



UNIVERSIDAD DE CHILE

MAGISTER DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS
FACULTAD DE DERECHO
ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO
ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO

**LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE
COMUNICACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO DE
AUTOR CHILENO APLICADO A LOS JUICIOS
ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE
DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES
DE CHILE CON CADENA DE HOTELES**

DICIEMBRE 2018

Profesor: Claudio Magliona.

Alumno: Nicolás Yuraszeck.

ÍNDICE

- **RESUMEN** _____ 1
- **INTRODUCCIÓN** _____ 3
- **CAPÍTULO PRIMERO:** DESCRIPCIÓN DE LOS CASOS OBJETO DE AFET Y EL ESCENARIO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL RESPECTO AL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LA LEY N° 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. _____ 7
- **CAPÍTULO SEGUNDO:** TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EN EL DERECHO EXTRANJERO ACERCA DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO DE AUTOR. _____ 34
- **CAPITULO TERCERO:** ANALISIS DE LAS CAUSAS ENTRE LA ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES Y LAS CADENAS HOTELES. _____ 45
- **CAPÍTULO CUARTO:** COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES _____ 54
- **BIBLIOGRAFÍA CITADA** _____ 62
- **NORMAS CITADAS** _____ 64

RESUMEN

El objetivo de la presente Actividad Formativa Equivalente a Tesis (en adelante “AFET”) es realizar un análisis pormenorizado del estándar ocupado en el concepto de comunicación pública en nuestra legislación y jurisprudencia, para de esta manera entregar una opinión legal en cuanto a las causas judiciales existentes en sede civil, entre las cadenas de hoteles y la entidad de gestión colectiva que representa los intereses o derechos de los productores de las obras audiovisuales, y que cuyo objeto de la *litis*, gira en torno a la procedencia en el pago, por concepto de comunicación pública de las obras audiovisuales, a través de los aparatos de televisión presentes en los lugares comunes y habitaciones de los hoteles.

De esta manera, es objetivo de esta AFET, conocer cuál es el verdadero sentido y alcance del concepto de comunicación pública y el de sus excepciones. Lo anterior nos permitirá delimitar el ámbito de protección que otorga la ley del ramo, en particular, en lo referente al ejercicio de los derechos patrimoniales que ésta otorga al autor, titular, o a la entidad de gestión colectiva responsable de hacerlos efectivos, cada vez que la obra protegida es comunicada públicamente por un tercero (en este caso los hoteles). Asimismo, esta AFET intentará proponer una solución, ponderando las distintas situaciones que se suscitan en la observancia de estos derechos de autor patrimoniales, las cuales podrían generar una fricción entre distintos derechos, por una parte, el derecho de acceso a la cultura, la libertad de expresión y el desarrollo de la actividad económica, con el de la protección a los derechos de autor o propiedad intelectual. Para el logro de lo anterior, nos basaremos en lo establecido en la jurisprudencia y en el derecho comparado.

Palabras clave: Comunicación Pública; Derecho de Autor; Derechos Patrimoniales; Obra protegida.

ABSTRACT

The objective of this Activity Equivalent to Thesis (hereinafter "AFET" for its abbreviation in Spanish) is to comprehensively analyze of the standard used in the concept of public communication in our legislation and case law, to thereby provide a legal opinion with respect to existing civil court lawsuits, between hotel chains and the collective management entity representing the interests or rights of producers of audiovisual works, whose objective revolves around the origin of payment by way of public communication of audiovisual works, through television sets present in public areas and hotel rooms.

Thus, it is the objective of this AFET, to know what the true meaning and scope of the tenor of the concept of public communication and its exceptions. Is this will allow us to define the scope of protection afforded by the law, in particular as regards the exercise of patrimonial rights granted to the author, holder or the collective management entity to make them effective, every time the protected work is publicly communicated by a third party (in this case the hotels). Also, this AFET will attempt to propose a solution, considering the different situations that arise in the enforcement of these patrimonial rights, especially when these rights could generate friction with other different rights, such as between the right of access to cultural heritage, freedom of expression and the development of economic activity and that of the protection of copyright or intellectual property. To achieve this, we will build on the provisions of national jurisprudence and comparative law.

Keywords: Public Communication; Copyright; Economic Rights; protected work.

INTRODUCCIÓN

La protección de la propiedad intelectual, tomada ésta, en su acepción como derecho de autor (diferenciándolo desde ya al de la propiedad industrial), específicamente en lo referente al ejercicio de los derechos subjetivos de carácter patrimonial, que otorgan las legislaciones nacionales y los tratados internacionales a sus titulares sobre las obras protegidas, se ven constantemente enfrentadas con elementos de distinta naturaleza, tales como:

(i) El desarrollo de las tecnologías. Dicho desarrollo, tan sorprendente y estrepitoso, hace a lo menos compleja la fiscalización por parte de un titular de derechos de autor e impedir su puesta a disposición, toda vez que la legislación siempre se encuentra un paso atrás de dicho desarrollo y muchas veces ésta carece (atendido lo extenso de la tramitación de las leyes y muchas veces de la voluntad política) de ese dinamismo que le permita prever situaciones propias del desarrollo tecnológico, como lo es, a modo de ejemplo, el *downloading* o el *streaming*, donde existe la discusión abierta de por ejemplo si existe o no la titularidad legítima por parte de las entidades de gestión colectiva para el cobro de tarifas por la bajada de contenidos de Internet.

Lo anterior, obliga a la función jurisdiccional y doctrinal a buscar soluciones de manera casuística a las distintas problemáticas que se pudieran suscitar, no dando muchas veces una solución única, contundente y uniforme.

(ii) Tensión con garantías constitucionales y limitaciones propiamente legales. Por otra parte, el ejercicio de dichos derechos subjetivos se encuentra en no pocas ocasiones, tensionado con dos esferas más propias del Derecho y no del desarrollo de las tecnologías. Es precisamente en este tema sobre el cual nos abocaremos durante el desarrollo de esta AFET, toda vez que el primer punto propuesto (el del desarrollo tecnológico) podría ser objeto de trabajos e investigaciones más propios de las ciencias tecnológicas e informáticas y no a un

análisis puramente jurídico, que es el motivo que finalmente impulsa la realización de este trabajo.

De esta manera, debemos señalar que la protección del derecho de autor, el cual, en el caso de Chile, se encuentra garantizado por la Constitución Política de la República, en particular, en su artículo 19 N°25, al señalar que ésta “(...) *deberá asegurar a todas las personas: la libertad de crear, 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 sea inferior al de la vida del titular*”.

Asimismo, el inciso segundo del mismo numeral del artículo 19 señala que “*El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley*”.

De acuerdo a lo anterior, y para lograr una observancia del mencionado derecho, el Constituyente, ha colocado a esta garantía, tal cual lo señala el artículo 20 de la Carta Fundamental, en la esfera de observancia del recurso de protección, de tal manera que en caso que existan actos u omisiones arbitrarias e ilegales que traigan como resultado una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos subjetivos por parte del titular de derechos de autor, su interposición sea conducente al restablecimiento del imperio de derecho y a la toma de los debidos resguardos para quien resultare afectado en el ejercicio de dicha garantía constitucional.

Sin embargo, en muchas ocasiones, un legítimo ejercicio de los derechos de autor, podría verse enfrentado a otras garantías constitucionales, como por ejemplo la libertad de expresión, garantizada por el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República o a la libertad de desarrollar una actividad económica, garantizada por el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, tensión que por lo demás es aparente según desarrollaremos en esta AFET.

El segundo aspecto del Derecho al que se ve enfrentado el ejercicio de los derechos subjetivos otorgados por la propiedad intelectual, dice relación con los límites que la misma legislación del ramo pone a la libre explotación por parte del titular sobre las obras protegidas y que obedecen a la misma lógica que la del derecho de propiedad tradicional, en el sentido de dar cumplimiento a la función social del mismo. Lo anterior de acuerdo a los términos señalados en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 19 N°24 en relación al inciso cuarto del numeral 25 del mismo artículo, ambos artículos de la Constitución Política de la República. Así las cosas, en el derecho de autor, dicha función social obedece a garantizar el acceso y acrecentar el patrimonio cultural de un país por medio de la transferencia del conocimiento. Lo anterior no es un tema de única solución, sino que por el contrario, resulta del todo engorroso y casuístico, toda vez que el sentenciador, en un caso que es llevado a su conocimiento, deberá fallar siempre teniendo como parámetro el equilibrio entre el correcto resguardo de los derechos patrimoniales que asisten al titular de los derechos de autor, de tal manera que se constituya siempre la propiedad intelectual como un incentivo al emprendimiento cultural-artístico, y por otro lado, el acceso al resultado de esa empresa por parte de una comunidad. Lo anterior se complica aún más, cuando ambos derechos (acceso y protección) han sido elevados a la categoría de derecho humano, según da cuenta las letras a), b) y c) del N°1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966¹.

Así las cosas, teniendo en cuenta la fricción entre acceso al acervo cultural-artístico y la protección desde el punto de vista de la propiedad intelectual para resguardar los derechos morales y especialmente patrimoniales del titular del derecho de autor, se hace necesario establecer estándares mínimos que puedan conciliar esta fricción existente, considerándosele a este acceso como una herramienta necesaria y esencial para el desarrollo espiritual, educativo y

¹ Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

económico de una nación, y por otra parte, el respeto y protección a los intereses materiales y morales de las producciones científicas, literarias y artísticas que le correspondan a una persona en su calidad de autor o titular de derechos de autor, las cuales como ya señalamos son facultades elevadas a la categoría de derechos humanos así como también son garantías protegidas por la Constitución Política de la República.

Es por lo anteriormente expuesto, que la presente AFET, tiene por objeto abordar la problemática antes descrita y para ello contextualizaremos y realizaremos un análisis pormenorizado del derecho patrimonial de la comunicación pública, tanto en la legislación nacional como en los tratados internacionales así como también en el plano jurisprudencial. Asimismo abordaremos el análisis de la comunicación pública desde el plano constitucional y como consecuentemente se relaciona con las excepciones establecidas en el artículo 71 N de la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual (en adelante indistintamente la “Ley de Propiedad Intelectual” o la “Ley”). Del mismo modo, trataremos de proponer una solución al actual escenario, basada ésta en estándares mínimos establecidos en la legislación comparada y por la opinión personal basada en la práctica profesional, con el único fin de conciliar esta pugna entre acceso y protección en materia de propiedad intelectual.

