



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**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

**CARMEN ANDREA BARRUETO OSSES
MARIO EDUARDO BARRUETO OSSES**

Profesor guía: Ricardo Berstein Katz

Santiago de Chile, 2010

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	6
Introducción	7
CAPITULO I. CONSIDERACIONES GENERALES	9
1.1.- Derechos intelectuales o derechos sobre bienes inmateriales	9
1.2.- Derechos morales	16
1.2.1.- Derechos morales de autor. Naturaleza jurídica y características.	18
1.3.- Nociones Previas y Conceptos	20
CAPITULO II. EL DERECHO DE AUTOR	28
Introducción	28
2.1- Interés social del derecho de autor	29
2.2.- Rol que cumple el estado en la tutela de estos derechos	30
2.3 Responsabilidad del estado y sus órganos.	33
2.4.- Definición de derecho de autor	35
2.4.- Naturaleza jurídica del derecho de autor.	36
2.5.- Estructura del derecho de autor.	44
2.6.- Objeto de la protección del derecho de autor	45
2.7. Derechos morales y patrimoniales de los autores y derechos conexos de intérpretes o ejecutantes de obras o fijaciones en formato audiovisual.	49
1. Derecho moral de autor.	49
2.-Derecho patrimonial de autor.	52

CAPITULO III. NORMATIVA ACERCA DEL TEMA	56
3.1.- Sistemas que Protegen la Autoría.	57
A) Sistema de Copyright.	57
B) Sistema del derecho de autor	58
3.2.- Legislación Internacional	60
3.3.- La Ompi y legislación Comparada.	66
3.4.- Legislación Chilena en torno al tema en estudio.	70
CAPÍTULO IV. LEY 20.243, ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS INTERPRETES DE LAS EJECUCIONES ARTISTICAS FIJADAS EN FORMATO AUDIOVISUAL.	73
4.1.- Texto de la Ley 20.243.	73
4.2.- Historia de la Ley 20.243.	76
4.3.- Derechos que tutela.	79
4.3.1.- Derecho Moral.	80
4.3.2.- Derecho Patrimonial.	83
4.3.2.1.- Comentarios	84
4.3.2.2.- Casos del artículo tercero de la ley 20.243.	86
4.4.- Titulares de estos derechos.	91
4.5.- Independencia, supletoriedad y complementación entre la Ley 20.243 y la Ley de Propiedad Intelectual.	94
4.5.1.- Cobro del derecho patrimonial.	96
4.6.- Retroactividad de la Ley 20.243.	102
4.7.- La enumeración del artículo 3º ¿Es taxativa?	107
4.8.- Comentarios a la ley 20.243.	110

4.8.1.- ¿Derechos de los interpretes?	110
4.8.2.- Otras representaciones fijadas en soportes audiovisuales.	113
4.8.3.- El pago del derecho patrimonial.	116
4.8.4.- ¿Es beneficioso este derecho?	118
Conclusiones	120
Bibliografía	123

RESUMEN

Este trabajo, apunta fundamentalmente a la realización de un análisis acerca de la nueva ley 20.243 que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. Para ello, en primer término y con el objeto de lograr un claro entendimiento por parte de sus lectores, se hace un breve estudio acerca de los derechos tutelados en general, en cuanto a su origen, denominación, naturaleza jurídica y características en el derecho civil. Luego, se refiere al derecho de autor, su regulación en la ley de propiedad intelectual, la legislación internacional; dentro de esta etapa se entregan una serie de conceptos técnicos usados en la materia, para familiarizarse con el tema y lograr una mayor comprensión. A esto se abocan los tres primeros capítulos, para finalmente, dedicar el último capítulo al estudio en profundidad de la Ley 20.243, y poder dar paso a impresiones y comentarios al respecto, terminando con las conclusiones que deja el estudio en cuestión.

INTRODUCCION

Durante mucho tiempo los derechos de los autores, intérpretes, artistas y ejecutantes de distintos tipos de obras, han sido discutidos, analizados y regulados por las diversas legislaciones. Sin embargo, por ser un tema amplio, que va desarrollándose cada día de acuerdo con el avance de la tecnología y las comunicaciones, estas regulaciones son constantemente complementadas y actualizadas. Así, si bien se había regulado, hasta ahora, no había surgido una ley que estableciera en forma específica y clara los derechos, tanto patrimoniales como morales, de los intérpretes de ejecuciones plasmadas en formato audiovisual, lo cual con el avance de los tiempos se hizo estrictamente necesario.

Profundamente interesados en los derechos de los artistas del país, tanto por la importancia que reviste el número de personas, trabajadores de estas disciplinas, que quedan regidos por la legislación existente, y más por ser éste un asunto esencial para el desarrollo cultural de Chile. Hemos decidido hacer un estudio acerca del tema, estableciendo cuáles son los derechos de los autores, características, naturaleza y teorías acerca de este, de donde provienen, cómo están protegidos, de qué manera se ejercen y cómo está la legislación chilena en relación a otros países que también se han preocupado de esta materia. Pero como se dijo en u principio, todo esto, apunta principalmente a la de Ley Sobre los Derechos Patrimoniales y Morales de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes de obras fijadas en

formato audiovisual, que regula de forma específica ciertas prerrogativas nacidas del derecho de autor. Se destacará especialmente la importancia de esta ley como reconocimiento y fomento de la actividad cultural nacional, afirmando el compromiso que ha adquirido el Estado con nuestros intelectuales y artistas, toda vez que contiene una serie de modificaciones y complementos a la Ley de Propiedad Intelectual que ampara, entre otros, las creaciones artísticas, sus interpretaciones y ejecuciones.

Para el desarrollo de este trabajo se realizan primero consideraciones generales acerca de los derechos inmateriales y la propiedad intelectual en general, pasando a desarrollar en forma un extensa el derecho de autor en particular y entregando conceptos básicos para una mejor comprensión, para terminar por analizar en específico la Ley 20.243, sobre derechos morales y patrimoniales de los interpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

CAPITULO I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1.- Derechos intelectuales o derechos sobre bienes inmateriales.

De acuerdo a nuestra legislación, la doctrina y la jurisprudencia, los derechos de autor se encuentran encasillados dentro de la clasificación tradicional en aquellos que corresponden a derechos intelectuales o sobre bienes inmateriales, motivo por el que haremos referencia a éstos a modo de introducción en nuestro tema y con el fin de dar cierta precisión al sentido que debe dársele a la expresión dentro de este trabajo. Así, podemos decir que se han definido a los derechos intelectuales o sobre bienes inmateriales como “aquellos cuyo objeto consiste en esta clase de bienes y otorgan a su titular la facultad exclusiva o monopólica de explotarlos económicamente”¹. Ejemplo de derechos intelectuales son los que tienen autores sobre sus obras literarias, artísticas o científicas, los reconocidos sobre marcas de fábrica, etc.

Esta categoría de derechos, tiene reconocimiento especial en nuestra legislación, pues se encuentran tratados en el Código Civil, pero también tienen consagración constitucional. La Constitución Política de la República, establece en su artículo 19 número 24, el derecho de propiedad

¹ ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA, ANTONIO VODANOVIC. 1993. Tratado de los derechos reales: Bienes. Quinta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Volumen 1.

en sus diversas especies sobre toda clase bienes corporales o incorporales, en donde se entienden incluidos los derechos sobre las creaciones intelectuales. Sin embargo, debido al desarrollo que se ha alcanzado en esta materia y que muchas veces va a lo menos un paso adelante de la legislación, nuestro constituyente ha ido más allá y ha reconocido de forma explícita y separada el derecho de autor dándole especial importancia, consagrándolo de forma particular en el numeral 25 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que expresa: La Constitución asegura a todas las personas:

“La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”

El legislador ha querido darle a la propiedad tanto intelectual como industrial, rango constitucional. Pero, si hacemos un poco de historia, nos encontraremos con que con anterioridad a la actual Constitución, este rango de protección Constitucional estaba dispuesto del siguiente modo “la Constitución asegura a todos los habitantes de la república: 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 en caso que la utilidad del Estado, calificada por una ley 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”². No existía una referencia específica a la propiedad sobre bienes inmateriales y entendiéndose estos dentro de la propiedad protegida por la Constitución de 1833, el tema en cuestión se prestó para muchas controversias, puesto que existían diferentes posiciones sobre lo que debía entenderse por propiedad sobre bienes inmateriales o derechos intelectuales. Para esclarecer este punto, debemos remontarnos a épocas anteriores, estudiando lo que Bello, dispone en nuestro Código Civil respecto de esta materia, puesto que muchas veces se ha prestado a confusión, por estar tratados los derechos inmateriales en conjunto con los derechos reales.

El Código Civil, ha tratado a los derechos sobre bienes inmateriales en el título llamado “Del Dominio”, estableciendo primero en su artículo 582 que: “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.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”

Luego, en su artículo 583 dispone que “Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”

² Constitución Política de la República de Chile de 1833. 25-05-1833. Biblioteca del Congreso Nacional. (Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/1833.pdf>).

Pero Bello no sólo llegó hasta ahí, sino que en una visión muy adelantada para su época dispuso en su artículo 584 que: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”.

Hemos considerado importante transcribir estos tres artículos de nuestro Código Civil que tratan de la propiedad en general y de la propiedad de las producciones del talento y del ingenio en particular, porque desde el comienzo este tema ha sido muy sensible a la doctrina en cuanto a la determinación de qué es lo que se entiende por propiedad, si Bello, al hacer referencia al vocablo propiedad en estos tres artículos, los está haciendo sinónimos de dominio o no, puesto que en el artículo 582 habla de dominio o propiedad entendiendo que ambas son la misma cosa.

En efecto, para entender acabadamente la redacción de nuestro Código y concordarla con la demás normativa existente a este respecto es necesario echar un vistazo a la historia de la formación del mismo y estudiar esta norma en su contexto histórico original para determinar cual fue la intención del legislador al establecer de este modo la propiedad sobre las creaciones del intelecto o del ingenio.

El Código Civil, utiliza dos veces la expresión “especie de propiedad”, y esto no ha sido dejado al azar, el uso del término “especie”, debe ser entendido en su sentido lógico y debe ser puesto en concordancia con el término “género”. Así, al establecerse que sobre las cosas incorpóreas existe una “especie de propiedad” y que las producciones del talento y del

ingenio son también una “especie de propiedad”, debemos concluir necesariamente que existe un género propiedad del cual las anteriormente nombradas son especies.

Ahora bien, lo importante será determinar cuál es ese género, si es acaso la propiedad o dominio establecido en el artículo 582 CC. La respuesta a esta interrogante es: No. Debemos descartar esta posibilidad ya que el artículo 582 CC. se refiere también a una especie de propiedad cual es la propiedad o dominio sobre cosas corporales, sólo es genérico en este sentido, en cuanto encierra a diversas especies como por ejemplo muebles e inmuebles, fungibles o no fungibles, etc., no lo es para las cosas incorporeales ni para las producciones del talento o del ingenio, por tanto al no ser genérico el artículo 582 en relación a las nociones descritas por los artículos 583 y 584, debemos descartar de inmediato que el género esté descrito en el artículo 582 y los artículos 583 y 584 establezcan especies, pues es imposible que la propiedad de cosas incorporeales sea una especie de la propiedad de cosas corporales. Asimismo, debemos concluir que la propiedad sobre las cosas corporales establecida en el artículo 582 es también una especie de propiedad y por lo tanto ha de existir un género propiedad que encierre a lo menos a estas tres especies.

Para determinar cual es ese género, debemos identificar que notas tienen en común entre ellas. Así podemos decir que tanto el artículo 583 como 584 aparece citada en un mismo sentido, pero difiere de éstas el artículo 582 que hace sinónimas a las expresiones propiedad y dominio, es decir, entendida como derecho real sobre cosas corporales. Luego, podemos darle un

segundo significado al término propiedad, entendido esta vez como la cosa corporal misma sobre la que recae el dominio como es usada por ejemplo es el artículo 44 Código Civil al definir el dolo como “la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro”, descartados estos dos sentidos sólo nos queda un tercer y último sentido común y genérico del vocablo propiedad, cual es el entender el término propiedad establecido en los citados artículos 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.

“Sobre la propiedad o dominio (definida por el artículo 582 CC) hay una especie de propiedad (no definida, pero si supuesta por el Código). En cambio es con este sentido genérico que aparece dicha palabra en los artículos 583 y 584 CC., porque “especie de propiedad” viene a significar “especies del género propiedad”. De este modo con la palabra “propiedad” ocurre algo semejante que con la palabra “animal” que designa un género (todos los que no son vegetales ni minerales y que incluye a los racionales e irracionales) y una especie del mismo (los irracionales o animales propiamente tales)”³

³ U. cursos. 2008. Profesor Juan Cristóbal Orrego. Universidad de Chile. Apuntes de clases de derecho civil II. “Propiedad sobre las cosas incorporales”
(Disponible en: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D122A0416/.../186153>)

De manera que debemos concluir, que en el sentido antes señalado, la palabra propiedad concuerda perfectamente con la historia del dominio sobre cosas incorpóreas y como bien señaló Bello en sus “Instituciones” “así como las cosas incorpóreas no pueden tocarse, tampoco pueden propiamente... constituir dominio; y sólo son susceptibles de cuasi dominio...”

1.2.- Derechos morales.

El derecho moral de autor tuvo su origen en la legislación francesa, país desde el que se expandió al resto de Europa continental y posteriormente a muchos países latinoamericanos.

Respecto de un concepto de derechos morales, ni la legislación ni la doctrina proporcionan una definición unánime de éstos, sino que la mayoría sólo los enuncia o enumera. Así ha propuesto llamar a este tipo de derechos como derechos personales, derechos de paternidad intelectual o incluso derecho al respeto; sin embargo, ningún término ha sido aceptado por la teoría general de los derechos de autor. Es el concepto de derecho moral el que ha sido adoptado en la mayoría de los tratados internacionales, en la jurisprudencia, en la doctrina y en derecho comparado. Además de ser el término más usado, éste cumple con la función de diferenciarlo del aspecto pecuniario o patrimonial del otro tipo de derechos que tiene el autor de una obra.

El concepto de derecho moral de autor, parte de la base de que la obra forma parte integrante de la personalidad del autor, es decir, viene a ser una creación de su espíritu o fruto de su pensamiento, de manera que no puede disociarse enteramente de aquél. Por tal motivo, se entiende que la obra continúa, en cierta medida, bajo la dependencia de su autor, aún cuando éste haya cedido sus derechos patrimoniales sobre ella.

Se expresa como un derecho “moral”, porque la protección que se le otorga constituye un reconocimiento a la dignidad humana, en virtud del respeto que se debe a la idea misma. Este respeto se traduce, generalmente, en la exigencia del Estado a los gobernados, en que de ninguna manera sea posible alterar la obra sin consentimiento del autor, ni sea posible citarle omitiendo su nombre.

Aunque, como se mencionó, no existe una definición formal de derecho moral ni de derecho moral de autor, algunos autores han esbozado ideas respecto de aquella. A continuación, se transcribe el texto que a nuestro juicio mejor explica y describe lo sustancial del derecho de autor: “el vínculo estrecho que existe entre el autor y su obra, constituyendo un aspecto concerniente a la tutela de la personalidad del autor como creador, así como la tutela de la obra como entidad propia, la cual nos lleva a percibir a la obra como un reflejo de la personalidad del autor y, por lo

tanto, a comprender la relación de dicho derecho moral con el nombre del autor, con su fama y con su crédito”⁴

1.2.1.- Derechos morales de autor. Naturaleza jurídica y características.

