: “Sin embargo, en los países de la Unión en que la legislación reconoce entre estos titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, éstos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse al (...) *subtitulado y doblaje de los textos*, de la obra cinematográfica”.

Tanto el subtitulado como el doblaje son actos de transformación de una obra cinematográfica, y el Convenio los excluye expresamente de la esfera de oposición de los autores en el ejercicio de su derecho de transformación, por cuanto el productor queda protegido por este instrumento y puede realizar sin temor a obstaculización transformaciones de subtitulado y doblaje. Siguiendo este orden de ideas, puede interpretarse a favor de los autores que, a *contrario*

⁹⁷ Artículo 14 N ° 2 Convenio de Berna: “La adaptación, bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas queda sometida, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica, a la autorización de los autores de las obras originales”.

sensu, todo otro acto de transformación distinto al doblaje y al subtulado de la obra cinematográfica deberá contar con su autorización expresa, pero esto último colisionaría con el sentido que en este trabajo se le ha dado al artículo 29 primera parte LPI.

2.5.3.1. Duración de los derechos patrimoniales de autor en materia audiovisual.

Para concluir con este apartado relativo a los derechos patrimoniales que nacen a propósito de obras audiovisuales, se debe señalar que estos derechos son de carácter temporal, por lo que están acogidos a ciertos plazos de protección que excluyen a la obra creada de las obras de dominio público.

La Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 10 inciso primero, contempla el plazo general de protección señalando que *“la protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento”*.

Especificando el caso de las obras en colaboración (que como se ha expuesto incluye la hipótesis cinematográfica y, generalmente, la audiovisual), el artículo 12 LPI dispone que este plazo comenzará a computarse desde la muerte del último coautor. Sin embargo, y para ser consecuentes con la crítica que se ha realizado a la naturaleza jurídica de las obras audiovisuales al comienzo de este capítulo, esta tesis entiende que en el caso que una persona natural sea la única autora de una obra audiovisual, el cómputo del plazo habrá de hacerse conforme a la regla general del artículo 10 inciso 1 LPI.

Por su parte, el Convenio de Berna dispone en su artículo 7 N^o 2 que

“para las obras cinematográficas, los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años”. Esta norma es más específica en el cómputo del plazo de protección de las obras cinematográficas, pero ha de tenerse en cuenta que las disposiciones de este Convenio deben ser interpretadas como una base mínima de protección de los derechos de autor en los países de la Unión, por lo que esta disposición parece poco atendible en las hipótesis en que la protección de la legislación nacional sea más favorable para con el autor.

2.5.4. Tratamiento de los derechos morales.

Los derechos morales del autor sobre su obra o, como bien señala LIPSZYC, los derechos de la personalidad del autor,⁹⁸ son protegidos por las legislaciones de derecho de autor; y la normativa nacional no hace excepción a ello.

Estos derechos tienen ciertas características que los definen: su condición *absoluta*; ya que se ejercen respecto de todos los demás sujetos jurídicos; su condición *exclusiva*, debido a que sólo se conciben en manos del autor de la obra (como lo recalca el inciso primero del artículo 14 LPI al prescribir: “El autor, como *titular exclusivo del derecho moral*, tiene de por vida las siguientes facultades”). Son, además, *irrenunciables* e *inalienables* (artículo 16 LPI), lo que repercute en que sólo los autores (cónyuge sobreviviente o sus

⁹⁸ LIPSZYC, Delia. *ob. cit.*, p. 45.

herederos *ab intestato* en caso de transmisión por causa de muerte) pueden ejercer exclusivamente estos derechos (artículo 15 LPI).⁹⁹

En relación a la duración de estas prerrogativas morales, el Convenio de Berna establece que las facultades de reivindicar la paternidad de la obra y de defender su integridad son perpetuas. De este modo, la duración de su protección se extendería más allá del plazo de 70 años contados desde la muerte del autor o del último coautor conforme a los artículos 10 y 12 LPI. La idea parece fortalecerse a la luz del artículo 11 inciso final LPI, donde se establece que: “Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra”. Para comprender cabalmente la norma citada, debe señalarse que las obras cuyo plazo de protección expira se encuentran dentro del denominado patrimonio cultural común (artículo 11 letra a LPI).