En el primer capítulo de esta AFET, haremos una descripción a los casos que actualmente se están conociendo en sede civil, en particular, a los casos entre las cadenas de hoteles y la entidad de gestión colectiva que representa los intereses o derechos de los productores de obras audiovisuales, y que cuyo objeto de la *litis*, gira en torno a la procedencia en el pago, por concepto de comunicación pública de las obras audiovisuales, a través de los aparatos de televisión presentes en los lugares comunes y habitaciones de los hoteles.

Asimismo, en este primer capítulo, nos referiremos al escenario actual, haciendo una descripción a la legislación interna aplicable en materia de derechos de autor,

en particular la comunicación pública, tanto en el aspecto constitucional como a nivel legal, a saber la Ley de Propiedad Intelectual.

En el capítulo segundo de esta AFET, abordaremos los criterios adoptados por la jurisprudencia nacional frente a casos de infracción al derecho patrimonial de comunicación pública y cuál ha sido su tendencia, así como también entregaremos una descripción en el tema de la presente AFET, desde la perspectiva del derecho comparado y como ellas han dado una solución más ecuánime.

Finalmente, en el capítulo tercero, trataremos de entregar una solución alternativa, que permita resguardar los derechos existentes entre los distintos actores, de tal manera de proponer a un equilibrio entre los derechos de acceso y protección a las obras en materia de propiedad intelectual. De esta manera, esperamos que nuestra propuesta no signifique una eximición en el pago de los derechos de aquellos autores, que mediante su creatividad y trabajo, han acrecentado el patrimonio cultural, pero que al mismo tiempo ese pago no sea abusivo, sino que sea justo, único y transparente. Para ello, esta AFET propondrá sistemas existentes en el derecho comparado, con el objeto que una sobrerregulación no implique una barrera al desarrollo económico de una actividad.

CAPÍTULO PRIMERO

DESCRIPCIÓN DE LOS CASOS OBJETO DE AFET Y ESCENARIO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL RESPECTO AL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, EN ESPECIAL, EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS CASOS OBJETO DE AFET.

1.1. Antecedentes de los casos objeto de AFET.

La presente AFET, se centralizará en el análisis de los casos judiciales que están siendo conocidos en la actualidad, por los Juzgados Civiles de la ciudad de Santiago, siendo la parte demandante en todos ellos, la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile (en adelante “EGEDA”)². Lo anterior en ningún caso significa, que esta AFET realizará un análisis del desarrollo procesal del mismo, muy lejos de ello, sino que el objetivo no es otro que dar una opinión legal a partir del equilibrio entre protección y acceso, que suponemos que es el camino correcto, lo anterior a través del estándar del concepto de comunicación pública de las obras protegidas por el derecho de autor.

Los casos de análisis, tienen como parte demandada, a distintos hoteles de la ciudad de Santiago. No obstante lo anterior y pese a que los casos, se encuentran en distintas etapas procesales, esta AFET, se esforzará en realizar un único pero exhaustivo análisis jurídico, para posteriormente intentar otorgar una propuesta en base a lo señalado precedentemente en la introducción de esta presentación.

1.2. Objeto de la *Litis*.

El objeto de la *Litis* en cada una de las causas, se centra principalmente en la observancia o reconocimiento de tres acciones que se arroga tener la demandante, ésta es EGEDA, en su calidad de representante de los derechos de los productores, en virtud de lo señalado en el artículo 85 B de la Ley. Dichas acciones, consisten en: (i) obtener de los demandados, el cese de la actividad ilícita, ésta es, el cese de la utilización, en especial de la comunicación pública de las obras audiovisuales que se encuentran dentro del repertorio de EGEDA (en

² EGEDA Chile es la entidad de gestión colectiva de los derechos de los productores audiovisuales de Chile. Es una entidad sin ánimo de lucro, autorizado por el Ministerio de Educación, mediante la resolución 08088, publicada en el Diario Oficial en la edición de fecha 3 de octubre del año 2005. EGEDA Chile es una sociedad de servicios para los productores audiovisuales. El principal servicio ofrecido por EGEDA Chile a sus miembros es la gestión colectiva de ciertas modalidades del derecho de comunicación pública, como son la retransmisión y la comunicación en lugares abiertos al público. EGEDA Chile gestiona estos derechos, directamente o a través de acuerdos internacionales, en todos los países del mundo donde están reconocidos.

adelante el “Repertorio”), sin mediar el debido permiso o pago del mismo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley; (ii) la indemnización de perjuicios morales y patrimoniales causados a partir de la comisión del acto ilícito antes descritos; y (iii) la publicación de un extracto de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario de circulación comercial de la Región correspondiente, a elección del perjudicado.

2. ESCENARIO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL RESPECTO AL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, EN ESPECIAL, EN LA LEY N° 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

2.1. La Ley de Propiedad Intelectual.

La propiedad intelectual (como derecho de autor), como el nombre lo señala, es una especie de propiedad dentro del género del derecho de propiedad tradicional, que como ya hemos señalado con anterioridad, se encuentra consagrada y garantizada constitucionalmente³. A su vez, el artículo 583 del Código Civil reconoce la existencia de una especie de propiedad sobre las cosas incorpóreas, y el artículo 584 del mismo código reconoce que las producciones del ingenio o del talento son de propiedad de sus autores y que esta especie de propiedad se rige por leyes especiales.

Por lo tanto, la propiedad intelectual o derecho de autor, constituye también un derecho de propiedad pero que, a diferencia de la propiedad común, es de carácter temporal y transitorio, ya que su duración dependerá del tiempo que

³ El artículo 19 n°25 inciso 3° de la Constitución Política de la República, señala al efecto “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley (...) Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

señale la ley⁴. Asimismo, la propiedad intelectual o derecho de autor no es un derecho absoluto, toda vez que la Ley ha establecido un catálogo de excepciones y limitaciones que persigue obtener un balance entre la protección e incentivo a los creadores y el mayor acceso posible al conocimiento.

2.1.1. Sobre el Objeto de Protección de la Ley. La Obra (Concepto).

La propiedad intelectual tiene como objeto de protección las obras del intelecto, en particular, los derechos sobre obras de la inteligencia, literarias, artísticas y/o científicas, que se obtienen por el solo hecho de la creación de las mismas.

En el lenguaje común, se entiende por obra, según el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante la “RAE”), a “*cualquiera producción del entendimiento en ciencias, letras o artes*”, mientras que para el Glosario de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, obra es “*toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible*”⁵. Finalmente el Convenio de Berna, que regula la protección de las Obras Literarias y Artísticas, no define “obra”, sino que se limita a señalar la existencia de la protección de los derechos de los autores sobre “*sus obras literarias y artísticas*”, para lo cual realiza una enumeración meramente enunciativa de las creaciones que se encuentran protegidas. Es precisamente este criterio, el que sigue la legislación chilena, ya que no ofrece un concepto concreto de lo que es “obra”, sino que se limita a señalar, de manera muy general en el artículo 1° de la Ley de Propiedad Intelectual que “*la presente Ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina*” y luego en forma

⁴ Verdugo M. Mario y otros. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Año 1994, pág. 317.

⁵ Tratado Internacional sobre la Protección de los Derechos de Autor sobre Obras Literarias y Artísticas. Su primer texto fue firmado el 9 de septiembre de 1886, en Berna (Suiza). Ha sido completado y revisado en varias ocasiones, siendo enmendado por última vez el 28 de septiembre de 1979.

simplemente descriptiva en su artículo 3°, establece un catálogo de las obras que “*especialmente*” quedan protegidas por la Ley.

2.1.2. Alcance del Concepto “Obra”.

De acuerdo a lo expuesto en el numeral anterior, no se encuentra en la legislación chilena ni en el Convenio de Berna, una definición de “obra”. Sin embargo, se han podido establecer ciertos requisitos para que una obra sea considerada como tal y por ende sea susceptible de protección jurídica:

(a) El dominio literario, artístico o científico. La Ley de Propiedad Intelectual, al definir el ámbito general de la protección, alude a que estarán protegidas las “*obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos*”. Este primer requisito, más que un intento de clasificación de las obras protegidas, permite dilucidar cuáles son aquellas obras que se encuentran excluidas de la esfera de protección de la Ley, es decir, lo que establece es un marco de regulación, ya que por una parte, permite diferenciar a las obras protegidas por derecho de autor con respecto a aquellos trabajos de índole intelectual que son productos de un proceso intelectual pero que, a pesar de su mérito, no concluyen en un aporte creativo propio; y por la otra, para diferenciarlas de las invenciones, las cuales cumplen un fin práctico/utilitario (aplicación industrial), insertas en el subsistema conocido como patentes de invención, formando parte del sistema normativo de la “Propiedad Industrial”.

Asimismo, los conceptos “*literario, artístico o científico*” deben interpretarse en un sentido amplio, pues están protegidas por el derecho de autor las obras que, en sentido estricto, tienen poca relación con la ciencia, las letras o las artes, en el sentido tradicional, “*como sucede en el caso de las guías puramente técnicas, los dibujos de ingeniería o los programas de ordenador para fines de contabilidad*”⁶. Es por ello, que las obras científicas están protegidas por el derecho de autor,

⁶ OMPI: Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ob. Cit., Voz 262, p. 268.

pero no en función de su contenido, sino de su forma de expresión, de manera que un libro de química farmacéutica será una obra literaria, aunque no tenga un contenido literario *per se*, sino que lo será en cuanto dicha obra se manifiesta o se externaliza a través de un lenguaje.

(b) La forma de expresión. Cuando la Ley de Propiedad Intelectual, se refiere a la protección de los derechos sobre las obras “*cualquiera que sea su forma de expresión*”, se refiere a que la protección se centra en la expresión o en la externalización a través de la cual se materializa la idea y no la idea misma. La protección de las ideas debe efectuarse a través de otras figuras, siendo la vía contractual la más habitual.