En materia de derecho de autor, muchos autores se han referido a la naturaleza jurídica de los derechos morales de autor. Así, se ha propuesto, entre otras, la idea de considerar a los derechos morales de autor como derechos de la personalidad. A este respecto el profesor Manuel Albaladejo explica que “...el derecho moral es inseparable de su titular e íntimamente conexo a su persona”⁵, encasillando así a estos derechos dentro de los atributos de la personalidad. En la misma línea encontramos a la autora Marisela González, quien estima que “la naturaleza jurídica del derecho moral del autor es la de derecho de la personalidad, en virtud de que dicho derecho tiene su origen y fundamento en la personalidad del autor, ya que es su personalidad creadora, existente potencialmente en todo el mundo, la que da como resultado la obra intelectual, por lo que ésta es considerada como reflejo de esa personalidad y en ocasiones ese reflejo es tan marcado que es posible identificar al autor, aún cuando éste se esconda tras el anonimato”⁶; en relación con la misma idea, continúa explicando que sin que se afirme que toda persona nace con la condición de autor, si puede

⁴ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO Carmen. 1993. “Derecho de autor: La facultad de decidir la publicación”. Primera edición. Primera reimpresión. España. Editorial Civitas. Pág. 123-138

⁵ ALBALADEJO Manuel. 1989. Derecho Civil I. Introducción y parte general. Vol. II Marcial Pons Ediciones, España 1989 p.p. 69-70.

⁶ GONZALEZ LÓPEZ Marisela, “El derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual”, Marcial Pons Ediciones, España 1993. p.p. 98.

decirse que la posibilidad de crear obras del espíritu existe potencialmente para todos, es decir, puede hablarse de un derecho de autor innato en potencia por lo que si una persona desarrolla esta condición a través de creaciones intelectuales, artísticas u otras, afirmando entonces, que los derechos morales sobre sus obras siempre existieron puesto que, se trata de un atributo de la personalidad en potencia. Por último, debemos mencionar que igualmente la doctrina francesa, se inclina por incluir al derecho moral dentro de la categoría jurídica de los derechos de la personalidad, pues considera al derecho de autor como un derecho natural y no como un privilegio concedido por el legislador. Así, por ejemplo, el autor Pollaund sostiene que “la protección que se otorga a la obra deviene de que a ésta se le considera como una emanación o reflejo de la personalidad del autor”⁷

Esbozada una idea sobre la naturaleza jurídica del derecho moral de autor, haremos mención de sus características, las cuales serán tratadas en profundidad más adelante. Los derechos morales de autor, poseen las siguientes características:

- irrenunciabilidad
- inalienabilidad
- perpetuidad
- imprescriptibilidad
- inexpropiabilidad

⁷ POLLAUND-DUBIAN, “Le droit moral”p. 126 citado por “GONZALEZ LOPEZ Op. Cit. Supra 4 p.96

1.3.- Nociones Previas y Conceptos.

En los últimos años, el tema de los derechos de autor y particularmente el de los derechos conexos ha adquirido una gran relevancia social, así, a menudo podemos oír a artistas, actores, políticos y gente común debatiendo sobre este tema. Como el derecho es la ciencia que regula la realidad social, y lo hace en forma técnica, es importante hacer una revisión de los conceptos comúnmente utilizados en esta materia, ya que muchos de ellos son estrictamente técnicos, y debemos precisarlos antes de continuar con el tema en estudio para una adecuada comprensión por parte de nuestros lectores.

En relación con el párrafo anterior, es importante destacar que en esta materia cobra plena aplicación el artículo 20 del Código Civil, que expresa “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”. En efecto, si bien nos encontramos con algunas palabras que se entienden en su sentido natural, en su inmensa mayoría en esta materia, el legislador las ha definido de un modo más completo y en algunos casos de un modo diverso. Asimismo, se entiende que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. El tema que se aborda en este estudio es un tema

estrictamente técnico que, para el común de las personas que no tienen relación directa con el ámbito del derecho de autor de forma profesional, se hace necesaria una explicación de sus conceptos básicos que permitan su comprensión. Por ello, a continuación revisaremos los conceptos de acuerdo a la legislación existente tanto nacional como internacional.

a) Propiedad intelectual.

Desde el punto de vista de la tradición continental europea y de los países latinoamericanos, la propiedad intelectual supone el reconocimiento de un derecho de propiedad especial a favor de un autor, u otros titulares de derechos, sobre las obras del intelecto humano.

En términos de la declaración mundial sobre la propiedad intelectual⁸, es entendida como “cualquier propiedad, que de común acuerdo se considere de materia intelectual y merecedora de protección, incluidas las invenciones científicas y tecnológicas, las producciones literarias o artísticas, las marcas y los identificadores, los dibujos y modelos industriales y las indicaciones geográficas”⁹

b) Definiciones de la Real Academia Española de la Lengua.

⁸ Votada por la comisión asesora de la políticas de la OMPI el 26 de junio de 2000.

⁹ Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual. Votada por la Comisión Asesora de las políticas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). 2000. (Disponible en http://www.wipo.int/about-wipo/es/pac/ip_declaration.htm.)

Según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, se entiende por:

i.- Artista: Persona que ejercita alguna bella arte.

Nos entrega este diccionario, una segunda acepción que se adecua bastante bien a lo que la ley en análisis entiende por artista, esto es: persona que actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público.

ii.- Arte: Virtud, disposición y habilidad para hacer algo; manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros.

iii.- Intérpretes: del latín, *interpres-etis*. Persona que interpreta. Cosa que sirve para dar a conocer los afectos y movimientos del alma.

iv.- Ejecutante: que ejecuta. Persona que ejecuta una obra musical.

v.- Obra: cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes y con particularidad, el que es de alguna importancia.

vi.- Radiodifusión: emisión radiotelefónica destinada al público. Conjunto de procedimientos o instalaciones destinadas a esta emisión.

vii.- Análogo: que tiene analogía con algo.

viii.- Digital: perteneciente o relativo a los dedos.

ix.- Fonogramas: registro de sonido en soportes especiales que permiten su reproducción.

c) Definiciones según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), establecida en el año 1967.

En el tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de la OMPI adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, se establecen en su artículo segundo las siguientes definiciones:

i) “Artistas intérpretes o ejecutantes”, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore.

ii) “Fonograma”, toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

iii) “Fijación”, la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

iv) “Productor de fonogramas”, la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos.

v) “Publicación”, de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma: la oferta al público de la interpretación o ejecución fijada o del

fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente.

vi) "Radiodifusión", la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de decodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.

vii) "Comunicación al público", de una interpretación o ejecución.

viii) "Fonograma", la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. A los fines del artículo 15, se entenderá que "comunicación al público" incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

d) Definiciones contenidas en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886.

A diferencia de otros tratados y de las legislaciones de cada país, el Convenio de Berna no da definiciones específicas respecto de los términos utilizados en materia de derecho de autor, sino que sólo se limita a dar una definición genérica en que quedan comprendidos tanto los artistas como las obras literarias y que a continuación transcribimos:

Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión,, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letras; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

- Criticas a la definición de Convención de Berna y definición de “obra”

El Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, no define el vocablo “obra”, sino que se sólo se limita a señalar una lista ejemplificadora de las creaciones que quedarían bajo tutela. Sin embargo, no podemos decir que sólo este Convenio no define esta palabra puesto que tampoco lo hacen muchas veces las legislaciones internas. No obstante lo anterior debemos decir que algunos países como República Dominicana y Ecuador, así como 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 para el término “obra”, entendiéndolo por tal, 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.¹⁰

e) Definiciones de la Convención de Roma Sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961.

i) Artista, intérprete o ejecutante: Todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

ii) Fonograma: Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.

iii) Productor de fonogramas: La persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

iv) Publicación: El hecho de poner a disposición del público, en cantidad suficiente, ejemplares de un fonograma.

v) Retransmisión: La emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

f) Definiciones que da la ley 19.981 Sobre Fomento Audiovisual de fecha 10 de noviembre de 2004.

¹⁰ Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos conexos para los países de la Comunidad Andina. 1993. Colombia. (Disponible en http://www.wipo.int/clea/es/text_html.jsp?lang=ES&id=3411)

Esta ley, que tiene por objeto el desarrollo, fomento, difusión, protección y preservación de las obras audiovisuales nacionales y de la industria audiovisual, así como también la investigación y desarrollo de nuevos lenguajes audiovisuales, nos entrega las definiciones de:

- i) **Obra Audiovisual:** Toda creación expresada 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 o del sonido, se comercialice o no.
- ii) **Actor o Actriz:** Toda persona natural que interpreta a un personaje de acuerdo a un guión establecido y bajo la orientación del director o realizador.

Todas las palabras y expresiones técnicas que han sido definidas en los párrafos anteriores son de suma importancia para entender correctamente el tema que estamos tratando y el desarrollo de este estudio, ya que como sostuvimos al comienzo de este acápite existen en esta materia palabras y expresiones que el legislador ha definido expresamente y en concordancia éstas deben entenderse en el sentido que les dan quienes pertenecen al mundo de las creaciones intelectuales e industriales.

CAPITULO II. EL DERECHO DE AUTOR

Introducción

Dedicaremos un capítulo al tema del derecho de autor, puesto que él está íntimamente vinculado y constituye la base de la materia que analizamos en este trabajo; así, para entender todo lo relacionado con los derechos conexos en general y, en particular, con los derechos patrimoniales y morales de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras audiovisuales es necesario avanzar desde lo general hacia lo particular para que aquellas personas que no tengan un conocimiento profundo de la materia puedan al leer este documento comprender lo descrito en él.

2.1- Interés social del derecho de autor

La importancia de las creaciones artísticas e intelectuales de todo género son vitales en la sociedad, son ellas las que aportan y dan vida al conocimiento y a la cultura, por ello es necesario, y del interés de toda la comunidad protegerlas adecuadamente dotándola de un marco regulatorio que contribuya al incentivo de los creadores en continuar con su obra.

Antiguamente, los creadores tanto de estos bienes intelectuales como artísticos no solían tener entre sus ambiciones las económicas y morales que existen hoy, más bien ansiaban la fama y ser perpetuados en el tiempo, conformándose con tener algún mecenas que financiara sus proyectos. Hoy,

esto ha cambiado y los artistas e intelectuales, ya no sólo desean ser reconocidos por sus creaciones y tener la paternidad de éstas, sino que tienen como aspiración legítima poder vivir y satisfacer sus necesidades a través de estas creaciones, que constituyen su trabajo y su fuente de inspiración, ello en relación a la función social que cumplen y en proporción al éxito que se obtiene con el uso de su producción intelectual.

Por esto, se ha hecho indispensable a la sociedad, para poder continuar con el aprovechamiento de estas obras crear un sistema de protección tanto económico como moral, de los derechos de los autores, ya que este mecanismo constituye un elemento esencial para estimular y promover la creatividad. Así, la mayoría de las legislaciones de las distintas naciones se ha preocupado del tema, unas con mayor profundidad que otras, pero en general y debido al avance de los tiempos y la tecnología, se ha marcado una tendencia a profundizar en estas materias, suscribiendo las naciones cada vez en mayor cantidad y calidad, convenios internacionales que abordan este tema, como legislando en su seno interno para la adecuada protección de la propiedad intelectual, específicamente sobre los derechos de autor y conexos, con el fin de permitir la continuidad de la labor creadora con su consiguiente función social de la que todos nos beneficiamos.

Los ámbitos en que se ha legislado son diversos, más, podemos resumirlos o bien dividirlos en dos grandes grupos, a saber: Derechos patrimoniales y derechos morales. Los primeros, agrupan todas las

posibilidades de actuación económica por parte del autor en cuanto al aprovechamiento de su obra, mientras que los segundos, otorgan al creador de una obra protección a su estrecha vinculación con ésta permitiéndole protegerla adecuadamente en cuanto al uso que se le de. Ambos aspectos serán abordados en detalle más adelante.

2.2.- Rol que cumple el estado en la tutela de estos derechos.

Existe acuerdo, en que si bien se trata de una materia de derecho privado, que debe ser regulada entre los particulares interesados, el Estado no puede permanecer totalmente ajeno para asegurar los fines indicados en el párrafo anterior. De este modo, y aunque en la mayoría de los países no se ha legislado detalladamente al respecto, ésta protección de los derechos de autor por parte el Estado cumpliendo un rol tutelar ha venido dada en otras numerosas ocasiones y, como suele crearse el derecho en un principio, a través de la jurisprudencia. Si bien, existen diversas sentencias judiciales que de forma general determinan que, el resguardo de los derechos que corresponden a los autores no puede dejarse en manos únicamente de las partes, cuya voluntad contractual va involucrada o al acuerdo o convenio entre quien explota el material a los que se refieren los derechos y sus autores, sino que el Estado debe consagrar normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.

Así por ejemplo la Corte Constitucional del Estado de Colombia, que ha establecido que corresponde al Estado asegurar por la vía legislativa los

derechos de los autores más allá de los contratos entre estos y quienes explotan el material por ellos producidos, consagrando normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.¹¹

Al igual que Colombia, los tribunales de República Dominicana y Venezuela, entre otros países han establecidos sentencias que apuntan en este mismo sentido, declarando la necesidad de que el Estado asuma un rol activo en la tutela de los derechos de autor, por la importancia que tienen estos para el desarrollo de la vida cultural de cada país.

¹¹ Sentencia C-519/99.
(Disponible en : <http://www.derautor.gov.co/htm/legal/jurisprudencia>)

2.3.- Responsabilidad del estado y sus órganos.

Si bien, en la mayoría de los países no se ha legislado en torno a este tema, hay acuerdo en que el Estado debe actuar como cualquier usuario persona natural o jurídica con respecto al uso de material que se encuentre resguardado por el derecho de autor.

Existen numerosos fallos que han condenado a diversos organismos públicos que han realizado actividades utilizando obras protegidas por el derecho de autor, sin obtener previamente las autorizaciones respectivas. En Colombia, por ejemplo, se ha legislado en torno a prohibir a todo su aparato público el uso de obras o material sin el respectivo pago y respeto a los derechos de autor.

En el mismo tenor el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha resuelto: “Es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que “apoyo” es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.

Debe considerarse prestación de apoyo para la explotación no autorizada de una obra, el hecho por el cual una autoridad administrativa o judicial

tolere o haga caso omiso de la violación que sobre los derechos de autor se realice...”¹²

Así, debe entenderse que, ninguna autoridad, persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

Se concluye que corresponde al Estado dar una señal clara a todos los habitantes de la república en esta materia, actuando en forma correcta en cuanto al uso de material que conlleve relación con el respeto a los derechos de autor y vigilando que los organismos estatales cumplan también con la normativa impuesta y que rige en el respectivo país, ya que como hemos dicho, el procurar el desarrollo cultural del país, es de interés tanto para las personas naturales como para el Estado entendido como organización social soberana y coercitiva y que tiene el poder-deber de regular la vida sobre un territorio determinado.

2.4.- Definición de derecho de autor.

Se ha tratado de formada separada, en este apartado, el tema de la definición del derecho de autor por la complejidad que representa una

¹² Interpretación Pre-Judicial 24-IP-98, en www.comunidadandina.org. Citada por ANTEQUERA PARILLI Ricardo, “Estudios de derecho de autor y derechos afines”, p. 30.

definición del mismo. Se sabe que no existe una definición oficial de derecho de autor; aunque se encontrarán diversos conceptos elaborados por importantes juristas, que usualmente comprenden las principales características del derecho de autor y hacen referencia a su estructura (patrimonial-moral). No existe un concepto universalmente aceptado.