Con todo, y realizando una interpretación lógica de las normas que regulan entre nosotros el tema, ha de concluirse que la perpetuidad de la facultad de reivindicar la paternidad de la obra sólo alcanza a lo que doctrinalmente se denomina la “vertiente positiva” (o facultad del autor para que se le atribuya su obra), puesto que, en forma expresa, el artículo 14 número 5 (que regula la “vertiente negativa” de la paternidad o el derecho del autor para que su obra no se le atribuya) establece que dicha facultad se ejerce “*mientras ésta (la obra) no pertenezca al patrimonio cultural común*”.

A la luz de lo ya expuesto en relación a la determinación de la autoría de las obras cinematográficas en nuestro sistema jurídico, es forzoso concluir que

⁹⁹ A mayor abundamiento, *Vid. supra* nota 21 de este trabajo.

en este tipo de obras sólo los autores pueden ejercer los derechos morales en virtud del artículo 27 LPI; lo que excluye del ejercicio de estos derechos a los productores, quienes no realizan aporte intelectual alguno en la obra.

Ahora bien, respecto de las facultades que manan del derecho moral, pasa a ser relevante el determinar cuales son éstas, como también el sentido y alcance que tienen cuando nos encontramos ante una obra audiovisual. Para ello, resulta fundamental un análisis de los derechos que regula el artículo 14 LPI, lo que se realiza a continuación.

a. Paternidad.

La LPI consagra el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma el nombre o seudónimo conocido de su autor (artículo 14 N° 1). De ello se sigue que el autor puede exigir el respeto de su nombre, de su calidad de autor y de su obra, derecho que también encuentra protección en el artículo 6 Bis del Convenio de Berna.¹⁰⁰

Ahora bien, no sólo hay un respeto de la paternidad en un sentido positivo como señalan los artículos citados (derecho del autor a que se le atribuya su obra), sino que también hay un reconocimiento negativo de este derecho moral de paternidad al señalar el artículo 14 LPI, en su número 5, que el autor tiene la facultad de exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras esta no pertenezca al patrimonio cultural

¹⁰⁰ Al respecto, el artículo 6 bis del Convenio de Berna en su numeral primero dispone: “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

común.

De lo anterior se puede concluir que nuestra LPI recoge tanto la vertiente positiva como negativa de este derecho moral, entendiendo por la primera que el autor tiene derecho a que se le atribuya su obra y, conforme a la segunda, el derecho a que no se le atribuya.¹⁰¹

Respecto a las obras cinematográficas en específico, el artículo 30 LPI señala la obligación que tiene el productor cinematográfico, como contrapartida de este derecho moral exclusivo de los autores, de indicar en la película¹⁰² para que aparezcan proyectados, los nombres del director, autores de la escenificación, de la obra originaria, de la adaptación del guión de la música y de la letra de las canciones.¹⁰³

b. Integridad de la obra.

El autor tiene, a la luz de lo señalado por el artículo 14 N° 2 LPI, la facultad de *oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento*. El mismo artículo establece una excepción en relación a los *trabajos de conservación, reconstrucción o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico*.

¹⁰¹ GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “*La propiedad Intelectual sobre la obra audiovisual*”. Granada, 2001, p. 319.

¹⁰² Doctrinariamente se entiende que la expresión película solamente hace referencia al soporte material en que se encuentra plasmada la obra audiovisual, lo que podría llevar a que esta expresión no sea del todo correcta. Sobre las definiciones y distinciones entre película y obra cinematográfica *vid.* SARTI TIRADO, Romina. *supra cit.*, pp. 6 – 11.

¹⁰³ A una fórmula análoga llegan las legislaciones italiana (artículo 48 LPI italiana), portuguesa (artículo 134 del Código de Derecho de Autor y Derechos Conexos) y española (artículo 14 TRLPI), donde se consagra el derecho de los autores para exigir la inclusión de su nombre (o seudónimo) en los créditos, junto a su aportación realizada. GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *ob. cit.*, p. 339.