(c) La originalidad como requisito de la obra. La originalidad de una obra, como requisito para su protección, no se encuentra, al igual que en el Convenio de Berna, señalado en forma expresa en la legislación chilena, sino que surge o se infiere a partir de la interpretación armónica de la Ley de Propiedad Intelectual, que en su artículo 1°, señala que “*la presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra (...)*”. El hecho que el verbo rector “*crear*” sea el elemento configurativo para la protección legal, supone algo que en ese momento es inexistente y que cuyo nacimiento (el de una determinada idea expresada) supone la protección exclusiva y excluyente con respecto de toda persona. Asimismo las letras h) e i) del artículo 5° de la Ley de Propiedad Intelectual conceptualizan a partir del elemento originalidad, a la obra originaria y a la derivada en los siguientes términos “*Obra originaria: aquella que es primigénitamente creada (por ende protegida)*”; y “*Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma*” (también haciéndola protegible).

Cabe preguntarse entonces ¿qué debemos entender por originalidad? ¿Cuándo una obra será original y por ende protegible por derecho de autor?

Una obra será original en la medida de que cumpla con ciertos requisitos, a saber:

i. La “individualidad” de la obra, es decir, a la expresión de la idea, y como esta ha de tener suficientes características propias que la permitan distinguirse de cualquiera otra expresión que pertenezca al mismo género.

ii. Tendrá el carácter de original aquella obra que no sea una copia de algo, y este punto guarda directamente relación con el requisito anterior, toda vez que habiendo una sola idea, existirá una multiplicidad de formas para poder expresarlas y por ende protegerlas. En el eventual caso de que exista una sola forma de expresar una idea, esa forma de expresión ya no será protegible, porque de otra manera, su protección por el ordenamiento jurídico inhibirá la creación (principio rector del derecho de autor).

iii. La obra debe tener un mínimo de aporte de creatividad o debe, reflejar al menos la personalidad del autor en la obra protegida. Este requisito es muy importante y no en pocas oportunidades suele ser confundido con el aporte artístico/científico/literario de una obra.

En consecuencia, para que una obra sea objeto de protección, basta con que haya sido creada (vale decir, algo que hasta en ese momento haya sido inexistente) y que esa idea se exprese no importando la forma en que se haga. Esta “creación” mencionada como verbo rector en el artículo 1° de la Ley de Propiedad Intelectual, obedece únicamente a un elemento temporal, que se tomará en consideración para determinar el momento en que la obra que posee originalidad, empiece a gozar de una protección legal en cuanto a su observancia. En particular, determinará el momento en que un autor o el titular, en caso de que se hayan transferido esos derechos, podrán ejercer derechos exclusivos y excluyentes en la utilización de su obra.

2.1.3. Derechos del titular de derechos de autor sobre su Obra.

De acuerdo a lo expuesto, la Ley de Propiedad Intelectual, garantiza a los creadores de obras artísticas, literarias y científicas una serie de derechos exclusivos y excluyentes sobre sus obras. Por un lado, nuestra legislación resguarda los derechos morales, que es aquel vínculo que une de manera indisoluble al autor con su creación, garantizando el reconocimiento de la autoría. En otras palabras, los derechos morales de un autor en relación a su obra, dice relación con su paternidad, y al mismo tiempo el derecho del mismo de resguardar su integridad.

Por otro lado, nuestra legislación garantiza a los titulares de los derechos de autor, sus derechos patrimoniales sobre sus obras, esto es, la explotación monopólica de la misma o de “*disfrute económico*” en palabras de Stolfi. Están comprendidos dentro de este derecho patrimonial, las facultades exclusivas y excluyentes del titular de derechos de autor para publicar, reproducir, distribuir, modificar, y de **comunicar públicamente la obra**.

Tal cual señalamos en la parte introductoria de esta AFET, los derechos de propiedad intelectual, al igual que la propiedad o dominio del Código Civil, están sujetos a ciertas restricciones, determinados por la función social, pero además en el caso del derecho de autor, a diferencia del dominio tradicional, tiene una duración que no es perpetua, sino que, en el caso de Chile, se extiende por regla general a toda la vida del autor más setenta (70) años. Transcurrido ese plazo, la obra ingresa al dominio público o patrimonio cultural común en palabras de la Ley, y cualquier persona puede hacer uso de ella sin autorización y pago, con la única limitación que se respeten los derechos morales del autor, es decir, la paternidad y la integridad de la obra que ya hemos mencionamos. A contrario sensu, si mientras dicho plazo está pendiente, la obra sólo puede ser usada por su autor o titular o por un tercero, esté último sólo si dispone de autorización del titular de los derechos, en los términos señalados en el artículo 20 de la Ley o través de una sociedad de gestión colectiva de derechos, o bien si es la propia Ley la que ha autorizado el uso, a través de lo que se conoce como excepciones o limitaciones a los derechos de autor (en adelante las “Excepciones”).

En cuanto a las Excepciones establecidas por la Ley, éstas facultan a cualquier persona (natural o jurídica) a hacer uso de las obras sin autorización del titular de los derechos sobre dichas obras, sin existir tampoco la obligación de realizar pago alguno (aun cuando estas obras no se encuentren dentro del dominio público por el transcurso del plazo de protección), teniendo como única limitación para su ejercicio el respeto los derechos morales. Es así, como el principal tratado internacional de Propiedad Intelectual, el Convenio de Berna⁷, delega al derecho interno de cada país, la competencia para establecer las Excepciones al derecho de autor, las que deberán extenderse siempre en forma prudencial, de tal manera que dichas excepciones o limitaciones, den cumplimiento a lo acordado internacionalmente como la *regla de los tres pasos*, señaladas en el artículo 9 de la Convención, y que de acuerdo a ella, las Excepciones deben: (i) circunscribirse a determinados casos especiales; (ii) no afectar la explotación normal de la obra; y (iii) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Es así como en Chile, hasta la Ley N° 20.435 del año 2010 que reforma la Ley, todas y cada una de las modificaciones introducidas con anterioridad a ésta, tuvieron como objeto, incrementar y fortalecer la posición de los derechos de los titulares en desmedro de un más amplio derecho al acceso de las obras, por lo que dicha reforma en cambio fue más proclive a lograr un equilibrio⁸. Sin embargo, la verdadera motivación que indujo a incluir en la legislación interna en materia de derechos de autor, más que nivelar este péndulo acceso/protección, fue una adecuación de la normativa, atendida las exigencias del Tratado de Libre

⁷ Chile suscribió y ratificó el texto del "Convenio de Berna", correspondiente a la revisión del texto original de 9 de septiembre de 1886, efectuada en Bruselas el 26 de junio de 1948. Su texto fue aprobado el año 1973, mediante el D.S. 121 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 28.507 de 20 de marzo del mismo año. Con posterioridad, el texto del Convenio fue nuevamente revisado en París, en 1971. Su texto fue aprobado el año 1975 mediante el D.L. N° 908, promulgado por el Decreto Supremo N°266 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y, finalmente, fue publicado en el Diario Oficial N° 29.170 de 5 de junio del mismo año.

⁸ Álvarez, Daniel, En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor, en Documento de Política, 12 (Ginebra, Centro para el Comercio y el Desarrollo Sostenible, 2011); y Schuster, Santiago - Mahú, Jorge, Chile, en Hilty, Reto - Nérison, Sylvie (editores), Balancing Copyright: A Survey of National Approaches (Heidelberg, Springer, 2012), pp. 233-254.

Comercio suscrito con los Estados Unidos de América (en adelante “TLC”)⁹, mediante la adopción de normas específicas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet por las eventuales infracciones cometidas por sus usuarios, la introducción de mejoras procedimentales, y la agravación de la responsabilidad penal por infracciones. Sin embargo, al mismo tiempo, el gobierno de la época incluyó un moderno régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, así como ciertas normas que fortalecen el dominio público¹⁰.

2.1.4. Derechos de comunicación pública del autor sobre su Obra.

Ya habiendo entregado el contexto legislativo chileno actual, nos adentraremos en el tema específico de la comunicación pública como derecho patrimonial, derecho que tal como lo señalamos, es exclusivo y excluyente del titular de derechos de autor sobre una determinada obra. Pareciera a partir de lo expuesto, ser altamente necesario dar una definición de lo que entiende la lingüística y nuestra legislación como comunicación pública, para posteriormente hacer un análisis, y de esta manera, tratar de dar una propuesta más del carácter práctico-jurídica que nos permita identificar con claridad cuando este acto propio del titular se encuentra dentro de la esfera de sus derechos subjetivos y cuándo estará dentro de las Excepciones establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual.

Es así, que la RAE, no nos entrega en forma uniforme el concepto de comunicación pública, sino que nos entrega un concepto o significado a partir de los elementos que individualmente conforman el concepto. De este modo la RAE, define como público/a tanto “*el conjunto de las personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante*” como el “*conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a un mismo lugar*”.

⁹ Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, firmado el 6 de junio de 2003, publicado en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2003.

¹⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual" (Boletín N° 5012-03), en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.435 Modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (2010), p. 8.

Nuestra legislación, específicamente en la Ley de Propiedad Intelectual, en la letra v) del artículo 5, define como **comunicación pública** “*todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca 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*”.

No obstante lo anterior, es del caso señalar que la comunicación pública es una facultad regulada por la Ley de Propiedad Intelectual muy reciente¹¹, la cual fue expresamente incorporada como una forma de fortalecer los derechos patrimoniales del autor o titular de los derechos de autor, toda vez que antiguamente, solo se regulaba el derecho de reproducción, única forma en la que se regulaba la distribución de las obras protegidas, como lo era la edición de los ejemplares de las obras literarias. Lo anterior, atendido el avance de las tecnologías y las telecomunicaciones, obligaron a la legislación a adecuarse al uso de las obras, la cual consistía más en el consumo por comunicación que por reproducción.

De las definiciones anteriormente dadas, y a modo de crítica, podemos señalar que ninguna de ellas nos entrega una orientación cuantitativa de lo que se debe entender por conjunto o pluralidad de personas, ni tampoco nos entrega una herramienta que nos permita o al menos facilite la realización de la labor diferenciadora de lo que debemos entender por lugar público o privado, elemento de vital importancia para el caso de nuestro análisis.

¹¹ El concepto de comunicación pública fue recién incorporada a través de la Ley N°19.912 publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de noviembre de 2003

Así las cosas, a falta de una normativa clarificadora, existe la difícil labor en dilucidar el siempre recurrente problema que tienen las entidades de gestión colectiva con las empresas usuarias de las obras protegidas en general y los hoteles en particular, a propósito de si la comunicación de obras protegidas por derecho de autor en las habitaciones de los hoteles, tienen o no el carácter de pública, llevando a la interrogativa o no de si el caso objeto de la *Litis*, es subsumible o no al catálogo de excepciones al derecho de autor, en particular, el señalado en el artículo 71 letra N de la Ley, el cual establece:

“No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos. En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna”.