Se ha estudiado diversas definiciones existentes; luego de haber armonizado ideas y completado otras, El autor, propone entregar una definición propia de derecho de autor: “Se entiende por derecho de autor, a aquel conjunto de prerrogativas y derechos exclusivos, que el Estado confiere al creador de una obra original, intelectual expresada en una forma reproducible, como medio de protección de su obra, que le permite ejercer sus derechos con exclusión de terceros y percibir una compensación económica y reconocimiento de su esfuerzo creativo a través de las dos categorías de derechos que comprende; a saber: derechos patrimoniales y derechos morales”

2.4.- Naturaleza jurídica del derecho de autor.

El tema de la naturaleza jurídica del derecho es de suma importancia para el desarrollo y comprensión de nuestro estudio, ya que la determinación de su naturaleza jurídica incide en la idea de la existencia de una realidad objetiva de la que se pueden extraer reglas jurídicas. Así es que la propia naturaleza de la institución será la que determine las normas aplicables a ésta y en todo caso si, prescindieramos de la individualidad

propia de cada institución, ésta, se incluye dentro de un determinado género, es decir, los rasgos consustanciales de cada institución justifican englobar la institución dentro de una categoría jurídica general de la cual también, a su vez, pueden extraerse reglas jurídicas. De este modo, cuando se pretende determinar la naturaleza jurídica de la institución, se está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, lo que responde a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables subsidiariamente.

Determinar la naturaleza jurídica del derecho de autor no ha sido una tarea fácil, puesto que la índole diferente de las facultades que conforman el contenido del derecho de autor dificultaron la determinación de su naturaleza jurídica de hecho aún no existe tesis universalmente aceptada. Veremos a continuación las tesis más importantes en su esencia más reducida:

2.4.1) Teoría que asemeja el derecho de autor al derecho real de propiedad.

En esta teoría se sostiene que el derecho que tiene el autor sobre su obra se asemeja a lo que en el derecho romano se conocía como derecho de propiedad. Esto es, en principio, propiedad significaba dominio que se ejercía sobre la cosa poseída; y el propietario, según el derecho romano, tenía la facultad de servirse de la cosa (*ius utendi*); tenía el derecho de percibir el producto de la cosa (*ius fruendi*); tenía el poder de destruir la cosa y el beneficio de disponer de ella de manera total y definitiva (*ius*

abutendi);y tenía también el atributo que le permitía el reclamo de la devolución de la cosa de parte de otros detentadores o poseedores (ius vindicandi). De igual manera el derecho de autor se adecua a varias de las definiciones propuestas por distintos juristas como ocurre con la sostenida por Rafael Rojina Villegas, por ejemplo, al establecer que la propiedad es el poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo este poder oponible a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y ese sujeto.

2.4.2) Teoría que explica al derecho de autor como un privilegio.

Rafael de Pina, en su Diccionario de derecho, manifiesta que el privilegio es una institución muy antigua que choca con el sentido general e igualitario del derecho moderno, no obstante lo cual todavía se reconocen algunos privilegios que de hecho son interpretados con un criterio muy distinto del que tradicionalmente se ha manifestado al respecto. Según los seguidores de esta teoría, el autor no tiene un derecho fundado en la creación intelectual, sino que ese derecho se lo concede la ley en forma de privilegio, como concesión del estado por el interés que tiene la sociedad en estimular las creaciones intelectuales y del espíritu.

2.4.3) Teoría que considera al derecho de autor como un monopolio de explotación.

El jurista español Rodríguez-Arias, en su estudio *Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales*, de 1939, establece que el derecho de autor es un proceso de explotación de monopolio, que encuentra su base en dos obligaciones: no imitar, impuesta a toda persona que se encuentra con una obra ya existente; y la obligación de impedir esta imitación. Así, para esta teoría el derecho intelectual se traduce en el derecho que tiene el autor a un salario, el cual se le concede en forma de monopolio de explotación temporal.

En Francia admiten esta doctrina Planiol y Ripert, Colin y Capitant.

2.4.4) Teoría del derecho de autor como derecho subjetivo.

La teoría que explica al derecho de autor como derecho subjetivo o facultad reconocida al individuo por el ordenamiento jurídico, es expuesta por el jurista Andreas Von Tuhr, quien expone en su libro *Derecho civil. Parte general*, que el derecho, en sentido subjetivo, es una facultad reconocida al individuo por el ordenamiento jurídico, en virtud del cual puede el autorizado exteriorizar su voluntad, dentro de ciertos límites, para la consecución de los fines que elija. Continúa diciendo Von Tuhr que los derechos sobre bienes inmateriales son derechos subjetivos absolutos. Confieren a su titular un poder sobre el objeto al que el derecho afecta (es el llamado aspecto interno del derecho); y, encierran, además, la prohibición de que un tercero se entrometa a quebrantarlo (aspectos externos)

2.4.5) Teoría del derecho colectividad.

Esta doctrina fue establecida por el jurista galo De Boor en su estudio publicado en la revista *droit d'auteur* sostiene que las obras, no son en razón de su destino, propiedad de los autores, sino que deben pertenecer al pueblo; ya que, si un ser humano, tocado por la gracia, hiciera actos de creador, este ser privilegiado no habría podido jamás realizar su obra si no hubiera logrado alimentarse en el inmenso tesoro representado por la cultura nacional.

2.4.6) Teoría de la propiedad inmaterial.

Teoría expuesta por el jurista Francesco Carnelutti, quien consideró que, al lado de la propiedad ordinaria, existe un nuevo tipo de propiedad que denomina “inmaterial”, de la cual todavía no se conoce ni el objeto, ni el contenido. Según él, la propiedad inmaterial no es otra cosa que la propiedad sobre las obras de la inteligencia, denominado comúnmente derechos de autor.

2.4.7) Teoría de los derechos de personalidad.

Esta teoría fue sustentada originalmente por el filósofo alemán Immanuel Kant y el jurista Gierke. Ella considera que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como una parte integrante de la esfera de la

personalidad misma. Sus seguidores, como M. Bertand y Bluntschli, afirman que el derecho del autor sobre su obra puede equivaless al que tiene cualquier persona sobre su decoro, su honor y reputación.

2.4.8) Teoría que lo considera un derecho social.

Esta teoría, es obra del autor Otto Von Gierke, quien desde 1868 sostuvo en Berlín la existencia histórica de un derecho social al lado del derecho del Estado y del derecho privado regulador de las relaciones entre personas determinadas. Este derecho social era creado por las corporaciones, cuyas características eran su autonomía y la circunstancia de que consideraba al hombre no como persona plenamente individual, sino en sus relaciones con un cuerpo social. El derecho alcanzó su plenitud jurídica de la mano de Gustavo Radbruch, quien en su obra *Introducción a la filosofía del derecho*, considera que la idea del derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que tiene un alcance mucho mayor. Considera Radbruch como los puntales del derecho social al derecho económico y al derecho obrero, ya que ambos tienden a considerar al hombre como algo concreto y viviente. El derecho económico se propone limitar la potencia de ciertas fuerzas de la economía en tanto que el derecho del trabajo se propone proteger la impotencia social.

Siguiendo con esta filosofía, se puede afirmar que el derecho autoral protege al autor como creador de cultura, cuyas obras por su valor intelectual benefician al género humano.

2.4.9) Teoría que considera al derecho de autor como un derecho de uso.

Hay quienes consideran al derecho de autor como un derecho de uso. Sin embargo, esta teoría no goza de aceptación, pues la sociedad no se reserva el dominio, el autor no sólo no deja de percibir los frutos industriales que resultan de su obra, sino que además, los frutos que percibe no se limitan a aquellos que son necesarios para el mantenimiento de sus familiares; y por último, el derecho de autor no tiene la característica de personalísimo, como sí ocurre con el derecho de uso.

2.4.10) Teoría del valor objetivado por un proceso intelectual, teológicamente social integral, reconocido y protegido por el derecho positivo.

Esta teoría fue expuesta por primera vez durante un seminario organizado por la Dirección General de Derechos de autor de la SEP en 1987 por Jesús Betancourt Aldana, quien sostuvo que el autor posee una fina sensibilidad que le permite transformar un valor abstracto en una obra concreta. De esta forma, es la supersensibilidad del autor la que le permite detectar en el mundo de los valores el valor objetivable y, a través de su proceso psíquico, forman la idea que posteriormente fija en una base material para que sea su obra. Ahora bien, dice este autor que es un valor social integral, porque participa de la naturaleza del derecho social y requiere integrarse a una adecuada normatividad de los medios masivos que le permita alcanzar, en

beneficio del autor, los óptimos niveles económicos. Asimismo, expone que el respaldo jurídico en este particular representará un mayor beneficio al autor.

2.4.11) Teorías que consideran al derecho de autor como de doble contenido o ecléctica

Uno de los rasgos distintivos del derecho de autor, que lo diferencia de otras figuras jurídicas, es su calidad de derecho binario. Consta de un elemento espiritual –derecho moral- , relacionado íntimamente con el derecho de la personalidad del creador, y otro elemento económico –derecho patrimonial-, material según algunos ligado a la explotación pecuniaria de la obra.

Sostienen esta tesis Edmond Picard en su libro *El derecho puro*, publicado en París en 1889, y el jurisconsulto italiano Piola Caselli, autor del *Tratado de derecho de autor*; este último expresa que es un derecho sui generis, de naturaleza mixta, que debe ser calificado como derecho personal-patrimonial, en el cual pueden distinguirse dos periodos: el comprendido entre la creación de la obra y su publicación, de naturaleza personal y el que se extiende de la publicación de la obra en adelante de naturaleza patrimonial.

En la actualidad esta doctrina es reconocida por casi todos los países en sus respectivas legislaciones, y en el campo internacional por el Convenio de Berna, Acta de París del 24 de julio de 1971, artículo 6 bis.

2.5.- Estructura del derecho de autor.

El derecho de autor posee una doble estructura en cuanto a su contenido, es decir, dentro de un mismo derecho, “el de autor”, que es indivisible, encontramos dos tipos de derecho: por un lado, aquel que comprende el aspecto económico, en cuanto a la explotación con fines de lucro de una obra; y, por el otro, un aspecto que se refiere a la persona del autor. Estos derechos son conocidos como los derechos patrimoniales y los derechos morales respectivamente.

2.6.- Objeto de la protección del derecho de autor

Obra es el objeto de protección del derecho de autor sea obra literaria, artística o científica, desde el momento de su creación si cumple con los requisitos copulativos de estar expresada en cualquier medio o soporte (actualmente existente o que pueda existir en el futuro) y si es original. Esta es la definición de la legislación chilena de obra protegible y si falta algunos de estos elementos no se reconoce la existencia de una obra protegible. Algo no expresado (por ejemplo una idea) no es una obra, ni tampoco lo es una expresión no original. Sin embargo, respecto de la condición de ser la obra original existen ciertos grados de originalidad que la Ley de Propiedad Intelectual protege simplemente porque la originalidad absoluta parece una cualidad imposible.

Se reconocen también derechos de propiedad intelectual que no recaen sobre obras sino sobre actuaciones (como las de los músicos en los conciertos, de actores en las representaciones teatrales o en el cine, que son el objeto de nuestro estudio en particular), sobre grabaciones (discos, videos), emisiones de RTV (programas radiofónicos y televisivos), la fabricación de bases de datos, las fotografías y algunas producciones editoriales. Respecto de los derechos de estos intervinientes, la legislación nacional, se encontraba atrasada toda vez que nuestra Ley de Propiedad Intelectual no contemplaba una regulación propia para los titulares de estos derechos, sino que, sólo los trataba en su título segundo bajo de la denominación “Derechos Conexos”, que han sido definidos como: aquellos que se otorgan a los titulares que entran en la categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras.

La relación con el derecho de autor se justifica porque las tres categorías de titulares de estos derechos intervienen en el proceso de creación intelectual, pues asisten a los autores en la divulgación de sus obras al público. No obstante, insistimos, en que tanto los derechos del autor sobre su obra como los derechos conexos sobre una actuación o producción son derechos de autor, protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual; y, la ley 20.243 en estudio, vino a mejorar los aspectos no regulados o regulados de forma insuficiente de los llamados “derechos conexos”. Así se desprende del mensaje del proyecto de ley enviado por el ejecutivo en que se argumentó la necesidad de crear esta nueva ley dado que este grupo de trabajadores se encontraban en desmedro respecto de artistas que,

encontrándose en situaciones similares, cuentan con un mayor nivel de amparo jurídico.

Así como se ha determinado el concepto de obra protegible, debemos señalar también cuales son las obras que no entran en esta categoría, en atención a su principal característica o elemento de la esencia de una obra protegible como es la originalidad, tenemos que no son obras protegibles aquellas que no son originales, pues como hemos dicho anteriormente, la originalidad es una condición *sine qua non* para que la obra pueda contar con la protección; tampoco están protegidas aquellas que de acuerdo a lo establecido en el artículo 11° de la LPI, “pertenecen al patrimonio cultural común: a) las obras cuyo plazo de protección haya expirado. b) la obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico c) las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley. d) las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidas en la forma establecida en el artículo 2° y e) las obras que fueron expropiadas por el estado, salvo que la ley especifique un beneficiario. A su vez, el artículo 2° de la LPI establece “La presente ley ampara los derechos de todos los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos y de los extranjeros domiciliados en Chile. Los derechos de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en el país gozarán de la protección que les sea reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique.

Para los efectos de esta ley, los autores apátridas o de nacionalidad indeterminada serán considerados como nacionales del país donde tengan establecido su domicilio”.

De lo anterior, se concluye que, de acuerdo a nuestra legislación, el objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual es la obra, que quede comprendida dentro de la obra protegible cumpliendo con las características que la ley establece. Así también desprendemos que se encuentra regulado el tiempo de duración de la protección y los sujetos del derecho de autor. Por otro lado concluimos igualmente, que las ideas no se protegen en ningún lugar del mundo; y que de acuerdo al artículo 1° de nuestra LPI, no es indispensable la inscripción o registro de la obra para que goce de protección, ya que el amparo, se produce automáticamente por el sólo hecho de la creación. Las ideas, proyectos, sistemas, procedimientos técnicos, etc. no quedan protegidos por el derecho de autor, sólo tienen el derecho de utilizar la obra y el derecho de autorizar a terceros el uso de la obra o a prohibirlo.

2.7. Derechos morales y patrimoniales de los autores y derechos conexos de intérpretes o ejecutantes de obras o fijaciones en formato audiovisual.

En este espacio se profundizará sobre los derechos morales y patrimoniales que forman parte de la doble estructura de los derechos de autor y conexos, refiriéndonos a lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual y lo dispuesto por la ley 20.243 sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, armonizando lo dispuesto por estas leyes y fijando sus diferencias, puesto que la primera daba algún tipo de protección a estos autores como lo hemos comentado anteriormente a través de lo dispuesto en su capítulo II, titulado “Derechos conexos”, y la nueva ley ha venido a mejorar aspectos y a llenar lagunas en torno a los mismos que veremos a continuación.

1. Derecho moral de autor: son los que permiten al autor crear la obra y hacerla respetar, proteger su integridad en la forma y en el fondo.¹³

Características de los derechos morales:

i) Inalienables, por cuanto estas facultades siempre permanece en la esfera del autor, aún cuando éste pudiera ceder derechos patrimoniales.