La finalidad de este derecho moral de integridad no es otro que exigir el respeto material e intelectual de la obra a su creador, en el entendido que es justamente el autor quien decide divulgar la obra, entendiendo que el público tendrá acceso a ella tal y como ésta se creó.¹⁰⁴

Este derecho opera como un verdadero opuesto al derecho de modificación, garantizando al autor que la obra permanecerá incólume mientras no decida alterarla, permitiéndole oponerse a cambios no consentidos que perjudiquen sus intereses legítimos.¹⁰⁵

Es justamente en virtud de este último punto, relativo al consentimiento del autor, que debe excluirse del concepto de modificación, deformación o mutilación de la obra, la autorización a terceros para terminar la obra inconclusa contenida en el artículo 14 N° 4 LPI.¹⁰⁶ Ello, básicamente, por operar la aquiescencia del autor en el sentido de permitir las modificaciones necesarias para que otro concluya la obra por él.

Es relevante destacar que *toda modificación* es entendida por nuestro legislador como una violación a este derecho del autor, no siendo necesaria la idea copulativa de provocar un daño al honor o reputación del autor o que se perjudiquen sus legítimos intereses, como sí lo requieren las legislaciones española, venezolana y colombiana.¹⁰⁷

¹⁰⁴ GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *ob. cit.*, p. 347.

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ En el mismo sentido SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 49.

¹⁰⁷ SARTI TIRADO, Romina. *ob. cit.*, p. 49. En el específico caso de la legislación española, el artículo 14.4 TRLPI reconoce al autor el derecho a “*exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*”. En cuanto a la “*reputación del autor*”, ha señalado la doctrina y jurisprudencia comparada que se trata del concepto o valoración que la sociedad

c. Divulgación.

El artículo 14 N° 3 LPI consagra el derecho del autor de mantener su obra inédita, esto es, el derecho a no hacerla pública y oponerse a una divulgación no consentida de ella.

La redacción negativa del legislador, no puede ser óbice para entender el derecho moral de divulgación de la obra sólo en un ámbito negativo, sino que también ha de comprender la facultad positiva, incluyendo la facultad de divulgar la obra.¹⁰⁸ De ello se sigue que en materia de divulgación de la obra cinematográfica (y audiovisual en general) tendríamos la misma dicotomía de vertientes positiva y negativa que se daba en materia de paternidad.

Siguiendo esta idea dicotómica, se entiende que la vertiente positiva se refiere a la facultad del autor de decidir hacer su obra accesible al público por primera vez y, en ese caso, elegir el momento y la forma en que la divulgación se llevará a cabo. Por su parte, la vertiente negativa, es lo que también se conoce como “*derecho de inédito*”, consiste en la facultad que tiene el autor de no hacer pública la obra y de oponerse a divulgaciones no consentidas de la misma.¹⁰⁹

tenga del autor, por tanto poco vale la opinión del mismo a la hora de determinar si hay o no menoscabo a su reputación y, consecuentemente, una infracción a este derecho de integridad. Siguiendo ese mismo orden de ideas, se ha estimado que una modificación no consentida de la obra que la mejora no daña la reputación del autor, como tampoco habría conculcación a este derecho moral si se hace uso irrespetuoso de la obra de un autor novel y desconocido para el público. Por su parte, para determinar si hay vulneración de esta facultad moral también habría que tomar en cuenta, al considerar que la reputación se construye a partir de la opinión pública, que el perjuicio estará determinado por la difusión del atentado contra la integridad de la obra, ya que no habría daño ni violación si el acto irrespetuoso no sale de la esfera privada del supuesto infractor. GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 358-360.

¹⁰⁸ SARTI TIRADO, Romina. *supra cit.*, p. 53.

¹⁰⁹ GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *supra cit.*, pp. 288 – 289.

Es relevante en esta materia distinguir entre el derecho moral de divulgación y el acto material de divulgación.¹¹⁰ En el primero se hace referencia a la decisión del autor de si su obra será o no divulgada y, en su caso, cuándo y de que forma; en tanto que en el segundo, no se hace otra cosa que poner en práctica la decisión previa, lo que constituye plenamente un derecho de carácter patrimonial. Como se aprecia, la línea entre lo moral y lo patrimonial del derecho de autor es delgada, pero está presente para conservar la armonía interpretativa de la doctrina dualista continental.