A mayor abundamiento y para efectos de mayor dificultad en el análisis de esta AFET, el artículo 18 de la Ley señala:

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

a) **Publicarla** mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, **cualquier otro medio de comunicación al público**, actualmente conocido o que se conozca en el futuro;

b) *Reproducirla por cualquier procedimiento;*

c) *Adaptarla a otro género, o utilizarla en 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 esta ley.

Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido”. (Lo destacado es nuestro).

Asimismo, el artículo 19 de la Ley, dispone que:

“Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.

La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”.

Lo relevante de la cita de los artículos 5 letra v), 18 y 19 de la Ley no es antojadizo, sino que tiene por objeto clarificar que el concepto de comunicación pública si tiene (aunque en forma deficiente) una definición legal primeramente, pero que en la enumeración de derechos del titular de derechos de autor, no se encuentra señalada en forma expresa, dificultando por tanto el proceso de dilucidar si EGEDA cuenta o no y en qué medida de una legitimación activa, desde el punto de vista procesal para exigir por la vía judicial civil el pago por concepto de derecho de autor, las obras que forman parte de su Repertorio.

A mayor abundamiento, el concepto de comunicación pública, solo podemos encontrarlo en la Ley, a propósito de los derechos conexos del derecho de autor¹², para intérpretes, en particular en el artículo 66. Lo anterior es de suma importancia al momento de determinar si el derecho de comunicación pública es extensivo a los autores o titulares del derecho de autor, como derecho exclusivo y excluyente.

Señala en este sentido, el artículo 66 de la Ley:

“Respecto de las interpretaciones y ejecuciones de un artista, se prohíben sin su autorización expresa, o la de su heredero o cesionario, los siguientes actos:

*3) La difusión por medios inalámbricos **o la comunicación al público** de sus interpretaciones o ejecuciones en directo”.* (Lo destacado es nuestro).

Por tanto, son verbos rectores de los derechos del titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, para efectos de utilizar la obra:

a) Publicar;

b) Reproducir;

c) Adaptar,

d) Ejecutar públicamente; y.

e) Distribuir.

¹² A diferencia del derecho de autor, los derechos conexos se otorgan a los titulares que entran en la categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras. Su conexión con el derecho de autor se justifica habida cuenta de que las tres categorías de titulares de derechos conexos intervienen en el proceso de creación intelectual por cuanto prestan asistencia a los autores en la divulgación de sus obras al público.

Para efectos de la AFET, únicamente analizaremos los verbos rectores señalados en las letras a) y d), a saber, “*publicar*” y “*ejecutar públicamente*”, en orden de dilucidar si el concepto de comunicación pública, se entiende que es o no un derecho del titular de derecho de autor.

El artículo 5 letra o) de la Ley define “*publicación de una obra, interpretación o ejecución fijada o de un fonograma significa la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente*”. De acuerdo a la definición anterior, publicación no puede ser asimilable al concepto de comunicación pública, por cuanto la definición de ejecución pública, es inexistente en la Ley.

No obstante y pese a la inexistencia de una definición legal, si encontramos en la Ley, dos argumentos de texto, que nos permiten concluir que el concepto de ejecución no puede ser asimilable a la comunicación pública:

(i) El primero de ellos dice relación con lo señalado en el artículo 18 letra a) de la Ley, el cual distingue “*ejecución*” de “*lectura*”, de “*recitación*”, de “*exhibición*”, y en general cualquier otro “*medio de comunicación al público*”. De acuerdo a la definición anterior, la ejecución sería una forma de comunicación pública pero en ningún caso sinónimo.

(ii) El segundo argumento de texto dice relación con lo señalado en el artículo 71 N de la Ley, donde ejecución y comunicación son explícitamente diferenciados por el legislador, al señalar que “**No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra**, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos. En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna”.

2.1.5. Calificación de las habitaciones de un hotel como lugar público o privado para efectos del derecho de comunicación pública del autor sobre su Obra.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es de toda lógica, que al no haber una definición clara de comunicación pública, el principal argumento de las entidades de gestión colectiva, sea el de defender a ultranza, el argumento que las habitaciones de un hotel si serían públicos, en la medida de que existe una efectiva sucesión de personas que acceden a la obra al alternarse en la utilización de las habitaciones, configurando el elemento esencial de pluralidad de personas a las que tienen acceso a un televisor, para efectos del cobro establecido en la Ley por concepto de comunicación pública de la obra protegida.

Como contra argumentación, las empresas hoteleras señalan que el derecho patrimonial de comunicación pública, en los términos señalados en la Ley, no puede configurarse, toda vez que: (i) de la existencia de televisores en las habitaciones, no puede concluirse que ellos difunden al público las obras protegidas; (ii) si el público es el que enciende los televisores, son ellos los que difunden tales obras; (iii) el hotel debe distinguirse entre lugares públicos (lobbies, restaurant, bares) con respecto de aquellos no lo son, como es el caso de las habitaciones, donde el uso es privado, pudiendo ser aplicable la excepción del artículo N° 71 N de la Ley; y (iv) el pago por concepto de comunicación pública estaría fundamentado en que los hoteles realizarían retransmisión, situación que solo pueden realizar los organismos de radiodifusión, tales como los canales de televisión, por tanto son ellos los únicos autorizados para efectos del cobro de la tarifa de comunicación pública de acuerdo a lo señalado en el artículo 69 de la Ley .

Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro país, a través de la Corte Suprema¹³, ha rechazado el argumento que las habitaciones de los hoteles son lugares de índole privada, no haciéndoseles aplicable la exención establecida en el artículo 71 letra N de la Ley, sino por el contrario, ha seguido la posición que el hotel, está conformado por espacios comunes, salas de estar y habitaciones, considerándoseles a todos como un lugar único e indivisible. De esta forma, la Corte Suprema señaló que para el caso de la comunicación pública de obras protegidas de distinta naturaleza (obras musicales) que *“los hoteles son una unidad a la que accede el público en general, no pudiendo dividirse sus dependencias en públicas o privadas, pues todas se encuentran al servicio de los usuarios que accedan a ellas, con prescindencia de las formas en que se utilicen, atendido el fin específico que le es propio”*¹⁴

2.2. El derecho de comunicación pública en la Constitución Política de la República.

Retomando el punto de las Excepciones en nuestra legislación, debemos señalar que, debido a que como el derecho de autor constituye una garantía constitucional, toda restricción, limitación o excepción a él, se debe aplicar e interpretar de manera restrictiva, de manera tal que es inconstitucional toda acción u omisión que atente contra su ejercicio legítimo, procediendo para su imperio y restablecimiento el recurso de protección, sin perjuicio de las acciones penales y civiles establecidas en la Ley. Sin perjuicio de lo anterior, el legítimo ejercicio de los derechos de autor podrían ir en contrariedad con otras garantías constitucionales, como pudiera ser la libertad de expresión y el de desarrollar cualquier actividad económica, este último caso lo podemos ejemplificar en las negociaciones realizadas durante la tramitación de las reformas del año 2010, por medio de Ley N° 20.435, donde en su discusión legislativa, la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile, instó al legislador a adoptar una excepción

¹³ Sociedad del Derecho de Autor con Sociedad Hotelera Valle El Encanto, Rol 86-2006, Recurso de Casación.

¹⁴ Causa rol 86-2006, Sociedad del Derecho de Autor (SCD) con Sociedad Hotelera Valle del Encanto Limitada. Considerando 16°.

específica para ciertos pequeños y medianos establecimientos empresariales¹⁵, en relación con la comunicación pública que estos hacen de obras musicales, toda vez que los cobros por este concepto, podrían llegar a ser excesivos y constituirían un gravamen que los haría poco competitivos frente a grandes conglomerados, que en términos prácticos pagan lo mismo que las empresas pequeñas.

Dicho lo anterior y a modo de englobar la idea central, debemos señalar que no obstante que ni la legislación de propiedad intelectual ni la RAE nos entregan herramientas necesarias y suficientes para interpretar o darle un correcto y acabado sentido al concepto de *comunicación pública*, si podemos llegar a una interpretación haciéndonos valer del elemento sistemático, señalado en el artículo 22 inciso 2° del Código Civil, esto en el sentido que podemos valernos de lo señalado en otros cuerpos legales, en especial a lo señalado en la Constitución Política de la Republica, donde la doctrina y jurisprudencia constitucional han establecido un concepto de comunicación privada, a propósito de su inviolabilidad (artículo 19 N°5). A partir de lo anterior, estaremos en condiciones para delimitar los conceptos de comunicación pública y privada, necesarios para señalar forma clara cuando estaremos frente al ejercicio legítimo de los derechos subjetivos del derecho de autor y cuando una comunicación tendrá el carácter de privada, haciéndola subsumibles en las excepciones o limitaciones de esos derechos.

En cuanto a la comunicación privada en la Constitución, está se encuentra regulada como garantía constitucional y específicamente consiste en la inviolabilidad de toda forma de ella. Es así que el artículo 19 N° 5, garantiza "*La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*", señalando al respecto que "*El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*".

¹⁵ Intervención de Rafael Cumsille, presidente de la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile, en "Informe de las Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de Cultura y de las Artes de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto que modifica la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual", en Historia de la Ley N° 20.435, cit. (n. 15), pp. 155-156.

Sobre este mismo punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"el respeto y protección (...) de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad"*.¹⁶ En el mismo sentido, dicho Tribunal ha establecido que la protección constitucional a las comunicaciones privadas deriva fundamentalmente de la íntima relación que éstas presentan con la vida privada, constituyendo una extensión o manifestación de la misma. De esta forma lo ha manifestado al indicar que *"esta Magistratura (estima) oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia"*¹⁷.

En lo propio de esta AFET, se hace de esencial relevancia señalar que la doctrina se ha pronunciado sobre la materia, señalando que las comunicaciones privadas *"se tratan de comunicaciones restringidas entre dos o más personas y, por tanto, no están destinadas al dominio público. Así, más que el medio empleado, prevalece la intención de privacidad. Incluso ello alcanza a las comunicaciones que son en lugares públicos en la medida que la comunicación sea privada"*.¹⁸ La importancia del concepto doctrinal recién dado de comunicación privada, radica es que éste nos permite dilucidar ciertas dudas o abstenciones en la que incurrió el concepto legal de comunicación pública señalado en el artículo 5 letra v) de la Ley de Propiedad Intelectual, en el sentido que el carácter de *"público"* de una comunicación no estará dado ni por el número de gente que intervenga ni en las características del lugar donde se ejecute dicha comunicación, sino que lo que

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003, considerando 21°.