¹³ SATANOWSKY Isidro. “Derecho Intelectual”. 1954. BS. Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina 1954, Tomo I p. 153

- ii) Inembargables, pues no tienen componente ni material ni patrimonial.
- iii) Irrenunciables, y en este sentido, cualquier cláusula que lo contravenga será nula, sea que ceda los derechos morales o renuncie al ejercicio de los mismos.
- iv) Imprescriptibles, ello a consecuencia de la inalienabilidad de los derechos morales, ya que estos no están en el comercio.

En nuestra legislación estas características se complementan con las siguientes:

- i) El derecho moral le corresponde al autor en forma exclusiva de por vida
- ii) Es transmisible por causa de muerte a los legitimarios
- iii) Es inalienable, siendo nulo cualquier pacto en contrario

Los derechos morales de autor, son reconocidos a nivel internacional en el Convenio de Berna, el que en su artículo 6^a bis consagra la debida protección a los derechos morales de los autores estableciendo que:

“1) Derecho a reivindicar la paternidad de la obra. 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.”¹⁴

“2) Después de la muerte del autor. Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo anterior (1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.”¹⁵

“3) Medios procesales. Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.”¹⁶

De acuerdo a la L.P.I. chilena, los derechos morales de autor son:¹⁷

i) Reivindicación de la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido.

¹⁴ Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. 9-09-1886. artículo 6º bis.

¹⁵ Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. 9-09-1886. artículo 6º bis.

¹⁶ bis

¹⁷ Ley 17.336 Sobre Propiedad Intelectual arts. 4 al 14.

- ii) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación hecha sin su expreso consentimiento
- iii) Mantener la obra inédita
- iv) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o cesionario, si los hubiere, y
- v) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común.

De acuerdo a la ley 20.243, los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras fijadas en formato audiovisual son:

- i) “Derecho a reivindicar la asociación de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones.”¹⁸
- ii) “Oponerse a toda deformación, mutilación u otro atentado sobre su actuación o interpretación que lesione o perjudique su prestigio o reputación.”¹⁹

2.-Derecho patrimonial de autor: Derechos patrimoniales de autor son aquellos de contenido económico y que dicen relación con la explotación comercial de la obra. El autor posee derechos exclusivos sobre su obra para explotarla por sí o por terceros. La autorización concedida por el autor para la utilización de su obra implica su derecho a una remuneración.

¹⁸ Ley 20.243 Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. Art. 2º. 5-02-2008. (Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20243/HL20243.pdf>)

¹⁹ bis

En nuestra legislación el derecho patrimonial de autor está establecido en los artículos 17 y siguientes de la LPI, y son los que se mencionan a continuación:

- . Derecho a utilizar la obra
- . Derecho a transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella
- . Derecho a autorizar a terceros a utilizar la obra.

El artículo 18 de la misma ley, establece las formas de utilización de la obra estableciendo que sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él podrán:

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

e) 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 la ley.

En tanto, los derechos patrimoniales de los Intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, están establecidos en el artículo 3° de la ley 20.243 que dispone:

“El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales:

a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, median te cualquier tipo de emisión, análogo o digital;

b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos;

c) El arrendamiento al público, y

d) La utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión

en un recinto o lugar accesible al público mediante cualquier medio idóneo”²⁰

Podemos decir, que la doble estructura del derecho de autor que reconoce un aspecto moral y patrimonial a sus titulares, tiene consagración internacional y que en nuestra legislación, hasta antes de la promulgación de la ley 20.243, los derechos de los artistas interpretes y ejecutantes eran tratados por la ley de propiedad intelectual bajo el título “Derechos conexos”. La ley 20.243, vino a regular de una forma más completa y específica estos derechos para igualar condiciones entre todos los autores. No obstante, debemos tener presente que en todo aquello que la ley 20.243 no regule, sigue rigiendo la ley 17.336 sobre Propiedad intelectual.

²⁰ Ley 20.243. Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. Artículo 3°. 5-02-2009. (Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20243/HL20243.pdf> LEY NÚM. 20.243)

CAPITULO III. NORMATIVA ACERCA DEL TEMA

Se debe diferenciar entre la legislación que dice relación con el derecho de autor y la que toca de forma tangente el objeto de nuestro estudio en particular, de este modo iremos desde lo más genérico hasta llegar a la legislación específica en torno a los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

3.1.- Sistemas que Protegen la Autoría.

Se entiende por derechos de autor las facultades exclusivas que le son otorgados por el Estado al autor, por un tiempo determinado, para beneficiarse del uso y explotación de sus obras. Las tradiciones anglosajona y europea conciben esos derechos de forma distinta. Mientras en el mundo anglosajón predomina una concepción utilitarista de los derechos de autor, en Europa se ha adoptado un enfoque que los concibe como derechos de la persona. Una idea uniforme sobre el alcance y el contenido concretos de esos derechos no existe. A raíz de ello, han nacido dos grandes sistemas jurídicos de protección de la autoría, de acuerdo a las distintas concepciones que tiene el mundo a su respecto, estos sistemas son:

A) Sistema de Copyright: El *copyright*, término forjado en la época en que la copia era el único medio de difusión de la obra literaria, (utilizado en el reino Unido, países del *Commonwealth* y los Estados Unidos), tiene su origen en el Estatuto de la Reina Ana de 1709, considerado el primer documento legislativo de protección general al autor. El Estatuto de la Reina Ana, persigue la finalidad de crear un estímulo para el fomento del arte, de la literatura y de la ciencia. Para que exista ese estímulo es preciso que los autores obtengan todos los beneficios de la impresión y difusión de sus obras. Se dicta que la titularidad exclusiva pase, del editor al autor. En lugar que sea el impresor que adquiriera el monopolio sobre el uso de la obra,

ocurre a la inversa: el titular del monopolio es el autor, quien lo cede al editor en las condiciones económicas que convengan. Por ello, el preámbulo del propio estatuto señala la necesidad de evitar que los impresores y libreros se acojan a la libertad de imprimir, reimprimir y publicar libros o escritos sin el conocimiento de los autores o de los propietarios de los mismos, con perjuicio de ellos. El sentido de esta regulación se da por dos finalidades esenciales: la preocupación económica por el autor y por sus descendientes y el fomento de la ciencia, de los conocimientos y de la cultura.

“La protección del *copyright* se limita estrictamente a la obra, sin considerar atributos morales del autor en relación con su obra, excepto la paternidad; no lo considera como un autor propiamente tal, pero tiene derechos que determinan las modalidades de utilización de una obra.”²¹

B) Sistema del derecho de autor o de la tradición jurídica continental europea o latina: Se considera que solamente las personas físicas que han participado de la creación de la obra audiovisual pueden ser autoras, y por consiguiente, titulares originarios de derecho de autor sobre dicha obra. Se establecen condiciones especiales para que el productor pueda realizar la explotación de la obra sin interferencia a través de:

²¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_autor#Derecho_de_autor_y_copyright

- . Cesión legal de pleno derecho de los derechos patrimoniales
- . Presunción legal de cesión o una presunción de legal de legitimación, salvo pacto en contrario, que comprende el derecho de reproducción, distribución y comunicación pública y de traducción, estableciendo limitación al derecho moral de los colaboradores.

3.2.- Legislación Internacional.

Los orígenes del derecho de autor guardan estrecha relación con el nacimiento de la imprenta que permitió la rápida reproducción de libros a un costo relativamente bajo. El aumento en el número de personas con la habilidad de leer y escribir favoreció una creciente demanda por las obras literarias impresas, por lo cual proteger a los autores y editores de las copias no autorizadas de sus creaciones se hizo cada vez más necesario e importante. Como resultado de ello se crearon las primeras leyes sobre derecho de autor. Así, a partir de la promulgación del estatuto de la reina Ana en Inglaterra en 1709, el derecho de autor se fue extendiendo a los demás países.

Dinamarca reconoció los derechos de los autores en una ordenanza de 1741. Más adelante en 1790 Estados Unidos promulgó su primera ley federal de derecho de autor; mientras que en Francia el derecho de autor recayó sobre los editores como un privilegio concedido por el soberano. Luego, durante la revolución en los años 1791 y 1793 mediante dos decretos se estableció la protección de los autores de obras literarias y artísticas. En Alemania, a mediados del siglo XIX los distintos estados promulgaron leyes en las que se reconocía a los autores como titulares de los derechos de sus obras. Del mismo modo y a raíz de su independencia en algunos países latinoamericanos, tuvo lugar una codificación en que se legisló sobre estos derechos (Chile 1834, Perú 1849, Argentina 1869 y México 1871).

No obstante lo anterior, es un principio reconocido el hecho que el derecho de autor es territorial por naturaleza, por tanto la protección de una ley al derecho de autor se otorga sólo en el país donde se aplica esta ley. Debido a esto, para poder proteger adecuadamente una obra fuera de su país de origen, será necesario que ese país concluya acuerdos bilaterales con aquél país en que la obra será utilizada.

A medida que las obras, especialmente las literarias fueron en aumento y utilizadas en diversos países, surgió la necesidad de unificar criterios y contar con un sistema uniforme de protección, así nacieron los acuerdos internacionales objeto de este apartado y que a continuación pasamos a revisar:

-Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de fecha 9 de septiembre de 1886. Revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por Chile el 5 de junio de 1975.

Este Convenio Internacional contiene un conjunto de derechos mínimos reconocidos directamente a todos los autores nacionales de los Estados que hayan ratificado el convenio. Asimismo, equipara al autor extranjero al nacional, de tal forma que el autor extranjero puede reclamar una protección ante los tribunales, al igual que un nacional.

El objetivo principal del Convenio de Berna es la defensa de obras literarias y artísticas como traducciones, arreglos musicales y otras transformaciones de obras originales. Por otro lado el Convenio de Berna tiene la particularidad de ser el primer instrumento internacional donde se regula el derecho moral de autor.

-Convención Universal de Ginebra sobre los Derechos de Autor, de fecha 6 de junio de 1952. Revisada en París el 24 de julio de 1971 y ratificada por Chile el 26 de julio de 1955. La convención también aborda la protección de los derechos de autor en los Estados que la han ratificado, no obstante, el Convenio de Berna prevalece por sobre la Convención de Ginebra.

-Convenio que establece la Organización Mundial de La Propiedad Intelectual (OMPI), este convenio fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y ratificado por Chile siendo publicado en el diario oficial el 23 de mayo de 1975.

La OMPI, es una agencia especializada de Naciones Unidas, que fue creada con la firma de este convenio en 1967 y está dedicada a fomentar el uso y protección de las obras del intelecto humano.

-Convención de Roma para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Fue firmada el año 1961, suscrita por Chile y publicada en el diario oficial el 26 de julio de 1974.

La importancia de esta convención radica en que ella fue el primer instrumento multilateral que reconoce y ampara en el ámbito internacional, a los titulares de los derechos conexos.

-Convenio Fonogramas. Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la copia no autorizada de sus fonogramas, suscrito en Ginebra, en 1971. Fue promulgado por el D.S. N°56, de 1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N°29.704 de 9 de marzo de 1977.

-Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Fue promulgado por el D.S. N°326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N°33.382, de 27 de mayo de 1989. Ver Parte III, artículo 15.

-Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales y su Reglamento. Adoptado en Ginebra en 1989, y promulgado por D.S. N° 1.539, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N° 34.821 de 22 de marzo de 1994.

-Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946, suscrita y ratificada por Chile, en 1955. Promulgada por el D.S. N°74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 23.202 de 21 de julio de 1955.

-Acuerdo de Marrakech. Contenido en el D.S. N° 16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N° 35.169 de 17 de mayo de 1995.

Por el Acuerdo de Marrakech se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), y dentro de sus Acuerdos Anexos se establece en su Anexo 1C el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, conocidos bajo la sigla ADPIC o TRIPS en idioma inglés.

Por último, en cuanto a legislación internacional se refiere, hacemos un alcance respecto de los Tratados Internet de la OMPI:

- Tratado Internet de la OMPI.

- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), aprobados ambos en Ginebra, Suiza, en diciembre de 1996.

- El Tratado OMPI INTERNET sobre Derecho de Autor (TODA), fue ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001, contenido en el Decreto Supremo N° 270, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial del 7 de marzo de 2003.

En el caso del Tratado OMPI INTERNET, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) (derechos conexos), fue ratificado por

Chile el 14 de marzo de 2001, contenido en el D.S. N° 139, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario oficial de 22 de agosto de 2003.

Ambos tratados contemplan la protección de obras literarias y artísticas difundidas a través de medios digitales, como es, entre otros el internet.

3.3.- La Ompi y legislación Comparada.

En este punto abordaremos algunas legislaciones, que a nuestro juicio constituyen las más representativas en cuanto a legislación en torno a derecho de autor y derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de obras fijadas en formato audiovisual.

Respecto de la fijaciones en medios audiovisuales, la OMPI, efectuó en Ginebra el 6 y 7 de noviembre de 2003, una reunión oficiosa ad-hoc sobre la protección de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

“ El propósito del presente estudio es reflejar en qué medida se protegen las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas en la legislación nacional de los Estados miembros de la OMPI. En la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión se reconoce

claramente la protección internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.”²²

Sin embargo, esta misma tarea, se nos hace más difícil al intentar determinar en qué medida se contempla la protección de esas interpretaciones y ejecuciones en directo en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Debemos considerar, que en relación a esto, la Convención de Roma confiere el derecho a impedir la radiodifusión audiovisual, la comunicación al público y la fijación de las interpretaciones y ejecuciones en directo, y el derecho a impedir la reproducción no autorizada de interpretaciones y ejecuciones que estén incorporadas en una fijación visual o audiovisual.

Según el estudio las características principales de la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, y que son objeto

²² Reunión oficiosa ad-hoc sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. Ginebra. 6 y 7 de noviembre de 2003. Reunión ad-hoc (Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp_im_03/avp_im_03_2_rev_2-main1.doc)

de protección por parte de las legislaciones internas de los Estados miembros de la OMPI son:

- derecho de reproducción
- derecho de distribución
- derecho de alquiler
- derecho de radiodifusión
- derecho de comunicación al público
- puesta a disposición del público
- derechos morales.

La OMPI también se ha preocupado de realizar estudios analizando casos contenidos en las legislaciones de algunos países, como son Reino Unido, México y Estados Unidos en lo concerniente al sistema de protección de los derechos de los intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones se encuentren fijadas en medios audiovisuales.

En el caso de Reino Unido, se confiere a los sindicatos y agrupaciones de artistas, intérpretes y ejecutantes la capacidad de negociar colectivamente, como también se regula las remuneraciones y regalías que se otorgan en cada caso particular.

Por último, el tratado establece “el compromiso de los países miembros a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar su aplicación y se cercioraran de que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones”.

3.4) Legislación Chilena en torno al tema en estudio

Nos encontramos con que en nuestra legislación, la protección a la autoría, está consagrada a nivel constitucional, toda vez que ella entra en el marco del artículo 19 número 5 de la Constitución de la República que reza “ La constitución asegura todas las personas: 25. La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos. Como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todos ellos conforme a la ley”²³

Por su parte, el derecho de autor también se encuentra consagrado en nuestro código civil en su artículo 584 que dispone “las producciones del

²³ Constitución Política de la República. Art. 19 núm. 25.

talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales.

De un modo particular se consagra en la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336, ella regula los derechos de los autores y en lo que a nuestra investigación concierne, podemos decir que lo más específico al respecto está establecido en el título II, artículos 65 y siguientes y que se refieren a los Derechos Conexos. Respecto de esta ley, hacemos el alcance de que se refiere a los artistas, intérpretes o ejecutantes utilizando una coma, que no existe ni en la convención de Roma que sirvió de base a esta ley, ni en el glosario de la OMPI.²⁴

Ley 19.928, esta ley es llamada ley de la música y su propósito es justamente el fomento de la música chilena siendo su labor apoyar, estimular, promover y difundir la labor de autores, intérpretes y ejecutantes, recopiladores, investigadores y productores de fonogramas chilenos.