Siguiendo y compartiendo la distinción anterior, es forzoso concluir que la facultad moral en comento no es más que la facultad de *decidir* divulgar o no la obra.¹¹¹ Por lo anterior, la redacción del artículo 6 LPI al señalar que “*sólo corresponde al titular del derecho de autor decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra*” sería equívoca al violar la inalienabilidad del derecho moral de marras (contemplada por lo demás en el artículo 16 LPI);¹¹² debiendo interpretarse esta facultad como exclusiva de los autores de la obra al ser una facultad de tipo moral y no patrimonial del derecho de autor. En el mejor de los casos podría interpretarse que este artículo hace una imperfecta alusión al acto material de divulgación, confundiéndolo con el derecho moral de divulgación, los cuales no son los mismos para efectos de este estudio como ya se indicó.

Ahora bien, atendiendo a la problemática misma del ejercicio de este

¹¹⁰ GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *supra cit.*, p. 290.

¹¹¹ En el mismo orden de ideas SARTI TIRADO, Romina. *supra. cit.*, p. 53.

¹¹² Señala a la letra el artículo 16 LPI, en directa alusión al artículo 14 del mismo cuerpo normativo que le antecede “*Los derechos numerados en los artículos precedentes son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario*”. Así las cosas, y simplemente haciendo una aplicación de las reglas del derecho común, si se pretendiera mediante un acto o contrato la enajenación de estos derecho morales dicho acto o contrato adolecería de objeto ilícito y, en consecuencia, sería sancionado con la nulidad absoluta (artículos 10, 1464 N° 2, 1466, 1682 CC y artículo 16 LPI).

derecho moral de divulgación en su sentido negativo en las obras cinematográficas; nos encontramos con una situación no regulada expresamente por la ley chilena. En ciertas legislaciones, como la española, se señala que la divulgación de la obra requiere el consentimiento de todos sus coautores y, en caso de desacuerdo, resuelve el juez. La LPI, a su tiempo, solamente regula la hipótesis de las *“aportaciones insuficientes”* en su artículo 28 al señalar que *“si uno de los autores de la obra cinematográfica deja de participar en su realización, no perderá los derechos que por su contribución le correspondan; pero no podrá oponerse a que se utilice su parte en la terminación de la obra”*.

Este artículo sirve de base para sostener que el derecho moral de divulgación se ejerce por los autores en su conjunto al celebrar el contrato de producción cinematográfica.¹¹³ Con ello se garantiza la realización de la obra y el ejercicio de los futuros derechos que, básicamente, afectarán al productor.

Como concluye SARTI TIRADO, este artículo permite al productor divulgar la contribución inconclusa del autor que se niega a terminar la obra, lo que sería aberrante al tenor de lo señalado anteriormente, salvo que se entienda que el autor ya hizo uso de su derecho moral al consentir la divulgación de la obra al momento de concluir el contrato de producción cinematográfica.¹¹⁴

¹¹³ Luego de examinar varias soluciones jurídicas posibles para dar explicación al fenómeno de las *“aportaciones insuficientes”* y tratar de explicar que en su utilización no consentida no habría una violación del derecho moral de divulgación, Alfonso González llega a esta acertada conclusión. Vid. GONZALEZ GOZALO, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 304 – 306.

¹¹⁴ SARTI TIRADO, *ob. cit.*, p. 56.

CAPÍTULO III:

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

3.1. Planteamiento.

A lo largo del desarrollo de esta investigación, se ha dado cuenta de una serie de críticas, principalmente relativas a la falta de técnica legislativa al momento de regular la materia en estudio.

Es tiempo de recoger las críticas diseminadas en los capítulos anteriores, establecer conclusiones y formular propuestas que sirvan, en definitiva, como un aporte al debate jurídico y que apunten a una mejor regulación del derecho de autor en las obras audiovisuales. De esto se encargan los párrafos finales de esta investigación que siguen a continuación.

3.2. Conclusión: Falta de una regulación sistemática de las obras audiovisuales en la legislación nacional.

Como se puede concluir luego de examinar la legislación aplicable a las obras audiovisuales entre nosotros, se aprecia la evidente falta de sistematización a su respecto. Nos encontramos con normas diseminadas en diversos cuerpos las que, para mayor dificultad de interpretación y aplicación, presentan antinomias entre sí.