¹⁷ Idem, considerando 19°

¹⁸ VIVANCO ANGELA, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, pág. 364.

determinará dicho carácter será la *“intención”* o *“animus”* del emisor de lo comunicado, es decir, estará determinado por elementos subjetivos.

De lo ya expuesto, pareciera altamente probable que se genere una confusión en cuanto a que los conceptos entregados puedan ser contradictorios y su aplicación o defensa puedan contrarrestarse, toda vez que por un lado hemos señalado que el derecho de autor entrega a su titular, derechos de carácter patrimonial, dentro de los cuales se encuentra el de la comunicación pública y por otro lado, hemos señalado, a fin de distinguir lo anterior, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ligado a los conceptos de intimidad o esfera íntima de cada ser humano. Sin embargo, esta fricción entre ambas garantías constitucionales no es real, sino más bien aparente, ya que ambas garantías constitucionales tienen una aplicación temporal e intencional distinta, toda vez que la comunicación privada se ejerce dentro de una esfera íntima unido a la intención de mantener un mensaje por parte del emisor delimitado a un grupo reducido o al menos determinado, mientras que la comunicación pública tiene como intención transmitir un mensaje, contenido o inserto dentro de una obra protegida por derecho de autor, a una pluralidad de gente, ya sea de manera simultánea o sucesiva en un lugar que los puede reunir o no, unido a la intención de que traspase o rompa esa esfera de privacidad.

Lo anterior permite crear un control recíproco entre ambas garantías, toda vez que éstas al no revestir el carácter de absolutas, el ejercicio de una garantía es la limitación de la otra, dicho de otra forma, la comunicación privada de una obra protegida de derecho de autor dentro de una esfera de intimidad, no transgrede los derechos de su titular, toda vez que esta situación constituye una excepción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 71 letra N de la Ley. Asimismo, la inviolabilidad de la comunicación privada, tendrá sus limitaciones y excepciones en distintos cuerpos legales, cuyo análisis es ajeno a esta AFET. Sin perjuicio de lo anterior y a modo general, podemos señalar que estas limitaciones en ningún caso podrán limitar las garantías al punto de impedir su legítimo y libre ejercicio, al respecto la misma Constitución en el artículo 19 N° 26 establece que *“La*

seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Es así, que los derechos fundamentales anteriormente descritos, se encuentran limitados por requisitos previstos por el Constituyente, al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado, *"los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)."*¹⁹

2.3. La tramitación legislativa en torno a las Excepciones del derecho de comunicación pública.

En cuanto a la comunicación pública como derecho patrimonial del derecho de autor, señalamos que al tratarse de una garantía constitucional, cualquier limitación deberá aplicarse en forma excepcional e interpretarse en forma restrictiva, es de este modo que nuestra legislación en concordancia con esto y a los tratados internacionales de la materia, estableció que las Excepciones al derecho de autor en general y a la comunicación pública en particular, deberán extenderse siempre en forma prudencial, de tal manera que den cumplimiento a la regla de los tres pasos, señaladas en el artículo 9 de la Convención de Berna, que son a saber:

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1365-09, considerando 21°

1. Que se aplique a determinados casos especiales.
2. Que no afecten la explotación normal de la obra y
3. Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Es así que la Ley N° 20.435 del año 2010 introdujo un nuevo título tercero en la Ley N° 17.336, donde se incluyó un listado de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, el cual contribuyó a proveer certidumbre jurídica a la labor cotidiana de bibliotecas, museos y archivos, establecimientos educacionales, docentes e investigadores. Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma, dichas instituciones y personas desarrollaban sus tareas en contrariedad a Ley de Propiedad Intelectual, lo que no parecía lógico bajo ningún punto de vista.

En lo pertinente a esta AFET, el titular de derechos no podrá perseguir judicialmente en caso que un tercero comunique públicamente una obra protegida, es decir, se verá exceptuada de la obligación de pedir autorización del titular y del respectivo pago, cuando ésta sea realizada en los siguientes casos:

- La comunicación pública de la obra protegida que se realice en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva o de otra clase, siempre que dicha comunicación pública cumpla con los requisitos: tenga relación directa con la discapacidad que se trate; se lleve a cabo por medio de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad; y que se realice sin fines comerciales. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra c) de la Ley.
- La comunicación pública de las conferencias, discursos políticos, alegatos judiciales y otras obras del mismo carácter que hayan sido pronunciadas en público, pero que tenga como único fin el de la información y siempre quedando reservado para el autor la posibilidad de publicarlo en colección separada. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra d) inciso segundo de la Ley.

- La comunicación pública de obras o fonogramas protegidos por el derecho de autor en los establecimientos comerciales en que se expongan y vendan instrumentos musicales, aparatos de radio o televisión o cualquier equipo que permita la emisión de sonidos o imágenes, siempre que sea con el exclusivo fin de efectuar demostraciones a la clientela y siempre que se realicen dentro del mismo local o en un lugar determinado de éste, propiciando además las condiciones para evitar su comunicación pública al exterior de éste. Lo precedente se hace extensible también a los equipos y programas computacionales. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra e) de la Ley.
- La comunicación pública de obras arquitectónicas en fotografías, cine, televisión, o cualquier otro medio análogo, así como las fotografías publicadas en revistas, diario, libros o textos de educación, estar eximidas de autorización y pago al titular, siempre que no esté en colección separada, completa o parcial. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra F de la Ley.
- La comunicación o ejecución pública de una obra, incluyendo los fonogramas, no requerirá ni permiso ni remuneración al titular cuando ésta sea realizada dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización no tenga fines de lucro. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra N de la Ley.
- La comunicación pública de una obra protegida por derechos de autor, no requerirá de autorización o remuneración alguna por parte de su titular, cuando ésta tenga el carácter de incidental y excepcional, siempre que se realice con el propósito de crítica, comentario o caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, y siempre que dicha comunicación pública no sea una explotación encubierta de la obra protegida. Esta excepción no se

hace aplicable a las obras audiovisuales de carácter documental. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra Q de la Ley.

- La comunicación pública de una obra, no requerirá de autorización o remuneración alguna por parte del titular de derechos de autor, cuando ésta se realice para la realización de actuaciones judiciales, administrativas y legislativas. Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 71 letra S de la Ley.

Como hemos señalado en varias oportunidades a lo largo del desarrollo de este AFET, las excepciones y limitaciones al derecho de autor, deben ser aplicadas e interpretadas de manera restrictiva toda vez que estamos frente a un derecho garantizado a nivel constitucional, lo anterior se da en el ordenamiento jurídico nacional, toda vez que haciendo un análisis del catálogo de Excepciones del artículo 71 de la Ley de Propiedad Intelectual, podremos apreciar que estas son bien acotadas y establece una serie de requisitos para su configuración y aplicación.

Tomemos como ejemplo para graficar lo sostenido, la excepción de emisión de obras en establecimientos comerciales señalada en el artículo 71 letra E, la cual permite la comunicación pública de obras protegidas por derecho de autor, para demostraciones a la clientela, pero que en ningún caso operaría cuando equipos de televisión y radio se mantienen encendidos más allá de tal propósito, incluso si ello tiene lugar al interior del establecimiento en cuestión²⁰. Esto es del todo lógico desde la perspectiva del derecho de autor, ya que al ser configurada como una excepción, el legislador tuvo en mente, no la comunicación de la obra protegida para agrupar una cantidad importante de gente para ver una película o escuchar una canción, sino por el contrario tuvo en consideración que la comunicación es un elemento incidental supeditado al correcto funcionamiento de los aparatos reproductores de las obras.

²⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Soc. Com. Iduya y Cía. Ltda.", 319-2007, 22 de junio de 2007 (que desecha la alegación de la demandada, Homecenter Real, de que la ejecución de las obras tuviese lugar sólo a efectos de la venta de equipos a un cliente).

Sin embargo, esta normativa no estuvo exenta de críticas, toda vez que a diferencia de lo prescrito por la actual Ley (el texto previo de la ley 20.435²¹), la antigua excepción en análisis también favorecía a los establecimientos que comercializan directamente a las obras protegidas, tales como un local de venta de música o videos. Argumentan los detractores, en especial las pequeñas y medianas empresas del rubro de venta de obras protegidas, que no existe explicación satisfactoria en la historia de la ley que fundamente la exclusión de los establecimientos asociados a la comercialización de obras protegidas en la excepción del artículo 71 letra e) de la Ley²², toda vez que la emisión de las obras va en directo y propio beneficio de los autores para darse a conocer en ese nicho de mercado, y dicha emisión es además algo incidental, debido a que lo más importante es la venta del medio en el que está fijado dicha obra musical o audiovisual, por lo que parecería del todo razonable hacer extensible la excepción también para quienes comercializan las obras mismas.

Se hace necesario por lo anteriormente expuesto, abordar la problemática que envuelve a las obras musicales, en particular al caso de la comunicación pública y el cobro de sus derechos cuando en los centros comerciales, el medio de difusión, ya sea radio o televisión, está en constante funcionamiento. De acuerdo a lo anterior, debemos preguntarnos en un principio ¿Permitirá alguna de las Excepciones en la Ley, específicamente las del artículo 71, la comunicación al público de obras musicales en establecimientos comerciales, manteniendo encendido un aparato radiorreceptor o de televisión continuamente? Para dar respuesta a lo anterior, debemos considerar que hoy por hoy, la música está presente en prácticamente todos los ambientes y espacios cotidianos de nuestras vidas, abarcado desde el sistema de transporte público hasta los servicios públicos, pasando por consultas médicas, ascensores, es decir, todo lugar hacia donde habitualmente vamos cuenta con algún grado de musicalización. Acto

²¹ Ley N° 17.336, artículo 42, hasta antes de su modificación en 2010, disponía que "en los establecimientos comerciales en que se expongan y vendan [...] discos o cintas magnetofónicas, podrán utilizarse fonogramas o partituras libremente y sin pago de remuneración" bajo determinadas condiciones.