Nos encontramos también con la ley 19.981 de Fomento Audiovisual, que establece en su artículo 1°. El Estado de Chile apoya, promueve y fomenta la creación y producción audiovisual, así como la difusión y la

²⁴ Herrera Sierpe Dina. Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley 17336 y sus modificaciones. Editorial jurídica de Chile. Segunda Edición Pagina 72

conservación de las obras audiovisuales como patrimonio de la Nación, para la preservación de la identidad nacional y el desarrollo de la cultura y la educación.

Artículo 2º. La presente ley tiene por objetivo el desarrollo, fomento, difusión, protección y preservación de las obras audiovisuales nacionales y de la industria audiovisual, así como la investigación y el desarrollo de nuevos lenguajes audiovisuales.

Las normas de esta ley no serán aplicables a aquellos productos y procesos audiovisuales cuyo contenido o particular tratamiento sirvan a objetivos publicitarios.

Por último mencionamos la ley objeto de nuestro estudio cuál es la ley 20.243 y que será analizada en un capítulo aparte.

CAPÍTULO IV. LEY 20.243, ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS INTERPRETES DE LAS EJECUCIONES ARTÍSTICAS FIJADAS EN FORMATO AUDIOVISUAL.

4.1.- Texto de la Ley 20.243.

En este apartado se transcribe la ley en cuestión, por cuanto su lectura será necesaria para comprender este capítulo, el cual hace innumerables referencias a la misma, o para comentarla hace citas de frases o partes de su texto; lo hace de manera aislada reproduciendo sólo lo necesario para comentar el subcapítulo o punto a desarrollar. Por tanto, y como se dijo, una lectura de ésta ley en su totalidad brindará el conocimiento global y necesario para comprender de mejor manera este capítulo.

LEY NÚM. 20.243

ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS INTÉRPRETES DE LAS EJECUCIONES ARTÍSTICAS FIJADAS EN FORMATO AUDIOVISUAL

Artículo 1°.-Los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras o fijaciones audiovisuales, se regirán por las disposiciones especiales de esta ley y, en lo no previsto en ella, por la ley N° 17.336, en cuanto sea aplicable.

Artículo 2°.-Con independencia a sus derechos patrimoniales, e incluso después de la transferencia de éstos o de su extinción, el artista, intérprete y ejecutante gozará, de por vida, del derecho a reivindicar la asociación de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones; y de oponerse a toda deformación, mutilación u otro atentado sobre su actuación o interpretación, que lesione o perjudique su prestigio o reputación.

El ejercicio de estos derechos es transmisible a los herederos del artista intérprete y ejecutante, que tengan el carácter de legitimarios, de acuerdo a los órdenes abintestato establecidos en la ley. Estos derechos son inalienables, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Artículo 3°.-El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales:

- a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital;
- b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos;
- c) El arrendamiento al público, y

d) La utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión en un recinto o lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo.

La remuneración a que se refiere este artículo no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que a los artistas intérpretes de obras audiovisuales les reconoce la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Artículo 4°.-El pago de la remuneración será exigible de quien lleve a efecto alguna de las acciones a que se refiere el artículo precedente.

El cobro de la remuneración podrá efectuarse a través de la entidad de gestión colectiva que los represente, y su monto será establecido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100 de la ley N° 17.336.

4.2.- Historia de la Ley 20.243.

Si bien es cierto, en este apartado se pudo hablar de la historia del establecimiento de la ley, se ha preferido hablar simplemente de su historia, en el sentido común de la palabra, por cuanto analizar su establecimiento sería ahondar en demasía para el objetivo de este capítulo; por lo demás, en párrafos posteriores se hará mención de ciertas discusiones legislativas realizadas en la historia de su establecimiento al analizar ciertos aspectos a comentar.

El tema que convoca el presente estudio, los derechos morales y patrimoniales de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras fijadas en formato audiovisual, no había sido regulado de buena manera en Chile, como se ha expresado, siendo las únicas normas al respecto las contenidas en la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, específicamente lo señalado respecto de los derechos conexos. Así los artistas e intérpretes se han visto en desmedro respecto de otros artistas a quienes se les ha regulado de buena manera sus creaciones. La referida Ley de Propiedad Intelectual, reconoce los derechos conexos al derecho de autor, permitiéndoles aprobar u oponerse a la difusión de sus producciones y ser remunerados por su uso público; sin embargo, la ley establece que su interpretación y aplicación no podrá realizarse en menoscabo de los derechos del autor, situación que pone en clara desigualdad a ambos creadores, recayendo tal situación

frecuentemente en la injusticia, por cuanto el no estar bien regulados estos derechos la mayoría de la veces la parte más fuerte de la relación contractual, generalmente la estación televisiva, imponía sus términos y muchas veces, los actores, artistas o ejecutantes simplemente debían ceder o renunciar a sus legítimos derechos, tal como lo señala el diputado Ramón Farías, de profesión actor, en la discusión en sala, del proyecto: “Los artistas estamos peleando por estos derechos desde hace muchos años. Recuerdo que cuando trabajé en mi primera telenovela, La Madrastra - estaba jovencito, flaquito y bello; no como ahora-, me hicieron un contrato que decía que mis derechos debía cederlos por diez años. Vale decir, el canal de televisión me pagaba una cifra determinada que incluía ensayos, salida al aire, repeticiones y venta al extranjero durante diez años. ¿Y qué pasaba si yo me negaba? Me decían: “Muy bien, muchas gracias, hasta luego. Váyase”. ¿Para dónde me iba? En esa época no había otro canal que hiciera telenovelas”²⁵; además de lo dicho la ley en estudio prohíbe la utilización, en términos amplios, de las interpretaciones o ejecuciones personales de un artistas sin su autorización.

No obstante todo lo dicho, la legislación existente claramente resulta insuficiente fundamentalmente y como se expresa en el informe de la comisión de especial de la cultura y las artes sobre derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual en la sesión 79 de 11 de septiembre de 2007 de la cámara de diputados: Primero, no se definen los derechos conexos, en tanto

²⁵ Historia de la ley 20.243, biblioteca del Congreso Nacional, página 57.

sólo se señalan sus consecuencias; segundo, hace mención sólo de los derechos patrimoniales de los artistas, omitiendo los derechos morales; y tercero no se regulan los derechos de los artistas una vez que sus interpretaciones o ejecuciones han sido fijadas en un formato audiovisual, en cuanto a su comunicación al público alquiler de los soportes en que se han plasmado las obras. Así en virtud del inciso quinto del artículo diez de la Constitución de la República es deber del Estado estimular la creación artística y la protección e incremento del patrimonio artístico de la nación, es decir es deber del estado identificar, regular y sancionar estos derechos para así cumplir cabalmente con lo establecido en la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile.

En este contexto en diciembre de 2005, la actual Presidenta de la República Sra. Michelle Bachelet, en ese entonces candidata a la primera magistratura, suscribió un compromiso con Chileactores en orden a la defensa y promoción de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las interpretaciones de los actores y actrices de obras cinematográficas y audiovisuales.

Todos estos motivos dieron lugar a que la Presidenta de la República por medio del mensaje número 84-355 de 30 de mayo de 2007 diera iniciativa al proyecto de ley que se redactara en colaboración con Chileactores, el sindicato de actores Sidarte y ciertos diputados; lo que en definitiva se transformó en Ley de la República promulgada y sancionada con fecha 16 de enero de 2008.

4.3.- Derechos que tutela.

La presente ley regula específicamente, como su nombre lo dice, el derecho moral y el derecho patrimonial respecto de los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, que nacen como consecuencia del derecho de propiedad intelectual sobre dichas interpretaciones y ejecuciones, creando un estatuto normativo especial. Así, se ha dado un enorme paso en el progreso de la legislación nacional, por cuanto, si bien la ley N° 17.336 de propiedad intelectual, en el título segundo, capítulo primero, artículos 65 y siguientes, protegía en sentido amplio estos derechos, no los especificaba, dejando un inmenso abismo que se podría prestar a diversas interpretaciones respecto del caso concreto en torno a si, protegía o no ciertas situaciones, y por otro lado establece clara y precisamente el titular del mismo, es decir, intérpretes, artistas y ejecutantes, quienes hasta este momento no estaban protegidos en la forma en que correspondería, según lo establecido en el artículo diez, inciso quinto de la Constitución de la República, tratados internacionales suscritos por Chile y la legislación en general, tal como se señaló en el párrafo precedente, citando el informe de la comisión especial de cultura y las artes.

En concreto y como se dijo anteriormente, la ley protege la propiedad intelectual que se resume en las dos clases de derechos tan comentados en capítulos anteriores y que ahora desarrollaremos observando

específicamente lo prescrito por esta ley y sus complementarias. Que son: El Derecho Moral y el Derecho Patrimonial.

4.3.1.- Derecho Moral: Es el vínculo estrecho que existe entre el autor, en este caso el interprete, artista o ejecutante, y su obra, entendida ésta como una creación, un reflejo de la personalidad del autor, que es lo que se tutela jurídicamente.

La presente ley en estudio consagra el derecho a reivindicar la asociación de su nombre respecto de sus interpretaciones o ejecuciones; a oponerse a toda modificación sobre su actuación o interpretación, que lesione su prestigio o reputación. Por otro lado esta protección se establece con carácter perpetuo, inalienable y por sobre todo, separa expresamente el aspecto moral del patrimonial, declarándolos absolutamente independientes, de modo que aún cedidos lo primeros, los segundos quedan a salvo.

Como se comentó en el acápite anterior, la Ley de Propiedad Intelectual no se refiere a los derechos morales cuando reglamenta los derechos conexos, lo que no sucede con respecto a otros tipos de derechos nacidos de la propiedad intelectual, dejando en claro desamparo a los interpretes y ejecutantes de obras fijadas en soportes audiovisuales.

La nueva ley consagra expresamente este derecho en el artículo segundo respecto de la “asociación de su nombre sobre sus interpretaciones o

ejecuciones;...”, es decir, no sólo protege su utilización directa, sino todo tipo de relación que pueda existir con la obra, según se desprende del vocablo “asociación”, ampliando así el espectro de protección considerablemente.

Por otro lado se especifican conductas que podrían ser lesivas para este derecho moral, según lo expresa el mismo artículo de la ley citada, en los siguientes términos: “... y de oponerse a toda deformación, mutilación u otro atentado sobre su actuación o interpretación, que lesione o perjudique su prestigio o reputación.” Es decir, tres requisitos copulativos son los que se requieren para infringir este derecho, primero, que exista un cambio en la actuación o interpretación²⁶; segundo, es preciso que de este cambio derive un perjuicio o lesión, es decir, un menoscabo en sus sentimientos, que es el sufrimiento que experimenta una persona; y en tercer lugar, este perjuicio por un cambio realizado en la obra del autor sin su consentimiento, debe necesariamente derivar de un detrimento en su prestigio o reputación.

“El ejercicio de estos derechos es transmisible a los herederos del artista, intérprete y ejecutante, que tengan el carácter de legitimarios, de acuerdo a los órdenes abintestato establecidos en la ley. Estos derechos son inalienables, siendo nulo cualquier pacto en contrario”. La ley establece de modo perentorio que estos derechos son inalienables y que todo pacto en contrario será nulo, toda vez que se trata de un precepto prohibitivo, y como

²⁶ Importante es señalar que aunque el texto utilice términos específicos como mutilación y deformación respecto de este cambio su sentido claramente apunta a que se refiere a todo tipo de cambio sin el consentimiento del autor.

lo dispone el artículo 10 del código civil será nulidad absoluta. Por otro lado, está el hecho de que dicho derecho es transmisible, es decir, sobrevive a la muerte de su autor. Sin embargo hay que tener presente que existe una limitación en cuanto al traspaso de este derecho, ya que se establece que, sólo se pueden transmitir a los herederos que tengan el carácter de legitimarios, lo que lleva a considerar dos cosas: Primero, reafirma la prohibición de la facultad de disposición de este derecho; y Segundo, los herederos son continuadores de la personalidad del causante, personalidad que da origen a este derecho²⁷.

Respecto de este derecho moral, consagrado en el artículo segundo de la ley, en su discusión general en el parlamento se hicieron dos indicaciones, de las cuales solo cabe mencionar la segunda que pretendía un inciso nuevo a dicho artículo, que expresaba: “Sin perjuicio de los derechos patrimoniales que le correspondan, no se considerará deformación, mutilación o atentado sobre la actuación o interpretación, las imitaciones o parodias que con un fin humorístico o satírico realicen otros artistas, salvo que éstas claramente lesionen o perjudiquen el prestigio o reputación del intérprete o sea evidente tal intención.”, lo que fue rechazado por unanimidad y a lo que la Presidenta de Chile Actores, señora Esperanza

²⁷ En relación a este último punto hay que tener presente que la ley reserva este derecho solo a los legitimarios, es decir a ciertos parientes cercanos y no permite una total disposición para transmitir este derecho, haciendo un símil con lo establecido en derecho sucesorio, interpreta los afectos en los ordenes sucesorios abintestato otorgándole la transmisibilidad exclusivamente respecto de estos parientes cercanos.

Silva²⁸, expresó que la indicación en debate es ajena a la fijación audiovisual de un trabajo de actores. Explicó que las parodias o imitaciones, son trabajos artísticos diferentes, se realizan en vivo y no corresponden a deformaciones de un trabajo de carácter audiovisual fijado.

Por último, cabe tener presente que existen otros tipos de derechos morales nacidos del derecho de autor, de la ejecución o interpretación, como el de mantener la obra seudónima o anónima entre otros, y que estos no son regulados por esta ley que como dijimos es un complemento de la ley de propiedad intelectual, la cual regula esas situaciones y que por lo demás solo corresponden a los autores y no a intérpretes y ejecutantes.

4.3.2.- Derecho Patrimonial: Respecto al derecho patrimonial, se consagra expresa e independientemente de los derechos patrimoniales regidos por la Ley de Propiedad Intelectual, el derecho a percibir una remuneración por las reproducciones de sus obras fijadas en formato audiovisual en salas de cines, canales de televisión, ya sea por cable o televisión abierta, y radiodifusión en general, cuya transmisión sea por medios digitales o analógicos.

²⁸ Dichos comentarios y posterior votación fueron realizados en el segundo informe de la Comisión de Educación, Cultura, ciencia y tecnología. recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. BOLETÍN Nº 5.143-24

4.3.2.1.- Comentarios

Como ya se dijo, la Ley de Propiedad Intelectual si bien recogía este derecho, no lo especificaba de manera satisfactoria para una correcta interpretación y aplicación, en tanto que la nueva ley detalla y regula específicamente las situaciones que podrían producirse.

Para hacer un análisis de la ley 20.243, se utilizará su texto y se explicará a qué se refiere específicamente, para así comprender a cabalidad lo anteriormente expresado, aplicado a la cuestión en particular estudiada, es decir, la legislación positiva de Chile.

“Artículo 1º.-Los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras o fijaciones audiovisuales, se registrarán por las disposiciones especiales de esta ley...”

Especialidad de esta ley; el artículo primero dice quienes serán lo destinatarios de estos derechos, establece que los derechos en cuestión son derechos de propiedad intelectual, y que se registrarán específicamente por esta ley, la que tendrá una aplicación especial respecto de los casos y personas señalados, por sobre lo establecido en la ley 17.336 de propiedad intelectual, que hasta el momento podría haber normado dichas materias en cuanto pudiese aplicarse.