Primero, el cuerpo legal que ampara, por antonomasia, los derechos de autor (la Ley de Propiedad Intelectual), sólo hace mención a las obras cinematográficas en su listado ejemplar del artículo 3; en tanto que, en sus

artículos 25 y siguientes, realiza una regulación, por decir lo menos errática, de esta obra audiovisual en particular. Luego, nos encontramos con la Ley de Fomento audiovisual, la que procura colaborar con algunos conceptos propios de la actividad, pero no realiza mayor aporte doctrinal al respecto.

A través de este trabajo, se ha concluido que la obra audiovisual es el género y que la obra cinematográfica es la especie. Así las cosas, pareciera de toda lógica que el principal cuerpo normativo en materia de derecho de autor (la Ley de Propiedad Intelectual) se haga cargo de esa realidad y regule en general a las obras audiovisuales, abandonando la regulación de las obras cinematográficas la cual, por lo demás, es bastante confusa.

3.2.1. Propuesta: El primer paso para una regulación sistemática de las obras audiovisuales en Chile.

Si bien en nuestra Ley de Propiedad Intelectual se recoge un sistema abierto (o de *numerus apertus*) a la hora de determinar que obras serán protegidas por la normativa de derecho de autor; se estima que ya es tiempo de una renovación mediante una mención expresa de las obras audiovisuales en ella.

Así, se propone el reemplazo del numeral 8 del artículo 3 LPI que actualmente consagra la protección de “Las obras cinematográficas”, por la expresión “Las obras audiovisuales”.

En el mismo sentido, se propone la inclusión del concepto “obra audiovisual”, el cual puede ser perfectamente tomado del artículo 3 letra a) de la LFA, en el artículo 5 LPI, el que recoge ciertas definiciones legales

pertinentes al ámbito de aplicación de dicha ley. De esta forma se evitará cualquier discusión respecto a si el concepto de obra audiovisual que entrega la LFA es aplicable a la LPI amparándose en la expresión “*Para efectos de la presente ley se entenderá por*” que emplea el encabezado del artículo 3 LFA.

Finalmente, y en concordancia con lo anterior, se propone la adecuación de las normas de la LPI que regulan las obras cinematográficas (artículos 25 y siguientes LPI) para hacerlas expresamente aplicables a toda obra audiovisual. Lo anterior sin perjuicio del establecimiento de un sistema claro en materia de atribución de titularidad de derechos de explotación, tema que se propondrá más adelante.

3.3. Conclusión: Naturaleza jurídica de las obras audiovisuales ¿obras en colaboración?

Ha quedado patente a lo largo del estudio que para nuestro legislador (y para variados ordenamientos jurídicos comparados) la obra audiovisual, al menos expresamente la cinematográfica, tiene la naturaleza jurídica de obra en colaboración. De esta suerte, pareciera esencial la pluralidad de autores para que se diera nacimiento a una obra audiovisual.

Con todo, esa idea ya fue anteriormente criticada en esta investigación, sosteniendo que en la actualidad las nuevas tecnologías han permitido a los hijos de vecino realizar sus propias obras audiovisuales en forma individual, sin necesidad de concurrencia de pluralidad de autores y sin necesidad de grandes capitales inversores. Se recuerda que como ejemplo de este caso se propuso a los denominados nanometrajes y, sin ánimo de agotar los ejemplos posibles, se puede agregar a los cortometrajes.

Ahora bien, la pregunta práctica que debiese plantearse a propósito de esta hipótesis es la siguiente: ¿Qué normas y principios habrán de aplicarse a los casos en que una obra audiovisual es creada por una sola persona natural? Se procura dar una respuesta satisfactoria en la propuesta siguiente.

3.3.1. Propuesta: Un vuelco hacia el autor. Las obras audiovisuales pueden tener una naturaleza jurídica de obra individual.

Esta investigación aboga por la positiva posibilidad de obras audiovisuales creadas en forma individual, las cuales no pueden quedar ajenas a la protección de la LPI.

Siendo así, ¿Cuál es esa protección? Aplicando pura y simplemente la normativa actual sin modificación alguna, habría dos escenarios posibles:

1. Podría entenderse que el autor de esa obra debe recibir la protección que reciben los autores de cualquier obra individual, consistente en el amparo de derechos tanto patrimoniales como morales, conforme a las reglas generales; o bien
2. Podría sostenerse que al ser una obra audiovisual, debe aplicarse el régimen bicéfalo de determinación de autoría y titularidad. De esta suerte, al confundirse o reunirse en una sola persona las calidades de autor y productor, de todas formas recaerían en el autor los derechos morales y patrimoniales.