²² Véase: Historia de la Ley N° 20.435.

seguido, debemos preguntarnos ¿Deben estos tipos de establecimientos requerir autorización y pagar para difundir música en ellos?

A diferencia del régimen de *common law*, en nuestro sistema jurídico las Excepciones son establecidas por el legislador, quien debe cumplir con la antes referida regla de los tres pasos. No cabe al juez crear nuevas excepciones, aunque si interpretar las existentes. En este sentido, la reforma de la Ley N° 20.435 del año 2010, derogó la perniciosa “*doble regla de los tres pasos*”²³, que sujetaba a las Excepciones reconocidas por la Ley a interpretación judicial a efectos de restringir más su uso. Así con la Ley N° 20.435 del año 2010, se impide que se cuestione judicialmente la eficacia de las excepciones previstas en la Ley, escudado tras el subterfugio, que ellas excedían la regla de los tres pasos²⁴. Con todo, parece difícil extender la interpretación de cualquiera de las Excepciones hoy previstas en Chile para permitir que establecimientos comerciales difundan obras a su clientela bajo la forma de musicalización de ambientes, por las razones constitucionales y legales ya expuestas.

Aun realizando un hipotético ejercicio de hacer extensible a alguna de las Excepciones por medio de una interpretación favorable a establecimientos comerciales, el comerciante o dueño de establecimientos debe lidiar hoy con el riesgo de incurrir también en responsabilidad penal, toda vez que nuestra Ley sanciona el uso no autorizado de obras con penas pecuniarias y privativas de libertad. Es necesario señalar, que las disposiciones penales en cuestión son desproporcionadas por varios motivos, entre ellos que la Ley fija la pena en atención al monto del daño, pero eso no significa que la Ley excluya de penas a las conductas infractoras de derechos autorales que no ocasionan perjuicios, ni

²³ Álvarez, Daniel, op cit., pp. 7-8.

²⁴ "Mesa Redonda con Mario Sol Muntañola (moderador), Juan José Marín, José Carlos Erdozaín, y Agustín González", El Test de las Tres Etapas y la Comunicación Pública, en Copyright y Derecho de Autor: ¿Convergencia Internacional en un Mundo Digital? en Revista de Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya, 1 (2005), pp. 21-34 (donde se examina una regla similar existente en el derecho español); y Schuster, Santiago - Mahú, Jorge, cit. (n. 13), p. 239.

siquiera aquellas infracciones cometidas sin ánimo de lucrar²⁵, lo que conlleva a que, todo uso no autorizado por el titular o por la Ley, no sólo constituye una infracción civil, sino que además podría llegar a configurarse una responsabilidad penal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 de la Ley. Así, un excesivo o inapropiado ejercicio de alguna de las excepciones previstas por la ley expone a su beneficiario a un serio riesgo, lo cual desincentiva asumir interpretaciones demasiado liberales del texto de la Ley.

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, para la difusión de música en establecimientos comerciales, tema que será abordado en el capítulo jurisprudencial, toda vez que es el tema más recurrente en nuestros tribunales y en razón de graficar la tendencia y no extendernos en demasía, éstos requieren disponer de autorización de los titulares de derechos, ya sea que éstos la concedan directamente, o bien a través de la entidad de gestión colectiva de las cuales éstos sean miembros. El siguiente capítulo revisa alguna jurisprudencia de los tribunales nacionales en relación con el cobro de derechos por la comunicación pública de obras musicales en establecimientos comerciales, con el propósito de graficar ciertos excesos cometidos al respecto y, posteriormente, argumentar por una solución al tema, mediante la adopción de una excepción específica a los derechos de autor en favor de las empresas que reproducen obras y cuyo giro es la comercialización de las obras, en orden a permitir que éstas puedan comunicar públicamente en las mismas condiciones que aquellos establecimientos que venden equipos o instrumentos.

²⁵ En Derecho comparado es usual que se prevean ciertas limitaciones a la criminalización de la infracción a los derechos de autor, mediante la des-criminalización de las infracciones de minimis y los ilícitos cometidos sin fines de lucro; la adopción de un nutrido set de excepciones que actúan como circunstancias eximentes de responsabilidad penal; la exigencia de elementos subjetivos en los tipos penales; y, el reconocimiento de ciertas circunstancias legales absolutorias. Ninguna de dichas limitaciones de responsabilidad penal existen en la normativa nacional, salvo las recientes excepciones previstas en la ley. Lo propio sucede en derecho internacional, en el cual se exige sanciones penales consistentes en prisión o multas en casos de "wilful copyright piracy on a commercial scale". Véanse el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994; y el Acuerdo de Marrakech que establece la Organización Mundial de Comercio, Anexo 1C, 1869 U.N.T.S. 299, artículo 61.

CAPÍTULO SEGUNDO

TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EN EL DERECHO EXTRANJERO ACERCA DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO DE AUTOR.

1. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

La mayor parte de la jurisprudencia de los tribunales de justicia en torno a la comunicación pública de obras protegidas por derechos de autor, se refiere a acciones de cobro interpuestas por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, (en adelante “SCD”), que es la principal entidad nacional de gestión colectiva de derechos sobre obras musicales, por la comunicación pública de obras de sus representados en contra de establecimientos comerciales que eventualmente las comunican si mediar una autorización previa o el pago de las correspondientes tarifas establecidas por la Ley. Es así, que en su operativa, la SCD otorga licencias generales para el uso de obras de su Repertorio a los particulares interesados y, en caso contrario, hace exigible dichos derechos, muchas veces en forma judicial, en relación con quienes no obtienen dicha autorización ni pagan la tarifa correspondiente. Por su parte, muchas agrupaciones gremiales, en particular las que representan a las pequeñas y medianas empresas, que por lo general son las más afectadas, han puesto algunas objeciones a las acciones de cobro hechas valer por la SCD, en razón de estimarlas abusivas²⁶. No obstante lo abusivo que pueden llegar a ser dichos cobros, los tribunales han dirimido los conflictos no siempre con acierto ni consistencia, según veremos en el desarrollo de este capítulo.

Como hemos sido reiterativos a lo largo de esta AFET, el titular de los derechos de autor tiene el derecho exclusivo y excluyente de la comunicación pública de su obra, concepto de ésta última que hemos entregado a nivel legal y doctrinal en el capítulo anterior. Asimismo, es alternativamente el titular del derecho o la entidad

²⁶ Intervención de Rafael Cumsille, Op.cit.

de gestión colectiva, los sujetos activos de la acción en caso de infracción de este derecho patrimonial, consistente en dar a conocer a una pluralidad de personas y por cualquier medio, las imágenes, sonidos o cualquier otra representación del contenido de una obra protegida bajo el amparo de la Ley. En cuanto a quién es obligado a la obtención de autorización y pago de tarifas correspondientes, el artículo 21 de la Ley ha previsto que quien tiene la explotación de un recinto o medio de comunicación, podrá obtener la autorización necesaria de las entidades de gestión colectiva de derechos y deberá pagar a las mismas. En específico y de acuerdo a lo señalado precedentemente, la norma prescribe 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 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"*, lo anterior sin perjuicio de la autorización individual del autor para utilizations singulares de sus obras.

Así, en el caso del recinto conocido como "CasaPiedra" de la ciudad de Santiago, cuyo giro principal es el arrendamiento del espacio físico para eventos en los cuales previsiblemente se emplea obras musicales protegidas por derechos de autor, la empresa administradora del recinto fue obligada al pago²⁷, aun cuando se eximia de toda responsabilidad en el contrato suscrito con sus arrendatarios esporádicos²⁸. La disposición recién mencionada parece establecer una

²⁷ Corte Suprema, "SCD vs. Cheffco S.A.", 718-2009, 27 de enero de 2011, sentencia de casación, considerando 9°. En contra, véase el voto disidente del mismo fallo, en que se argumenta que la sociedad administradora del recinto CasaPiedra no estaba obligada al pago de derechos porque la conducta gravada en el artículo 21 de la Ley N° 17.336 es la de quien lucra con el uso del repertorio musical, no la de quien lo hace con el arriendo de inmuebles.

²⁸ *Ibíd.*, considerando 11°, que reconoce la inoponibilidad de la cláusula contractual suscrita entre CasaPiedra y sus arrendatarios en relación con los derechos representados por la entidad de gestión colectiva de derechos autorales.

responsabilidad conjunta o más bien solidaria del propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario o de quien explote el recinto, a efectos de garantizar el efectivo resguardo de los derechos de autor. Sin perjuicio de lo anterior, es bastante dudoso que el legislador haya intentado requerir de cada uno de ellos la obtención de una autorización y un pago de tarifas adicionales; al contrario, lo razonable es suponer que el pago efectuado por uno de ellos beneficia a los restantes, tal cual opera en las obligaciones solidarias del Código Civil, respecto del uso en cuestión.

En materia de derechos de autor, el primer inconveniente al que se ha visto enfrentado la jurisprudencia, está relacionado con el sujeto pasivo de la obligación, consistente en el pago de los derechos autorales, en cuanto a determinar si el concepto comunicación pública incluye la retransmisión final de la comunicación efectuada por un tercero, tal como un servicio de música ambiental o una simple radioemisora. En términos concretos, conviene preguntarse ¿debe un restaurante o un pub o cualquier otro establecimiento realizar el pago de derechos de autor para mantener encendido un radiorreceptor para el disfrute y mantenimiento de su clientela? La respuesta no pareciera ser uniforme, toda vez que tiene complicaciones adicionales cuando se discute el carácter público de dicha comunicación en un recinto privado, materia que ya abordamos a propósito de la eventual tensión de constitucionalidad entre los derechos de autor con otras garantías constitucional, al momento que distinguimos entre comunicación pública y privada, los alcances de cada uno y sus excepciones como garantía. En relación a lo anterior y a modo de ejemplo práctico, debemos preguntarnos ¿Debe pagar un hotel por poner a disposición de sus huéspedes un equipo de televisión en sus habitaciones?