“Artículo 2º.-Con independencia a sus derechos patrimoniales...el artista, intérprete y ejecutante gozará, de por vida, del derecho a reivindicar la asociación de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones;...”

Independencia de los derechos. En este artículo se consagra un principio fundamental de esta ley, que es la independencia de los derechos morales respecto de los derechos patrimoniales, reconociendo expresamente la diferencia existente entre uno y otro, regulando así separadamente cada uno, de modo que, al ser considerados en forma individual, podría el titular reclamar de su infracción con independencia a si la otra clase de derechos que emana de su obra ha sido lesionado.

Duración de estos derechos. Otro aspecto interesante es que esta ley no se refiere a la duración de estos derechos patrimoniales, sino que solo hace referencia a los derechos morales expresando que se entenderán de por vida, en condiciones que la ley de propiedad intelectual consagra que el derecho de autor es para toda la vida y dura hasta 70 años después de su fallecimiento²⁹. Sin embargo, la ley 20.243 a continuación señala que este derecho moral es transmisible a los legitimarios, sin establecer una limitación al respecto. En conclusión, cabría interpretar que el derecho patrimonial duraría lo que la ley 17.336, supletoria de esta, establece y que el derecho moral se consagraría con carácter de perpetuo.

²⁹ según modificación del año 2003, ley N° 19.914, en orden a que hasta ese momento solo era de 50 años

4.3.2.2.- Casos del artículo tercero de la ley 20.243.

“Artículo 3°.- El artista intérprete.... tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales: ”

La ley aquí establece de forma específica y concreta una serie de situaciones específicas respecto de las cuales cabe aplicar este derecho patrimonial comentado en los párrafos anteriores, pero también establece una regla de carácter general, al decir que esto tendrá efecto sobre “soportes de cualquier naturaleza” en que se encuentren fijadas o representadas las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, ampliando así el rango de situaciones que, aunque aún no existentes, pueden con el tiempo llegar a materializarse. De este modo la ley concuerda plenamente con el mensaje de la Presidenta de la República al enviar el proyecto de ley³⁰, en cuanto expresa, con mucha razón, que la ley siempre estará un paso atrás de la tecnología en que pueden plasmarse obras en formato audiovisual de modo que es necesario dejar abierta la posibilidad de que puedan existir otros canales de comunicación que permitan reproducir al público estas obras.

³⁰ Mensaje de la Presidenta de la República número 84-355 de 30 de mayo de 2007.

A continuación se analizará de manera específica cada uno de los casos señalados por el artículo tercero de esta ley:

“a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital; ”

Primero, esta ley se refiere a la comunicación pública y radiodifusión, es decir, sólo cabe su aplicación respecto de situaciones en que se reproduzcan las obras al público, de forma general, descartando situaciones que pudieran producirse en el orden privado. La Ley de Propiedad Intelectual, supletoria de esta ley, especifica que se entiende por comunicación pública, estableciendo que es: “todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”³¹. Asimismo dicha ley establece lo que se entiende por radiodifusión “significa la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será radiodifusión"

³¹ Ley 17.336 artículo 5º letra v

cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento”³²

Otro punto digno de observar es que la ley habla de “cualquier” tipo de emisión análogo o digital, dejando así una ventana abierta a todo medio que en el futuro pueda existir, que sea análogo o digital, y sobretodo porque en este artículo se incluye Internet, que es, seguramente en la actualidad, el medio de comunicación que mayormente se utiliza y que de no ser así en los próximos años lo será.

“b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos; ”

Esta disposición viene a complementar lo anteriormente señalado, ya no en carácter general y abierto, sino refiriéndose específicamente a los medios modernos de comunicación, digitales interactivos, que la tecnología ha creado. A modo de ejemplo complementa al no estar definidos ni en otras leyes, ni en la ley específica que se analiza en el presente trabajo, tampoco en la ley supletoria de esta, la Ley de Propiedad Intelectual, conceptos como internet, reproductores multimedia, videoconsolas, telefonía móvil, comunidades virtuales etc.

³² Ley 17.336 artículo 5º letra m bis

“c) El arrendamiento al público, ”

Es decir, toda vez que existan copias de dicha ejecución o interpretación fijadas en formato audiovisual, y éstas estén disponibles al público en general para su arrendamiento, aún para el caso de que su reproducción no sea abierta al público o sea de uso privado.

“d) La utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro, para su difusión en un recinto o lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo. ”

Primero, por videograma se debe entender a las fijaciones audiovisuales incorporadas en cassettes, discos u otros soportes materiales. A su vez copia de videograma es el soporte que contiene imágenes y sonidos tomados directa o indirectamente de un videograma y que incorpora la totalidad o una parte substancial de las imágenes y sonidos fijados en él;³³

Luego, la ley se refiere en esta parte a “cualquier otro soporte audiovisual”, reforzando así la idea planteada desde un principio, en el sentido de abarcar todas las manifestaciones existentes en torno a formatos audiovisuales, prescindiendo de las definiciones legales existentes y cuidando también de no definirla y así autolimitarse; además cuida de abarcar todo formato que el hombre pueda crear, sobre todo teniendo

³³ Ley 17.336 artículo 5º letra p.

presente la vertiginosa velocidad con que avanza la tecnología en la actualidad.

Cabe hacer presente que este artículo y en especial las letras a) y d) fueron materia de intenso debate en el parlamento, fundamentalmente en torno a conciliar el interés de los interpretes y ejecutantes con el interés de la sociedad de acceder al patrimonio cultural de la nación; es decir, a buscar un contrapeso entre el interés de los artistas y el deber del estado de garantizar tanto el derecho de estos como el derecho de la sociedad a acceder a estos.

4.4.- Titulares de estos derechos.

Cuando se habla de propiedad intelectual, generalmente se atribuye a una persona su titularidad, sin embargo la doctrina y luego la legislación positiva, ha clasificado las obras en obras individuales, obras en colaboración y obras colectivas; Las obras individuales son las producidas por una persona natural; Las Obras en colaboración son las producidas por dos o mas personas naturales cuyos aportes no pueden ser separados; y por último, las obras colectivas son las que sean producidas 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, de modo que no pueden ser separados³⁴. Una vez aclarados dichos conceptos, afirmamos que los derechos especialmente regulados en esta ley normalmente se producirán en las obras del tercer tipo señaladas, es decir, en obras colectivas, en que cada ejecutante, artista o intérprete será autor de su respectiva ejecución o interpretación.

Artículo 1º.-Los derechos de propiedad intelectual de *los artistas, intérpretes y ejecutantes* de obras o fijaciones audiovisuales...

³⁴ Conceptos de la ley N° 17.336 artículo 3

Artículo 2°.-Con independencia a sus derechos patrimoniales, e incluso después de la transferencia de éstos o de su extinción, *el artista, intérprete y ejecutante* gozará, de por vida, del derecho...

Artículo 3°.-*El artista intérprete y ejecutante* de una obra audiovisual, incluso...

De los artículos transcritos se desprende, que los titulares de estos derechos son los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras audiovisuales, conceptos que a continuación se precisan.

- Artista: es la persona que realiza o produce obras de arte.
- Intérprete: cosa que sirve para dar a conocer los afectos y movimientos del alma, lo que generalmente se asocia a la oralidad.
- Ejecutante: es aquel que interpreta, pero se le asocia a algún instrumento musical u otro modo de expresión que no involucre la oralidad.

Por otro lado, la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, supletoria de la ley en estudio, establece en su artículo segundo que, los titulares de los derechos que protege, repitiendo los conceptos antes mencionados, pero agregando que dichos autores deben ser domiciliados en Chile, sean chilenos o extranjeros y que a los extranjeros no domiciliados en Chile se les reconocen los derechos que emanan de las convenciones internacionales que nuestro país suscriba y ratifique; por último se refiere a los apátridas, quienes serán considerados nacionales del país en que residan. Dos

precisiones al respecto, primero, que el artículo recién comentado guarda perfecta armonía con lo dispuesto en nuestro código civil, en el artículo 57, en relación a reconocer los mismos derechos civiles a chilenos y extranjeros y no establecer diferencias entre ellos e incluso va más allá, regulando la situación de los extranjeros no domiciliados en Chile y los apátridas; y en segundo lugar, tener presente que la ley de propiedad intelectual al ser supletoria de ésta, tiene plena vigencia en lo que se comenta, por cuanto no es incompatible con lo que dispone y aún complementa la situación comentada respecto de nacionales y extranjeros. De lo dicho, podemos concluir que los titulares son los artistas, ejecutantes e intérpretes chilenos o extranjeros domiciliados en Chile y que a los no domiciliados y apátridas se les aplican, igualmente, las normas antes descritas.

4.5.- Independencia, supletoriedad y complementación entre la Ley 20.243 y la Ley de Propiedad Intelectual.

Artículo 1º.-Los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras o fijaciones audiovisuales, se regirán por las disposiciones especiales de esta ley y, en lo no previsto en ella, por la ley N° 17.336, en cuanto sea aplicable.

Como se anticipo en párrafos anteriores la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual promulgada el 28 de agosto de 1970 y publicada el día 02 de octubre del mismo año y cuya última modificación data del día 31 de enero del año 2004, es supletoria de esta ley, que establece derechos de la propiedad intelectual y, a la vez, es fundamental para entender lo dispuesto en ella, toda vez que se trata de leyes que tratan medios técnicos como son la comunicación y todo lo que es el formato audiovisual; siendo la Ley de Propiedad Intelectual la que define una serie de conceptos.

Por otro lado, resulta de toda lógica que esta ley se supletoria, y a la vez complemento, por cuanto la ley N° 20.243, en el fondo, no es más que un extensión de ésta y un paso de varios que se pretende seguir al respecto, para llenar los vacíos que puedan producirse. Tal como lo dijo la actual Ministra de la Cultura señora Paulina Urrutia, en el acto de promulgación de la Ley 20.243, afirmando que la nueva ley "es muestra del cumplimiento

cabal de la agenda integral y progresiva de modificaciones en materia de derechos de autor, a través de reformas sectoriales sucesivas para hacernos cargo de las indefensiones que afectan a nuestros creadores e industria cultural"³⁵. Y como ya se dijo, la Ley de Propiedad Intelectual es la que regula los derechos conexos del derecho de autor, sin embargo no lo hace satisfactoriamente, y por tanto surge la necesidad de complementarla con la ley objeto del presente trabajo.

Por último, está el tema de la independencia de esta ley con respecto a la Ley de Propiedad Intelectual; se utilizó la palabra independencia, para destacar un punto relevante, como lo es la independencia absoluta y excluyente que establece sobre los derechos patrimoniales que otorga con respecto de los derechos patrimoniales que concede la Ley de Propiedad Intelectual, estableciendo expresamente en el último inciso del artículo tercero "...La remuneración a que se refiere este artículo no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley, y no afecta los demás derechos que a los artistas intérpretes de obras audiovisuales les reconoce la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual. ”

³⁵ Discurso hecho en el acto de promulgación de la ley 20.243.

4.5.1.- Cobro del derecho patrimonial.

Artículo 4°.- ... El cobro de la remuneración podrá efectuarse a través de la entidad de gestión colectiva que los represente, y su monto será establecido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100 de la ley N° 17.336.

Antes de comenzar el análisis de este tema es necesario decir que se incluyó dentro de este apartado, pese a que al ser parte del derecho patrimonial podría haberse tratado en dicho acápite, por tener una gran trascendencia su relación con la Ley de Propiedad Intelectual, toda vez que se hace en la misma forma establecida para los derechos que nacen de ella.

El derecho patrimonial regulado por esta ley, como se ha expresado, se refiere en general al porcentaje que deben obtener los artistas, ejecutantes o intérpretes de ejecuciones artísticas, fijadas en formato audiovisual, por las reproducciones que de ellas se hagan, según lo dispuesto en el artículo tercero de dicha ley. La forma de hacer efectiva esta remuneración es cobrándola a través de la entidad de gestión colectiva que los represente; La ley en análisis prescribe en su artículo cuarto que “El cobro de la remuneración *podrá* cobrarse”, es decir, puede negociarse y cobrarse de manera particular, no siendo una obligación hacerlo a través de la entidad colectiva de gestión, lo que en todo caso, y pese a dejar abierta la posibilidad de hacerlo de otro modo, en la práctica esto resultaría

inoperante, por cuanto se harían imposible una serie de situaciones, como: saber cuántas veces, en qué lugares y por que medios se reproducen las obras o temas, como se calcularía el porcentaje correspondiente a dicha remuneración.

Es por esta razón que se han creado entidades colectivas de gestión, además de que permiten negociar en un plano de igualdad los derechos de los actores y artistas en general, ya que al ser entes colectivos y facultados por la ley para llevar a cabo esta función con una serie de prerrogativas al respecto, permiten evitar irregularidades y abusos que podrían producirse al existir una parte contratante en condiciones más favorables o en condiciones de imponer sus términos en el contrato.

La ley establece la forma de calcular el porcentaje referido, y lo hace a través de la referencia a La ley de Propiedad Intelectual, a su título quinto, “De la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos”, específicamente al artículo 100 de la misma.

Para una mejor comprensión y análisis de éstos, a continuación se transcriben los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual que nos atienden.

“Artículo 100.- Las entidades de gestión estarán obligadas a contratar, con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos de autor y conexos que administren, de acuerdo con tarifas

generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. Las entidades de gestión sólo podrán negarse a conceder las autorizaciones necesarias para el uso de su repertorio, en el caso que el solicitante no ofreciere suficiente garantía para responder del pago de la tarifa correspondiente.

Las tarifas serán fijadas por las entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial.

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades de gestión podrán celebrar con asociaciones de usuarios, contratos que contemplen tarifas especiales, los cuales serán aplicables a los afiliados de dichas organizaciones, pudiendo acogerse a estas tarifas especiales cualquier usuario que así lo solicite.

Los usuarios que hubieren obtenido una autorización en conformidad con este artículo, entregarán a la entidad de gestión la lista de obras utilizadas, junto al pago de la respectiva tarifa.

Lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de la gestión de las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, como asimismo, respecto de aquellas utilizations a que se refiere el inciso segundo del artículo 21.”

“Art. 21. Todo propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario o persona que tenga en explotación cualquier sala de espectáculos, local público o estación radiodifusora o de televisión en que se representen o ejecuten obras teatrales, cinematográficas o piezas musicales, o fonogramas o videogramas que contengan tales obras, de autores nacionales o extranjeros, podrá obtener la autorización de que tratan los artículos anteriores a través de la entidad de gestión colectiva correspondiente, mediante una licencia no exclusiva; y estará obligado al pago de la remuneración que en ella se determine, de acuerdo con las normas del título V.

En ningún caso, las autorizaciones otorgadas por dichas entidades de gestión colectiva, podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de utilizaciones singulares de ellas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.”

Dos consideraciones cabe hacer respecto del cobro de este derecho, primero, que este se hará según lo establecido en el artículo 100 en la minoría de los medios en que puedan difundirse las obras fijadas en formato audiovisual, en que se presenten estos derechos, principalmente a través de Internet u otros medios digitales interactivos; y segundo, que en la mayoría de los casos se hará de acuerdo al artículo 21, ya que esta norma contiene a la televisión, que es quizás el medio en que generalmente se reproducen las obras fijadas en formato audiovisual.