Si bien ambas interpretaciones llegan, por caminos distintos, a una misma solución; esta investigación estima que la primera ha de ser la interpretación adecuada. Ahora bien, para que esta interpretación no sufra de

resistencia doctrinal, se propone el reconocimiento expreso a la posibilidad de creación de obras audiovisuales de origen individual, a las cuales se les debe aplicar el derecho común en materia de derecho de autor. En definitiva, habrá de reconocerse que la pluralidad de autores y aportes son elementos de la naturaleza de una obra audiovisual, mas no de su esencia como pareciera estar arraigado profundamente en la legislación y doctrina nacional y comparada.

3.4. Conclusión: Existe una regulación errática respecto a la atribución de titularidad del derecho de autor en materia audiovisual.

Se ha dejado para el final el tema más controvertido que ha abordado este trabajo, a saber, la atribución de la titularidad de los derechos de explotación a propósito de las obras audiovisuales.

Luego de analizar los artículos 25 y 29 LPI, que regulan a las obras cinematográficas en específico, se concluye que en ambos habría implícito un sistema de cesión legal a favor del productor. La diferencia, a juicio de esta investigación, vendría dada por el hecho de prescindir el artículo 25 LPI de todo contrato entre los autores de los aportes y el productor; en tanto que el artículo 29 LPI establece que es este contrato el que sirve de base para ceder los derechos de los autores al productor (recuérdese, solamente desde una perspectiva patrimonial).

Por su parte, el artículo 3 letra f) LFA no aporta a la hora de aclarar dudas al establecer, a propósito de la definición de productor audiovisual, que este es el titular de los derechos de autor, sin hacer mención alguna a un contrato entre autores y productor. Se estima que nuevamente hay una cesión

legal o *cessio legis* a favor del productor audiovisual, con la gravedad, a juicio de esta tesis, de prescindir del contrato, en cierta medida reproduciendo con cierta imperfección lo establecido en el artículo 25 LPI.

Esta investigación está en contra de esta última fórmula. Se estima, siguiendo al ya citado autor español DELGADO PORRAS, que prescindir de un contrato para ceder derechos de explotación al productor en desmedro de los autores es una situación precaria, un verdadero despojo en contra de éstos, lo cual no puede estar amparado por una legislación de derecho de autor.

3.4.1. Propuesta: Una regulación inequívoca en materia de atribución de titularidad respecto a las obras audiovisuales. Presunción de cesión *ius tantum*.

La propuesta en esta materia es clara: debe erradicarse mediante derogación expresa el mecanismo de cesión legal o *cessio legis* en que no se hace referencia alguna al contrato entre autores y productor. Esto implica eliminar del ordenamiento la confusa norma del artículo 25 LPI y, adicionalmente, modificar el tenor del artículo 3 letra f) LFA para desterrar dicha concepción definitivamente del sistema.

Así, se comparte con SARTI TIRADO y URQUIETA SALAZAR la idea de desestimar la aplicación del artículo 25 LPI entre nosotros, pero se difiere en la forma de hacerlo. Si bien ellos abogan por la vía interpretativa, esta tesis opta por una vía legislativa que asegure la erradicación total de una interpretación que le de vida a la cesión legal conforme a los artículos 25 LPI y 3 letra f) LFA, la cual como se ha demostrado, es posible con la normativa vigente.

Ahora cabe preguntarse: ¿Qué sistema adoptar si no es el de cesión legal o *cessio legis*? Se propone la implementación de un sistema de atribución de titularidad de presunción de cesión *iuris tantum*, simplemente legal que admite prueba en contrario y que tenga como antecedente un contrato entre los autores y el productor audiovisual.

De esta manera, la existencia del contrato hará presumir la cesión de derechos de autor (recuérdese, facultades sólo patrimoniales) a favor del productor audiovisual para que pueda realizar la explotación de la obra; sin perjuicio que los autores puedan acreditar lo contrario.

Si bien es cierto este sistema podría producir cierta incertidumbre a la hora de realizar la explotación de la obra en manos del productor, no es menos cierto que ampara de mejor forma a los autores, sujetos de protección por excelencia del derecho de autor, y que esa incertidumbre debiese ser asumida por quien aparece como la parte patrimonialmente más sólida: el productor.