En el año 2001, el conocido Mercado La Recova de la ciudad de La Serena, fue condenado a pagar derechos autorales a la SCD, a pesar que la comunicación efectuada por la administración de dicho establecimiento se hacía en virtud de un contrato de servicios de musicalización provisto por un tercero, la empresa

Scamusica²⁹. Según la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, la retransmisión en un espacio público como el mercado requería de una licencia independiente a aquélla concedida a la empresa que provee el servicio de música ambiental. No obstante de ello y en una muestra de la falta de uniformidad de por parte de la jurisprudencia nacional, años después, en el caso del autoservicio de carretera "*Am-Pm*", la Corte Suprema rechazó una demanda bajo análogas circunstancias, pues la autorización concedida por la SCD a Scamusica "*necesariamente incluye la utilización de las obras musicales protegidas que lleven a cabo los abonados*", siendo improcedente requerir una segunda autorización y consecuentemente un pago de tarifa de éstos³⁰.

La jurisprudencia sentada por la Corte Suprema en el fallo "*Am-Pm*" fue de vital importancia, toda vez que subentendía que, en el caso de los servicios de musicalización ambiental de pago, es la empresa prestadora de servicios la responsable de obtener autorización y pagar derechos autorales para la difusión de las obras en recintos de terceros, pero que a la vez no requería efectuar un nuevo pago y requerir una nueva autorización en el caso de que se retransmita una obra del repertorio de la entidad de gestión colectiva. Lo anterior es particularmente cierto, cuando en el caso de autos, dicha empresa estaba autorizada por la SCD para ofertar servicios de musicalización.

Asimismo han existido casos que respaldan la decisión del caso "*Am-Pm*", en el sentido que la Corte Suprema ha rechazado otros casos en que se plantea la comunicación pública a través de la simple transmisión de una obra puesta a disposición por un tercero. Es el caso seguido en contra de la conocida tienda "*Blockbuster*", donde el máximo tribunal rechazó que la demandada debiese pagar derechos autorales por la exhibición de los "*trailers*" de películas, cuyas bandas sonoras incluían obras del Repertorio de la entidad de gestión colectiva. En este

²⁹ Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Sociedad Agrocomercial Limitada", 24513-2000, 12 de septiembre de 2001: acoge demanda de pago de derechos autorales por la transmisión de obras musicales en el Mercado de la Recova de La Serena a través de servicios provistos por Scamusica.

³⁰ Corte Suprema, "SCD vs. Soc. Com. Jeria y Cía Ltda.", 4898-2008, 29 de octubre de 2010, sentencia de reemplazo, considerando 3º: rechaza demanda de pago de derechos autorales por la transmisión de obras musicales en el Autoservicio Am-Pm, ubicado en la Panamericana Sur, provistos a través de Scamusica.

caso, la decisión explícitamente rechazó un doble pago, al señalar "*no procede un nuevo pago por tales derechos puesto que dicha remuneración, como se estableció, correspondió en su oportunidad al creador de la obra que contiene la banda sonora*".³¹ En este caso la Corte tomó en consideración que los productores cinematográficos ya habían cumplido las obligaciones de derechos de autor en el momento que obtuvo la autorización correspondiente y como es el mismo productor quien realizó el respectivo pago sobre la música a los compositores incorporada en sus películas.

Cabe preguntarse entonces del porqué el razonamiento de la Corte Suprema no ha podido trasladarse y asentarse en forma aceptada y permanente en otros casos en que determinados establecimientos de distinta naturaleza no hacen sino transmitir obras, que son puestas a su disposición por servicios provistos por terceros, tales como empresas de cable, canales de televisión, y radioemisoras. Estas empresas presumiblemente disponen de la adecuada autorización de la entidad de gestión colectiva de derechos, para comunicar obras de su repertorio, incluso si la recepción y decodificación de su señal se verifica más allá del living de nuestro hogar. De este modo, por ejemplo, un bazar que simplemente mantiene encendido el radioreceptor no debiera ser forzado a efectuar un pago ni a la obtención de una autorización adicional, toda vez que donde existe la misma razón debiera haber la misma disposición. Desafortunadamente, no existe una línea jurisprudencial consistente y única al respecto.

Así en cambio y para reafirmar la falta de un criterio jurisprudencial uniforme, en diversas ocasiones los tribunales de justicia nacionales han impuesto la obligación de obtener autorización y pagar derechos de autor a pequeños establecimientos comerciales que mantienen encendidos sus radioreceptores o televisores en forma permanente. Así, por ejemplo, en el caso de un establecimiento de

³¹ Corte Suprema, "SCD vs. Blockbuster Video Internacional Corporation Chile Ltda.", 2764-2010, 30 de septiembre de 2010, considerando 4º

comidas³², un restaurante³³, una fuente de soda³⁴, un café³⁵, un local de venta de empanadas³⁶, una panadería³⁷, etcétera³⁸. En todos estos casos, los establecimientos demandados sintonizaban la radio o televisión dentro de su recinto, haciéndose responsables de la comunicación al público de las obras musicales, aún si la entidad de gestión colectiva de derechos había autorizado ya a las radioemisoras o canales de televisión sintonizados.

Capítulo aparte merece el caso de los establecimientos hoteleros, donde ha habido una mayor uniformidad jurisprudencial, que por el solo hecho de disponer de equipamiento musical y televisivo para uso de sus huéspedes en las habitaciones ha sido suficiente para atraer la censura judicial y ser condenados al pago de derechos autorales, rechazando el argumento que la comunicación en cuestión no es pública dada la privacidad de las habitaciones³⁹ y adoptando en

³² Corte Suprema, "SCD vs. Jesús Sanhueza Acuña", 7378-2008, 28 de julio de 2010, considerando 3º: rechaza el recurso pues "en el negocio de comidas de la demandada se difundían obras musicales protegidas mediante un radio receptor conectado a parlantes".

³³ Corte de Apelaciones de Arica, "SCD vs. Aurelia Alcón", 14- 2007, 30 de mayo de 2007: acoge la demanda contra la dueña del Restaurante Yuri de Arica, por difundir obras musicales en su establecimiento a partir de las transmisiones de televisión por cable. Véase también Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Feng Ermei", 811-2008, 21 de enero de 2009 (contra restaurante de comida china Sheng Chang).

³⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, "SCD vs. Juan Carlos Valenzuela Letelier", 22396-2004, 7 de noviembre de 2005: acoge demanda contra Fuente de Soda La Boca Loca, en la ciudad de San Fernando, por usar y difundir al público obras musicales de diversos autores del repertorio administrado por la demandante, mediante el empleo de un receptor de radio y otro de televisión.

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, "SCD vs. Sociedad Rubio y Ramos Ltda.", 888-2004, 27 de julio de 2004: acoge la demanda en contra del Café Silvestre, ya que la ejecución de obras mediante el empleo de un receptor de radio y la colocación de altoparlantes a fin de difundir música ambiental es una "comunicación pública propia e independiente de la comunicación que efectúa el primer trasmisor, en el caso, la radioemisora".

³⁶ Corte Suprema, "SCD vs. Roberto Figueroa Quezada", 7179-2008, 22 de julio de 2010: acoge la demanda en contra del local de ventas de Empanadas de Emeterio II, en el cual se difunden al público obras musicales contemporáneas.

³⁷ Corte Suprema, "SCD vs. Soc. Com. e Ind.", 2374-2009, 28 de marzo de 2011: acoge la demanda contra Panadería Pancal por disponer al interior de su establecimiento de dos parlantes y un altavoz a través de los cuales se escuchan radioemisoras locales.

³⁸ Véanse, por ejemplo: Corte Suprema, "SCD vs. Supermercado Algarrobo Ltda.", 2077-2008, 28 de septiembre de 2009: acoge la demanda por la ejecución de obras a través de parlantes de un restaurante; Corte de Apelaciones de Santiago, "SCD vs. He Zhi Da y otros", 2211-2009, 28 de enero de 2010: acoge la demanda en contra de un pequeño local de comida china capitalino, por la utilización masiva y comunicación al público con altavoces o parlantes de obras musicales de creadores nacionales y extranjeros, sin autorización.

³⁹ Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Hotel La Herradura", 91-2007, 22 de junio de 2007, considerandos 2º y 4º: se condena al demandado porque en "el establecimiento del demandado se escucha, en las diferentes habitaciones música, la que es difundida por medio de televisores", y rechaza el carácter privado de la comunicación, pues ella se "utiliza para promover el giro del negocio, y con un claro afán de lucro".

cambio el argumento del que los hoteles están compuesto por espacios comunes, salas de estar, y habitaciones, considerándosele un lugar único e indivisible, por lo que debe ser considerado público y subsumiéndolo en el concepto de comunicación pública⁴⁰.

Sin embargo, casos muy particulares de la jurisprudencia han rechazado las acciones de cobro de derechos autorales emprendidos en contra de este tipo de establecimientos, cuando ellos se limitan a encender un radioreceptor, como es el caso del "*Café Vizzio*", donde la Corte rechazó la demanda porque "*extender –en la práctica– la carga legal del pago del derecho hasta el momento en que se enciende un aparato de radio, resulta injustificado y carente de basamento jurídico*"⁴¹. Este caso sugiere, al igual que el caso "*Am-Pm*", sería improcedente requerir una segunda autorización y pago de tarifa por simplemente sintonizar una radio o canal de televisión, en caso contrario habría un doble pago que es indebido.

En el caso del "*Café Vizzio*", la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique incorporó otro argumento, en nuestra opinión más acorde a la realidad, para rechazar la demanda: el establecimiento demandado no es de aquéllos en que "*se encuentra incorporada la emisión de piezas musicales para el entretenimiento del público*"⁴². El fallo de esta manera introduce un criterio para diferenciar entre los

Véase también Corte Suprema, "SCD vs. Sociedad Hotelera Celedón Limitada", 6.389-2008, 7 de abril de 2009: rechaza el recurso intentado por la demandada contra el fallo que le condenó a pagar derechos de autor por la utilización de obras musicales comunicadas al público mediante receptor de televisión; y, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, "SCD vs. Karjukar S.A.", 372-2009, 27 de noviembre de 2009: condena a la demandada por comunicar obras musicales del repertorio de la demandada, a través de receptores de radio y televisión, además de parlantes, ubicados en habitaciones del Hotel Le Mirage.

⁴⁰ Corte Suprema, "SCD vs. Sociedad Hotelera Valle Del Encanto Limitada", 86-2006, 26 de marzo de 2007, considerandos 14 y 16. Véase también, Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Pedro Campos Correa", 909-2007, 11 de diciembre de 2007, considerando 9º: condena a la demandada por mantener equipos de televisión a disposición de sus huéspedes en "Cabañas La Herradura" a través de los cuales se difunden obras empresas por los respectivos canales de televisión, sin que las licencias o autorizaciones concedidas a éstos puedan hacerse "extensivas a otro utilizador del mismo, porque se trata de dos actos distintos y separados de comunicación pública"; y, Corte de Apelaciones de La Serena, "SCD vs. Soc. de Inv. Geomovi de Elqui", 339-2008, 25 de agosto de 2008: condena a la demandada por análogas circunstancias en "Cabañas Yunkay".