La ley 19.166 publicada el 9 de septiembre de 1992, modifica la Ley de Propiedad intelectual y da origen a que entidades colectivas de gestión se hagan cargo de la representación de artistas u otras personas respecto de las cuales existan derechos derivados de la propiedad intelectual para la gestión de los mismos. La primera norma citada dice que es obligación de dichas entidades, sin facultad a oponerse la negociación de estos derechos, es decir, no pueden entorpecer la negociación, que en el fondo corresponde a los derechos de los artistas, por intereses de las mismas o cualquier otro motivo. A continuación se establece la excepción a dicha imposibilidad de oponerse a la negociación, protegiendo igualmente los derechos de los artistas y ejecutantes al asegurar una contratación segura al decir “salvo que no existan garantías suficientes de su pago”. Luego se establece la forma de fijar la tarifa a cobrar y por último se establece el derecho de las entidades colectivas de efectuar convenciones especiales con respecto a estos derechos.

La segunda norma en cuestión permite que todo propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario o persona que tenga en explotación cualquier sala de espectáculos, local público o estación radiodifusora o de televisión en que se representen o ejecuten obras fijadas en formato audiovisual, pueda adquirir la licencia de los mismos, autorizados por la entidad de gestión colectiva. Sin embargo, la forma de cobrar la remuneración sigue siendo la establecida en el título quinto de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que dicha norma se remite a éste.

Desde 1999, gracias al acuerdo con los canales de televisión abierta, “Chile Actores” ha sido la entidad de gestión colectiva que ha representado a los actores del país, encargándose de negociar estos derechos con las estaciones de televisión nacionales, las cuales en su mayoría han convenido de buena voluntad y teniendo presente lo que ocurre en el mundo a este respecto, la remuneración por los derechos patrimoniales, ahora obligatorios para todos³⁶.

Por último, comentamos que para el caso de infracción a estos derechos el medio para accionar ante la justicia es el que establece el artículo 102 de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece: “Los juicios a que dé lugar la aplicación de las normas de este título, se tramitarán en conformidad con las reglas del Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil”, es decir, a través debe demandarse a través del juicio sumario, estableciendo así la importancia que el legislador le ha otorgado a sus artistas y en general al derecho de propiedad intelectual, toda vez que establece un procedimiento breve y concentrado para resolver los asuntos a que den lugar las irregularidades en torno a su desconocimiento.

³⁶ Presentación de la Sra. Esperanza Silva, Presidenta de Chileactores, Seminario “El Puzzle de la Propiedad Intelectual”. 12 de julio de 2007, Hotel Sheraton.

4.6.- Retroactividad de la Ley 20.243.

Artículo 3° inciso segundo

“La remuneración a que se refiere este artículo no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que a los artistas intérpretes de obras audiovisuales les reconoce la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.”

Un aspecto relevante de esta ley, es su retroactividad en cuanto a los derechos patrimoniales que de ella nacen, por cuanto deja firme lo ya regulado en la Ley de Propiedad Intelectual, en torno a las cesiones de derechos patrimoniales, que se hubieren efectuado con anterioridad a la ley en estudio, pero en cuanto a lo específicamente regulado por ella expresa que no se entenderá comprendido en dichas cesiones. Es decir, desde la entrada en vigencia los artistas que hayan hecho cesiones de sus derechos patrimoniales, tendrán dos categorías de derechos, los cedidos y los que crea la nueva ley.

El problema de la retroactividad de la ley nace cuando una nueva ley afecta derechos que se habían adquirido bajo el imperio de una ley antigua. Para determinar lo que sucederá con estas situaciones hay que distinguir si la ley contempla expresamente esta situación, si la ley hace incompatible

ciertas situaciones, en caso de no regularse saber lo que establece la ley de efecto retroactivo al respecto o como normalmente sucede saber si la ley dispone de artículos transitorios que regulen tal situación. En el caso concreto de esta ley no hay necesidad de buscar soluciones externas, por cuanto la ley de forma perentoria excluye dichos derechos, que aunque se pudieron considerar adquiridos por el hecho de la cesión antes referida, de todo tipo de cesión, aunque se hubieren especificado igualmente estos derechos y más aún, prescribe que se trata de un derecho distinto al establecido por la ley de propiedad intelectual, dándole un carácter de especial a algo que ya se pudo haber previsto en algún contrato y creando una normativa especial. Al respecto debemos decir que en cuanto al derecho patrimonial se trata, no es un derecho completamente distinto, sino de un complemento a este derecho, que para efectos de su disposición material se considera como un derecho distinto, pero que en realidad lo que se regula es un nuevo aspecto, estableciéndose, ahora, expresamente y específicamente el derecho que antes existía, pero que no se había consagrado positivamente y por tanto no podría haberse reclamado en tribunales.

También es necesario destacar, con respecto a la retroactividad de esta ley, que el tema fue motivo de discusión en el parlamento, cuestionando su constitucionalidad, ya que como se dijo podría afectar derechos conexos que nacen de del derecho de autor que estudiamos y también, buscando la mejor posición contractual para nuestros artistas.

Así, el diputado Manuel Rojas expresó, a favor, que: “La retroactividad que plantea la iniciativa representa los legítimos intereses de los actores. Un ejemplo claro de ello lo constituye la nueva edición de la teleserie La Madrastra, protagonizada, entre otros, por el diputado Ramón Farías -habría preferido que continuara su carrera de actor en vez de asumir como diputado- y muy publicitada por la prensa. Si el proyecto no se convierte en ley ojala le demos la velocidad que merece-, a lo mejor el diputado Ramón Farías y el resto del elenco de esa teleserie no gozará de los beneficios de esa reedición. Sin embargo, hay otros que ya están lucrando de ella”³⁷; en tanto el diputado don Rodrigo Álvarez señaló que: “En segundo lugar, hay que ser extraordinariamente justos con los actores y no entregar falsas esperanzas. En ese sentido, deseo aclarar que la disposición establecida en el inciso final del artículo 3º, sobre el carácter retroactivo de la remuneración, no se condice con el derecho constitucional. Por lo tanto, para no crear falsas esperanzas, las normas del proyecto deben apuntar hacia el futuro, en el sentido de aceptar en plenitud y con toda fuerza de aquí para adelante la existencia de ese derecho, porque es necesario, pero no establecer dicha retroactividad, que choca con derechos adquiridos, transacciones y transferencias de derechos anteriores, y con el respeto hacia el texto constitucional fundamental.

El tercer aspecto que se debería revisar en el Senado dice relación con que esos nuevos derechos, que reconocemos e, insisto, son plenamente válidos, no son transferibles. Parece lógico desde el punto de vista de que

³⁷ Historia de la ley 20.243, Biblioteca del Congreso Nacional, pagina 33 y siguientes.

los artistas podrían sostener que, al momento de celebrar sus contratos, cuentan con poco margen de libertad. Sin embargo, recuerdo que cuando el proyecto se convierta en ley de la República, los artistas contarán con dos conjuntos de derechos que eventualmente podrán transferir: los vigentes y los que se crean mediante la iniciativa en estudio.

El proyecto parte del supuesto de que se tratará de obras exitosas que se repetirán muchas veces. Pero, llamo a pensar en qué ocurrirá si son obras que no se repitan.

Es muy probable que las personas pudieran negociar mejor en forma previa una eventual transferencia de esos derechos, ante la posibilidad de que se trate de obras que se verán una sola vez. Por lo tanto, ¿no sería preferible dejar abierta la posibilidad de transferir esos derechos? Es un aspecto de carácter económico que sugiero analizar en el futuro, porque, reitero, en mi opinión el artista se encuentra en mucho mejor posición para negociar sus derechos en el momento inicial ante la posibilidad de obras no tan exitosas y que no se repitan.

Por lo tanto, reitero la necesidad de revisar esta materia en el Senado”.³⁸

Por último, se menciona la posición contractual del artista, en cuanto a que negociar de un mejor modo un derecho que puede ser aleatorio, ya que

³⁸ Historia de la ley 20.243, Biblioteca del Congreso Nacional, pagina 39 y siguientes.

existe la posibilidad³⁹ de que una producción se elimine de la parrilla programática de un canal si esta no tiene el éxito esperado, es decir, no va a existir para el artista la posibilidad de lucrar con una repetición y habrá de conformarse con lo obtenido en una negociación en que se tuvo en cuenta esta posibilidad de repetición que no se produjo. A pesar de lo dicho, esta idea no tuvo acogida, toda vez que los actores representados por Chileactores y la mayoría de los diputados opinaron mantener el proyecto, ya que se establecían nuevos derechos para los artistas.

³⁹ Posibilidad que se ve muy seguido en la televisión chilena, sobre todo en estos tiempos regidos por el rating, de que una producción no tenga el éxito esperado y sea sacada de pantalla mucho antes de su término, situación que obviamente implica que no será retransmitida.

4.7.- La enumeración del artículo 3º ¿Es taxativa?

El artículo tercero de la ley N° 20.243, ya analizado en detalle, establece que de ciertos actos nacerán derechos patrimoniales, irrenunciables e intransferibles de recibir una remuneración por la ejecución de ciertos actos.

El texto de la ley en cuestión expresa en dicho artículo "...por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza...". Surge de dicho texto la interrogante de si los actos que se mencionan son los únicos que producirían este derecho patrimonial, o si por el contrario, cualquier acto que se condiga con lo a plasmado en la ley daría existencia a este derecho, es decir, si es o no taxativa la enumeración de actos que establece el artículo de la ley en estudio.

Del texto de la ley, cabe decir que la enumeración es taxativa, y no meramente ejemplificadora, ya que el artículo se refiere específicamente a un determinado grupo de actos, al usar la expresión "Por cualquiera de los siguientes actos", limitando la producción de los efectos de la norma sólo a los actos allí contemplados.

Hay que tener en cuenta, que para que se produzcan todos los casos, enumerados en dicho artículo, se requiere de la reproducción material de una obra fijada en formato audiovisual. Y teniendo en cuenta los términos

en se expresan dicho casos surge la interrogante de si podrían producir sus mismos efectos casos que compartieran sus características principales. Al analizar con detención los casos expuestos por el legislador se verá que en realidad la norma es de una inmensa amplitud, ya que atendidos a su naturaleza y a los términos utilizados por el legislador como: “soportes audiovisuales de cualquier naturaleza”, “cualquier tipo de emisión, análogo o digital”, “cualquier instrumento idóneo”, hacen que no existan formas materiales, presentes ni futuras, que no queden enmarcadas dentro de aquellos casos.

En conclusión, la norma es taxativa en cuanto a los casos expuestos en ella, sin embargo deja abierta la posibilidad en cuanto a los medios materiales respecto de los cuales se pueden producir dichos casos. Es decir, teniendo en cuenta lo dicho en acápite anteriores, respecto de los nuevos medios tecnológicos que podrían reproducir fijaciones en formato audiovisual, y la historia del establecimiento de esta ley, los casos de dichos artículos son enumeración taxativa, pero los términos en que ésta los expresa a comprender toda situación material en que éstos podrían producirse.

Así lo destaca el mensaje de la Presidenta de la República, ya citado, que expresa: “También debe considerarse, a efectos de analizar las dimensiones en que se expresa el arte, que éste tiende a manifestarse de los más variados modos, ya sea por medio de las artes tradicionales y que se han conocido desde hace miles de años, como también por medio de los

más avanzados medios que la tecnología ha puesto a disposición de los creadores.

Cada uno de los participantes de estas manifestaciones artísticas se relaciona de manera distinta con su obra, generando derechos subjetivos que corresponde al Estado identificar, consagrar y resguardar. Lamentablemente, en este proceso, la legislación estará siempre un paso atrás respecto del arte, que por su propia naturaleza, está llamado a buscar permanentemente nuevos medios de expresión.

En este punto, se debe afirmar con énfasis que se reconoce que el arte no es estático, y que sus nuevos medios serán siempre observados con detención, para asegurar que se respeten los derechos de los artistas.

La legislación debe manifestar la voluntad clara del país de permitir a los artistas disfrutar de los derechos que derivan de sus creaciones.”⁴⁰

⁴⁰ Mensaje de la Presidenta de la República, Mensaje Nº 84-355, Santiago, mayo 30 de 2007.

4.8.- Comentarios a la ley 20.243.

Dentro del material estudiado, en que se usaron libros, revistas, sitios de internet etc. Fueron principalmente éstos últimos los que desarrollaban ciertos puntos que a nuestro juicio cabe comentar, especialmente el foro de internet, chileno⁴¹, en que encontramos importantes comentarios que pese a que la mayoría de estos fueron abordados en párrafo anteriores será ilustrativo plantearlos.

4.8.1.- ¿Derechos de los interpretes?

Existe una tendencia que considera que no corresponden, a los artistas y ejecutantes, los derechos que esta ley les confiere, reservando este derecho a productores o canales de televisión entre otros, tal como lo establece la Ley de Propiedad Intelectual.

El motivo de éste pensamiento radica en qué, los actores o artistas negocian y firman un contrato, reciben su consiguiente remuneración por actuar o practicar su arte, es decir, se les paga por la realización de una obra y no por capítulo transmitido. Los productores invierten grandes sumas de

⁴¹ <http://foros.fotech.cl>

dineros en realizar las fijaciones en formato audiovisual y pagan buena cantidad de ellas por los servicios a cada persona que interviene en la misma, y parece injusto que tengan que pagar nuevamente por comercializaciones posteriores.

Desde otro punto de vista se podría reflexionar, si a los actores, intérpretes y ejecutantes se les paga por su creación intelectual, porque a los demás trabajadores de los distintos ámbitos no se les paga por sus “creaciones”, en condiciones de que la mayoría de las veces y hasta en los procesos más simples de los trabajos más mínimos se utiliza una cuota de ingenio y creación en el correcto desempeño del mismo.

Relacionado con esto, el tema de que todavía no se ha definido bien la propiedad industrial o intelectual, el límite entre un trabajo por encargo o prestación de servicios y el patrimonio autoral. Así, si una productora contrata a un actor para que interprete a un personaje en una serie, la productora es dueña del personaje y de la grabación. Acaso el actor tiene derechos creativos por la interpretación de un personaje que el actor no ha creado y tiene derechos de reclamar ese derecho cada vez que la serie sea emitida.

La Doctrina internacional y luego la consagración en legislaciones positivas, en nuestro caso específico, la ley que se analiza, ha establecido que dichas interpretaciones y ejecuciones constituyen una creación única e independiente de la que ha hecho su autor en el guión o partitura, es decir,

no sólo es un creación, la cual podría estar implícita en cualquier tipo de trabajo, sino es una extensión de la personalidad del autor que merece ser protegida como tal. Como expresa la Diputada y actriz señora Ximena Vidal en su intervención en la discusión en sala del proyecto expresa: “El sentido más profundo de este proyecto es recuperar, recordar, reforzar y, sobre todo, reconocer el trabajo de los artistas en nuestra sociedad y valorar, moral y éticamente el arte, lo que se concreta con medidas tales como el cobro de derechos por parte de los artistas. Esto se relaciona directamente con una respuesta justa y necesaria del Estado proteger adecuadamente a los trabajadores del arte”

Por otro lado, y en relación con el mismo punto, está la doctrina del Copyleft, en oposición al Copiright, en que se propone, en la redistribución copias de una obra determinada, no implantar las restricciones que imponen las normas del derecho de autor, garantizando así una para que cada persona receptora de una copia, o una versión derivada de un trabajo, pueda, a su vez, usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Sostiene esta doctrina el derecho de autor no existe, ya que las creaciones le pertenecen a todos los hombres y no deben existir trabas que limiten su acceso. Es decir, no cabría el derecho patrimonial en los intérpretes de las obras.