Para concluir estas líneas, se hace presente que en el proyecto original de la LPI se establecía en su artículo 27: “La titularidad del derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a la persona o personas que la hubieren creado”. Aparecía en el texto legal algo que, a juicio de esta tesis, es notable. Se reconocía la titularidad de los autores respecto de la obra cinematográfica (obra en colaboración). Lamentablemente, no se consignan en la historia fidedigna de la ley las razones que sirvieron para excluir esta norma del texto definitivo, ni tampoco el porque en su lugar se instituyó el actual, infelizmente redactado, artículo 25 LPI.

Pareciera ser que el proyecto original, en la norma recién citada,

mostraba una lucidez que sólo con el paso del tiempo se pudo apreciar.

3.4.2. Propuesta: Reserva de derechos para los autores y su gestión colectiva.

Si se propone la implementación de un sistema de atribución de titularidad de presunción *iuris tantum* o que admite prueba en contrario, hay que estar preparado para el escenario en el cual sean los propios autores quienes sean titulares a lo menos de algunos de los derechos de explotación de la obra. Esta gestión no puede ser óbice para la explotación por parte del productor, por lo que un buen mecanismo para obtener un entendimiento entre partes y una eficiente y oportuna retribución para los autores pareciera ser la figura de la gestión colectiva.

Las sociedades de gestión colectiva han demostrado ser buenas catalizadoras en la retribución de autores musicales e intérpretes, incluso respecto de aquellas obras musicales que son incorporadas en obras audiovisuales.

Así las cosas, y suponiendo que con el sistema propuesto puedan los autores ser titulares de ciertos derechos o puedan reservarse el ejercicio de algunos de éstos, parece una buena idea la creación de una sociedad de gestión colectiva que se encargue de estos menesteres.

3.4.3. Propuesta: Dirigismo contractual al servicio de los autores.

Ahora bien, un simple cambio de sistema de atribución de titularidad claramente no es suficiente para dar protección a los intereses de los autores. Todas las prerrogativas que potencialmente recaen en los autores pueden ser

borradas de un plumazo si el productor audiovisual es bien asesorado. Perfectamente podría pactarse mediante el contrato de producción entre autores y productor que éste quede como titular de los derechos de explotación de la obra sin contrapeso, lo cual probablemente ocurra ante la ingenuidad y el poco poder de negociación de los autores.

Si bien para el derecho común lo corriente será que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad y sus subprincipios (como la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna), pueden regular libremente sus relaciones particulares contratando en un supuesto plano de igualdad jurídica; hay casos en que la asimetría jurídica habilita al legislador para establecer ciertas limitaciones a este principio dando lugar al denominado dirigismo contractual.

Siguiendo en este punto a LÓPEZ SANTA MARÍA, un contrato será dirigido o normado cuando “la reglamentación legal asume el carácter de imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato”.¹¹⁵

De esta suerte, se propone que el legislador regule el contrato de producción audiovisual, regulando las bases de su contenido (derechos y obligaciones de las partes involucradas) y estableciendo ciertas garantías mínimas a favor de los autores. Así, como ejemplo de esta última idea, se puede regular que los autores tendrán una remuneración mínima o base por el

¹¹⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los contratos: Parte general”. Tercera edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001, tomo I, p 163.

hecho de hacer sus aportes; o bien que los autores tendrán una participación proporcional en los réditos que la obra audiovisual produzca en manos del productor.

Este sistema de dirigismo contractual no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico en general ni al régimen de derecho de autor en particular. Basta recordar que la propia LPI tiene normas de naturaleza dirigida o normada a propósito del contrato de edición en sus artículos 48 a 55.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

TRATADOS Y LIBROS:

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel., VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Tratado de las obligaciones. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004.

ALONSO PALMA, Ángel Luis. “Propiedad intelectual y derecho audiovisual.” Madrid; Barcelona; Valencia. Centro de Estudios Financiero. 2006.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “El nuevo régimen del Derecho de autor en Venezuela (y su correspondencia con la legislación, jurisprudencia y la doctrina comparados)”. Editorial Buchivacoa, Venezuela. 1994.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Estudios de derecho de autor y derechos afines”. Madrid: Reus: AISGE. 2007.

BERCOVITZ, Rodrigo. “Manual de propiedad intelectual” / Coordinador:

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. 2a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003.

CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición, 2004.

CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil y Comparado”. Volumen VI, De Los Bienes. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile, 1930.

COLOMBET, Claude. “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo”. Estudio de derecho comparado. 3ra edición. Ediciones UNESCO/CINDOC, Madrid.1997.

DUCCI CLARO, Carlos. “Derecho Civil Parte General”. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

GONZALEZ GOZALO, Alfonso. “La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual”. Ed. Comares. Granada, 2001.

LIPSZYC, Delia. “Derecho de autor y derechos conexos”. UNESCO: CERLALC

Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 1993.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los contratos: Parte general”. Tercera edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

MOSQUERA RUIZ, Mario; MATURANA MÍQUEL, Cristian. “Los recursos procesales”. Editorial Jurídica de Chile, 2010.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Los bienes. La propiedad y otros derechos reales”. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición actualizada, 2006,

PÉREZ DE CASTRO, Nazareth. “Las obras audiovisuales. Panorámica Jurídica”. Madrid. 2001

ROZAS VIAL, Fernando. “Los Bienes”. Tercera edición. Santiago. Lexis Nexis. 2004.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. “Manual de Derecho Civil”. Editorial Jurídica Conosur. Segunda edición, 2001.

ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES EN REVISTAS:

DELGADO PORRAS, Antonio. “La Obra Audiovisual. Planteamiento General”.

Artículo publicado en el Libro Memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, T.II. Madrid. 1991.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso. “La noción de obra audiovisual en el derecho de autor”. Artículo publicado en *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 7, enero-abril de 2001, pp. 9 y ss.

MAHÚ BAEZA, Jorge. “El contrato de producción audiovisual”. Monografía realizada en el marco del I Curso Internacional de postgrado en derecho de autor y derechos conexos para profesores universitarios de América Latina. Mérida, Venezuela, 1 al 26 de marzo de 1999.

URQUIETA SALAZAR, Carlos. “La Obra Audiovisual: autoría y titularidad a la luz de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Fomento Audiovisual”. Artículo publicado en la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. N ° 1, Santiago. 2007.

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: “Informe con Proposiciones e

Ideas Precisas” (16 de agosto del 1978), reproducido en VIII **Revista Chilena de Derecho**, N° 1-6 (1981),

TESIS DE PREGRADO:

BARRUETO OSSES, Carmen Andrea; BARRUETO OSSES, Mario Eduardo.

“Derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Ricardo Berstein Katz. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010.

SARTI TIRADO, Romina. “Las obras cinematográficas en la ley sobre propiedad intelectual”. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales dirigida por profesor Santiago Schuster Vergara, Escuela de Derecho Universidad de Chile. 2003.

MATERIAL ESTADÍSTICO:

“El cine en Chile en el 2012”. Informe elaborado por la Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A. G. (CAEM). Abril de 2013. Disponible en

[http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20\(Abril%202013\).pdf](http://caem.cl/Documentos/El%20cine%20en%20Chile%20en%20el%202012%20(Abril%202013).pdf)

Fenómeno: ¡"Stefan v/s Kramer" sobrepasa los 520.000 espectadores!

<http://www.cinemarksocial.com/noticias/posts/fenomeno-stefan-v-s-kramer-sobrepasa-los-520-000-espectadores>

NORMATIVA CONSULTADA:

Constitución Política de la República de Chile (1833). Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>

Constitución Política de la República de Chile (1925). Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241203&tipoVersion=0>

Constitución Política de la República de Chile (1980). Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Código Civil de la República de Chile. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Ley N° 17.336 sobre de Propiedad Intelectual. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336>

Ley N° 19.981 sobre Fomento Audiovisual. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=232277&buscar=19981>

Historia de la Ley N° 17.336. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=17336&anio=2013.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito en París el 24 de julio de 1971. Ratificado por el Decreto N ° 266 y publicado el 5 de junio de 1975. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril (B.O.E. número 97/1996 de 22 de Abril), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (TRLPI). España. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-8930

Código de la Propiedad Intelectual (Francia). Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=180337

JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Volumen III, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996.