4.8.2.- Otras representaciones fijadas en soportes audiovisuales.

Otro punto relacionado con el tema es que, si bien la ley fija específicamente los casos que protege y generan los derechos descritos es: ¿Que pasa con los actores de doblaje que prestan sus voces para series de televisión? ¿recibirían porcentaje?, ¿Qué porcentaje?, ¿que pasa con los artistas músicos, interpretes, que ven retransmisiones de sus actuaciones, por ejemplo en el festival de Viña del Mar, o en otros estelares⁴², y no me refiero solo a los artistas principales, sino a también a la orquesta?, ¿Qué pasa con los artistas de videos musicales?

Se dice, y con justa razón, que a esta ley le falta aclarar una serie de aspectos, que tiene como destinatarios solo a una parte de reproducción de obras y que deja afuera todo el resto de las repeticiones. ¿Qué pasa cuando un matinal repite una escena de telenovela?, ¿Qué pasa con los comerciales donde se lucra con la imagen de los actores en repetición?, ¿Cuándo se les pagará? ¿Por una producción completa, incluido en el paquete las campañas?

Al respecto la Presidenta de Chileactores señora Esperanza Silva ha manifestado: “Esta forma de publicidad no tradicional ha experimentado algunas variaciones en los últimos años, a propósito del éxito de algunos personajes, que llevado a los canales de televisión y a las productoras

⁴² Hoy en la televisión chilena se retransmiten rutinas, principalmente humorísticas, con mucha frecuencia.

externas que trabajan para éstos, a incluir una cláusula desmedida que impide que el actor pueda utilizar en publicidad su propia imagen, no la del personaje de ficción que representa, durante la exhibición del audiovisual en que ha trabajado, salvo que dicha participación publicitaria sea contratada a través de la productora o canal. En este punto es justamente donde se producen las situaciones más complejas para nuestra profesión y que tienen que ver con las condiciones en que los actores son contratados para hacer un trabajo publicitario.

La participación de los actores en spots publicitarios es una modalidad en creciente aumento. Incluso, hay actores cuyo campo laboral está definido en esta línea de trabajo, pudiéndoseles apreciar en diferentes campañas publicitarias a lo largo del tiempo.

Los contratos de actuación en publicidad, no siempre establecen condiciones que garanticen a los actores el respeto por sus derechos, especialmente en el ámbito de los medios de difusión, los plazos de exhibición o el ámbito territorial en que será exhibida la campaña publicitaria.

Con frecuencia se reciben en Chileactores consultas de nuestros asociados sobre qué hacer cuando han firmado un contrato con una productora para realizar una campaña televisiva para promocionar un determinado producto y luego ven su trabajo exhibido, por ejemplo, en la página web de la empresa dueña del producto. ¿Quién se responsabiliza por

el uso no autorizado? ¿El productor del spot publicitario? ¿La Agencia? ¿El cliente?

Asimismo, los plazos de autorización para el uso del spot publicitario, no siempre son respetados, extendiéndose en ocasiones por más tiempo del estipulado, causando con ello un evidente perjuicio para el actor o la actriz, que ve coartada su posibilidad de acceder a trabajar en otra campaña por cuanto su nombre y su imagen continúan vinculados al producto o servicio que está promocionando.”⁴³

Se concluye, respecto de este punto, que ley en análisis, pese a ser un inmenso avance respecto de la protección moral y patrimonial de la cultura de nuestro país está planteada en término, que si bien son amplios en cuanto a abarcar todo tipo de modificación, en el derecho moral, y soportes de cualquier naturaleza, en derecho patrimonial solo ampara unos pocos tipos de obras, que aunque la inmensa mayoría, no las únicas, dejando sin proteger a muchas otras y por consiguiente a muchos otros artistas e interpretes.

4.8.3.- El pago del derecho patrimonial.

⁴³ Discurso de la Presidenta de Chileactores, en el marco de él seminario “El puzzle de la propiedad intelectual;

Si bien el derecho patrimonial, es debatido en sectores minoritarios, no se repite el mismo escenario respecto de la forma en que la ley establece su pago. La ley en estudio se repite a la Ley de Propiedad Intelectual, la que detalladamente lo regula; como se explicó, calcular el cobro de este derecho, se torna extremadamente complejo hacerlo de forma correcta y justa. Así por ejemplo, en el caso de los cantantes que interpretan en un disco reciben un 10% de las ventas mayoristas; y como dice un usuario del foro chileno Forotech.cl : “Les doy un ejemplo concreto y real: estuve trabajando en producción de música. Resulta que por la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual todas las radioemisoras chilenas deben pagar a la S.C.D.⁴⁴ por cada canción o música emitida "radiodifundida", de ese pago un 50% es para el sello discográfico dueño o de la grabación y el otro 50 % se divide entre los autores de la canción y los interpretes o músicos ejecutantes.; además la empresa recaudadora, la famosísima S.C.D. paga al azar, es decir, que si una canción fue tocada en la radio eso no garantiza que los autores o interpretes o el sello reciban su plata, porque si, al azar, no les tocó aparecer en una lista "playlist" de lo tocado por una radio durante un día "al azar", entonces no reciben nada. Además nadie controla que las radios entreguen las playlist completas de lo que tocan a diario. En el caso de los actores, ¿tendrían que estar pendientes de ver cuando salen en televisión en alguna repetición para reclamar el pago? o los canales van a

⁴⁴ Sociedad Chilena del Derechos de Autor.

informar adecuadamente sobre las repeticiones y respectivos actores y guionistas de lo que están repitiendo?”⁴⁵

Cabe entonces preguntarse ¿que es lo que sucede realmente con la legislación Chilena?. Tal como se dijo en acápite anteriores, la ley en análisis deja entregada esta situación a la Ley de Propiedad Intelectual, la que establece que, en general, estas cuestiones se resolverán en las negociaciones que deben llevar a cabo las entidades colectivas de gestión y las productoras o canales de televisión. Así, velar por el correcto cumplimiento de la ley será trabajo de Chileactores, como entidad de gestión colectiva que representa a los actores en Chile, tal como lo hace la S.C.D. respecto de las fijaciones música. A pesar de lo dicho, igualmente se plantean dudas al respecto como y quién controla el número de repeticiones que se producen respecto de estas obras protegidas. ¿Será un funcionario de Chileactores? El que deberá estar anotando cada vez que se repita una obra, o ¿es deber de las emisoras entregar las lista de repeticiones?; y por último, quién fiscaliza el correcto desempeño de estas entidades en el cumplimiento de esta ley?.

⁴⁵ <http://foros.fotech.cl/index.php?showtopic=111026>; usuario MaxDec 27, 2007, 14:19

4.8.4.- ¿Es beneficioso este derecho?

Como último tema a plantear, está el hecho de preguntarse que tan beneficioso resulta este derecho para los artistas interpretes y ejecutantes, ya que la ley otorga un derecho que antes no tenían, pero que va a incidir directamente en la negociación del mismo, por cuanto antes al contratar se cedían todos estos derechos y se pagaba de una vez por ellos, independiente de si se repetía o no, en cambio hoy, la ganancia será de una contingencia para los actores e intérpretes, es decir habrá un contrato en que por lo menos una cláusula será aleatoria, por cuanto no se sabrá si se va repetir o no dicha obra, lo que a juicio de algunos, no sería siempre una ganancia para el artista; como dice el diputado Alvarez en la discusión del proyecto de ley: “El proyecto parte del supuesto de que se tratará de obras exitosas que se repetirán muchas veces. Pero, llamo a pensar en qué ocurrirá si son obras que no se repitan.

Es muy probable que las personas pudieran negociar mejor en forma previa una eventual transferencia de esos derechos, ante la posibilidad de que se trate de obras que se verán una sola vez. Por lo tanto, ¿no sería preferible dejar abierta la posibilidad de transferir esos derechos? Es un aspecto de carácter económico que sugiero analizar en el futuro, porque, reitero, en mi opinión el artista se encuentra en mucho mejor posición para negociar sus derechos en el momento inicial ante la posibilidad de obras no tan exitosas y que no se repitan.”

En la actualidad es muy frecuente que teleseries no tengan el existo pretendido, y pese a que hay más de un excelente artista, creando un personaje increíblemente bueno, son sacadas de cartelera aún sin siquiera terminar. Concluimos, es claro que a juicio de los actores, representados por Chileactores y su sindicato Sidarte, quienes instaron y colaboraron con el proyecto de ley, esto no representaría una desventaja para ellos, sino un reconocimiento a sus derechos; también lo señaló así el parlamento al aprobar el proyecto de ley, y por último, como lo expresa la Presidenta de la República en el acto de promulgación de la ley en estudio: “Más que una ley, significa un acto de justicia con los trabajadores del cine y de la televisión”, y recordó que "era un viejo anhelo que respondía a lo que ustedes han señalado con tanta claridad: darle a su tarea, a su vocación, a esta pasión que son las actividades audiovisuales de actores y actrices, la calidad y la dignidad que se merecen". Añadió que "al proteger los derechos patrimoniales de la gente que trabaja ante las cámaras, estamos protegiendo también el patrimonio cultural del país, los derechos básicos de quienes contribuyen a crear obras que llegan al gran público".

CONCLUSIONES

Producto de este estudio se ha aprendido que, el arte suele manifestarse de las más diversas formas, de manera tal que a veces se hace difícil la labor de protección que le corresponde al Estado, puesto que cada artista se vincula de una forma distinta con su creación, siendo labor de éste tutelar los derechos de artistas interpretes y ejecutantes, cuestión que es fundamental para el desarrollo de nuestra cultura. Debiendo enfocarse esta protección a los dos derechos que conforman el de autor, esto es, derechos morales y patrimoniales. Concluyendo que, sólo si existe la debida protección, se puede afirmar que la legislación nacional fomenta la cultura, pilar fundamental del desarrollo de una sociedad.

También se concluye que, muchas veces, junto y dentro del mismo derecho de autor en particular, es decir del creador de una obra, existen otras personas quienes colaboran en la producción de las más diversas formas y a quienes debe reconocérseles sus derechos como coautores, según sea su aporte. En el caso de los intérpretes de ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, como bien lo indicaba la Presidenta de la República, en el mensaje del proyecto de ley, que nos encontrábamos en deuda con este grupo cada vez más amplio de trabajadores que son los artistas de nuestro país y que día a día nos acompañan con sus creaciones. Ya que esta nueva ley (Ley 20.243) ha venido a reconocer que quien actúa

en una teleserie o interpreta una pieza musical, no sólo está llevando a cabo la puesta en escena de la creación de otro, sino que su actuación o interpretación constituye por sí misma una creación de su intelecto, digna de ser reconocida y protegida. Esto constituye un paso importantísimo, pues nacen para ellos derechos de carácter imprescriptible e irrenunciables, por lo que pasan de tener muchas veces un contrato de prestación de servicios a ser titulares de un derecho de propiedad sobre un bien incorpóreo, pero que con el correr de los tiempos y el avance de las tecnologías se hacen tan explotables como los corpóreos.

Entonces, concluyendo en forma general este trabajo, afirmamos que el país ha dado un inmenso paso en su desarrollo cultural, comprometiéndose cada vez, en mayor medida, con sus artistas y en general con quienes producen su riqueza cultural, regulando e incorporando a nuestro derecho positivo materias que en el orden internacional ya se habían reconocido absolutamente. Mas aún, lo que hace de buena manera, toda vez que abarca situaciones actuales y las que se podrían producir con el vertiginoso crecimiento que actualmente experimenta la tecnología. Sin embargo y pese a este esfuerzo legislativo, si bien no se puede hablar de falencias, se puede decir que existen aspectos que no se delimitan de manera específica dejando a la interpretación temas como los comentados en el último párrafo del texto.

Por último, si bien esta ley constituye un gran avance, no podemos creer que es legislación suficiente, pues hoy el mundo avanza tan rápido y con él las formas de expresión artística que se hace casi imposible ir al mismo ritmo, más es deber del Estado y la sociedad toda procurar que temas tan importantes para nuestra riqueza cultural y nuestra identidad como nación no queden en el desamparo.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS

- Albaladejo, Manuel, Derecho Civil I. Introducción y parte general. Vol. II., Marcial Pons Ediciones, España, año 1989.
- Alessandri, Somarriva, Vodanovic, “Derecho Civil: Parte preliminar y parte especial”, Editorial Ediar-Conosur limitada., Santiago, año 1990.
- Ángeles, Jaime; Campillo, Rosa; Castillo, Tania; Félix, Pedro; Troncoso, María; Fernández, Mary; Jorge Mera, Orlando; Lugo Loovaton, Zaida y Villegas, Víctor; “Derecho de la Propiedad Intelectual, Colección Seminarios, Fundación Institucionalidad y Justicia”; Editorial Amigos del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, Primera Edición, Agosto, 1998.
- Antequera Parilli, Ricardo; “Derecho de Autor, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor”, Segunda Edición, 1998, Impresión Editorial Venezolana, C. A., Tomo I y Tomo II.
- Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición 1994.
- González López, Marisela. “El Derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual”. Marcial Pons, España, 1993.
- Herrera Sierpe, Dina, “Propiedad Intelectual Derechos de autor, Ley 17.336 y sus modificaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición actualizada, Santiago, año 1999.
- Pérez De Ontiveros Baquero, Carmen, “Derecho de autor: La facultad de decidir la publicación”, Editorial Civitas, España 1993.

SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

- www.bcn.cl; Biblioteca del Congreso Nacional
- <http://www.diariooficial.cl/>; <http://papel.diariodigital.cl/diario/>; base de datos del diario oficial de Chile.
- www.consejodelacultura.cl; Consejo Nacional de la Cultura y las Artes; publicación del miércoles 16 de enero de 2008.
- <http://www.escaner.cl/>; revista virtual de arte contemporáneo y nuevas tendencias
http://www.elpais.com/articulo/internet/Punta/Iceberg/elpeputec/20070123elpepunct_4/Tes; Periódico digital español.
- <http://foros.fotech.cl/>; foro de Televisión y espectáculo chileno.
- <http://www.gobiernodechile.cl/>; Agenda presidencial
- <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>;
- <http://www.lupicinioeversheds.com/>; Página web de la firma Lupicinio Eversheds.
- www.monografias.com; Ana Grettel Coto Orozco “El Ejercicio de las excepciones al Derecho de Autor en el entorno digital”; agcotorn@hotmail.com; Trabajo elaborado para la Cátedra de Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la Maestría de Propiedad Intelectual, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica
- www.monografias.com; Abdiel Algis Abrego - abdielabrego@gmail.com; “Naturaleza jurídica de la producción intelectual”, (Panamá)
- <http://www.onoff.cl/revistapub-det.php?idpub=438>; Revista digital.

-<http://www.tramitefacil.gov.cl/1481/article-46526.html>; Sitio de ayuda perteneciente al estado.

TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

- Mensaje de S.E. La Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual; de fecha 30 de mayo de 2007.
- Constitución de la República de Chile.
- Código civil de Chile.
- Ley 17.336, de Propiedad Intelectual.
- Ley 19.928, sobre fomento de la música chilena.
- Ley 19.981, de Fomento Audiovisual.
- Ley 20.243, establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.
- Convención Universal de Ginebra sobre los Derechos de Autor, de fecha 6 de junio de 1952
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de fecha 9 de septiembre de 1886.
- Convenio que establece la Organización Mundial de La Propiedad Intelectual (OMPI), firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

- Convención de Roma, convención internacional para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, firmada el año 1961.
- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales y su Reglamento. Ginebra en 1989.
- Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946.
- Acuerdo de Marrakech.