⁴¹ Corte de Apelaciones de Iquique, "SCD vs. Soc. Com. Vasilma Ltda.", 187-2004, 26 de abril de 2006, considerando 8º.

⁴² *Íbid*

establecimientos que estarían obligados a un pago y aquéllos que no: el grado de conexión entre la emisión musical y el entretenimiento brindado al público, en otras palabras, que tan incidental resulta la comunicación pública de la obra musical en el giro del establecimiento. Así, prosigue el fallo en cuestión, estarían obligados "*un local nocturno, discotheque (sic), un pub (sic), un restaurante o algún otro semejante que utilice para su giro la música*", mientras un café no lo estaría⁴³. El criterio judicial, que carece de sustento en el texto de la Ley, introduce un criterio más de razonabilidad, consistente en que aquellos establecimientos en que la música forma parte esencial del giro del negocio deben estar obligados a la obtención de autorización y pago de tarifas por derechos autorales; en cambio, aquéllos en que tal uso no es esencial deben quedar excluidos de tales obligaciones.

La generalidad de la jurisprudencia nacional parte del amplio concepto de comunicación pública y constata que las disposiciones de la Ley sobre derechos de autor no incluyen una excepción que permita a pequeños y medianos establecimientos comerciales encender sus radiorreceptores ni televisores sin que medie autorización del titular de los derechos de autor o la entidad de gestión colectiva de derecho que le represente. Tras ello, se obliga a dichos establecimientos a requerir autorización y pagar tarifado, incluso si las radioemisoras y canales de televisión han obtenido tal autorización y pagado por ello. Este criterio jurisprudencial, resulta excesivo e instituye un injusto doble pago y por ende un enriquecimiento sin causa por parte del titular y por parte de las entidades de gestión colectiva.

El criterio jurisprudencial que, sobre la base de comunicación pública, obliga a los establecimientos comerciales requerir de una autorización y soportar un nuevo pago es del todo excesivo, pudiendo en el largo plazo crear una medida exclusoria para establecimientos de menor tamaño y sin la capacidad económica para soslayarlo. Pero planteado así y sin contar con una excepción clara y categórica

⁴³ Ibid

podríamos conceptualmente, caer en el absurdo de requerir el pago de derechos autorales al automovilista que mantiene su radio encendida, a quien canta canciones por teléfono móvil. Con acierto, algún legislador reclamaba que la aplicación estricta de la norma resultaría aplicable a quien silba una melodía en la calle, así como fue aplicada "*al dueño de un taller de bicicletas... que durante la realización de sus labores sintoniza una radio*"⁴⁴. Cualquiera de dichas situaciones, aun siendo técnicamente una comunicación al público, está más allá de la protección que el legislador ha querido brindar a los creadores.

El criterio jurisprudencial es particularmente injusto cuando requiere un doble pago, es por ello que merecen el calificativo de loable y acertado la jurisprudencia de minoría (en el caso del "*Café Vizzio*") y en casos análogos (como los casos de "*Blockbuster*" y "*Am-Pm*"), los cuales como ya hemos señalado, han rechazado el pago por mera transmisión de obras, cuando los derechos han sido ya pagados por el tercero que provee servicios de musicalización. Posiblemente, es razonable requerir pago de aquellos establecimientos en que la difusión de obras es parte esencial de su giro, pero la jurisprudencia ha extendido el pago más allá y los cobros llegan a todo tipo de establecimientos. Una interpretación finalista de la regulación de derechos autorales debería rechazar dichos cobros por constitutivos de un enriquecimiento sin causa, una doctrina que goza de amplia aceptación en nuestra doctrina y jurisprudencia⁴⁵.

2. DERECHO COMPARADO.

⁴⁴ Intervención del Senador Coloma, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las Empresas de Menor Tamaño (2010), pp. 702.

⁴⁵ Barrientos, J., El pago de lo no debido en el Derecho chileno (Santiago, LexisNexis, 2003), pp. 19-22, donde cita la doctrina del enriquecimiento sin causa en conexión con el pago de lo no debido en la literatura nacional; Ducci, Carlos, Derecho civil: Parte general (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 32-33, donde se refiere al enriquecimiento sin causa como principio fundamental del Derecho con amplia base en la jurisprudencia y disposiciones del Código Civil; Alessandri, A. - Somarriva, M. - Vodanovic, A., Tratado de las obligaciones (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2001), I, pp. 61-63.

Para analizar la situación del estándar de la comunicación pública en el derecho de autor en relación a las Excepciones, analizaremos las legislaciones de México y los Estados Unidos de América.

Es así como en México, la ley prevé un amplio número de excepciones y limitaciones a los derechos de autor⁴⁶ y por ende a la comunicación pública. Una de ellas permite el uso de obras en establecimientos abiertos al público que comercialicen ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión, la utilización tenga fines promocionales, y no exceda del recinto en cuestión⁴⁷. Otra excepción permite a una empresa menor o una microindustria la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato mono receptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados, siempre que no medie cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios, ni se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro⁴⁸. En otros términos, la ley mexicana permite a las pequeñas y medianas empresas mantener encendidos sus radiorreceptores y televisores para disfrute de sus dependientes y clientela, sin autorización ni pago, bajo determinadas circunstancias.

En la legislación de Estados Unidos, la *Copyright Act* de 1976 establece una excepción que permite a restaurantes, bares, oficinas, y otros establecimientos comerciales la recepción radial o televisiva a través de aparatos usualmente empleados en el hogar, siempre que no medie cobro para ver u oír la transmisión⁴⁹, es decir se asemeja en un sentido a las Excepciones de la legislación chilena, en cuanto a que se limitará la comunicación pública de obra protegida en la medida que no haya un ánimo de lucro, pero por otro lado dicha excepción se hace extensible cuando no exista un cobro directo por la transmisión de esa obra. La excepción tiene su origen en la decisión previa de la Corte

⁴⁶ Serrano, Fernando, Nueva Ley federal del derecho de autor (México, Porrúa, 1998), pp. 163-170 (analiza las limitaciones a los derechos patrimoniales de autor en la legislación mexicana).

⁴⁷ Ley federal del derecho de autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996 (texto actualizado al 27 de enero de 2012), artículo 149.

⁴⁸ *Ibíd.*, artículo 150

⁴⁹ §110(5) (A) U.S. Copyright Act.

Suprema de Estados Unidos, que rechazó la demanda intentada contra el dueño de un pequeño local de comida rápida, quien había instalado un radioreceptor y cuatro parlantes en su establecimiento para disfrute de sus dependientes y clientela. La Corte Suprema de Estados Unidos, resolvió que el demandado era la audiencia de la obra que se encontraba en el local y no el comunicador de las obras, y que *"la extracción de múltiples pagos iría demasiado lejos para la protección de los titulares de derechos autorales"*⁵⁰.

En definitiva, las experiencias de México y Estados Unidos nos ofrecen elementos suficientes para diseñar excepciones que permitan la comunicación públicas de obras protegidas por derecho de autor, delimitándolas en favor de los comunicadores, que son los que padecen costos más significativos por derechos y eventuales litigaciones en tribunales de justicia. Segundo, el uso debe quedar circunscrito al recinto del establecimiento en cuestión. Tercero, el establecimiento no puede cobrar ni obtener beneficio económico directo por la transmisión, lo cual importa excluir de entre sus beneficiarios a aquellos establecimientos en que la música constituye un elemento esencial de la prestación de servicios, tales como discotecas y bares.

⁵⁰ Twentieth Century Music Corp. v. Aiken", 422 U.S. 151 (1975). Véase Gorman, Robert - Ginsburg, Jane, Copyright: Cases and Materials (7ª edición, Nueva York, Foundation Press, 2006), pp. 700-703.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DE LAS CAUSAS ENTRE LA ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES Y LAS CADENAS DE HOTELES.

1. ANÁLISIS GENERAL DE LAS CAUSAS.

Conviene de manera preliminar y en orden de tener un mejor entendimiento de lo pedido por EGEDA, identificar cuáles son los derechos de autor que pudieran tener lugar en el uso de los televisores que se encuentran en los espacios comunes y habitaciones de los hoteles.

De acuerdo a lo anterior, el cobro por concepto de comunicación pública se generaría por la existencia de aparatos de televisión que proveen de acceso a los huéspedes de un hotel, a señales difundidas por operadores de cable y concesionarios u organismos de televisión de libre recepción que mantienen los hoteles en lugares comunes, así como en las habitaciones.

Un importante antecedente jurisprudencial a este respecto, dice relación con la tramitación de la causa Rol C-20351-2013, seguida ante el 7° Juzgado Civil de Santiago, en donde EGEDA interpuso una demanda al operador de cable o permisionario de servicios limitados de televisión VTR, por el pago de derechos de autor. La importancia de lo anterior, radica principalmente en que dicha demanda, EGEDA, exige el pago por concepto de derechos por comunicación pública que realiza el operador de pago, respecto a las señales de televisión de libre recepción.

Ante lo anterior, un primer punto a analizar, dice relación con el posible doble pago que estaría haciendo un hotel por concepto de comunicación pública, toda vez que EGEDA debe realizar el cobro o al operador de cable o al hotel, pero no puede cobrar a los dos en la medida que el acto de comunicación pública es uno solo. Esto debido a que si el operador de cable paga a la entidad de gestión colectiva

y/o ha pagado al programador extranjero que da su señal y por el mismo derecho se le cobra al hotel, surge la duda sobre que fundamento estaría pagando el hotel al operador de cable.

En el caso de las organismos de radiodifusión de libre recepción se ha señalado que el operador de tv paga no hace un nuevo acto de comunicación pública al ser la señal abierta redifundida en forma íntegra, simultanea e inalterada.

De acuerdo a lo anterior, la señal abierta, al emitir su emisión de programas u obras audiovisuales, ya cuenta con los derechos de los productores audiovisuales.

Como se resolvió en la causa Rol N° 8477-2011 seguida ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia⁵¹, en el considerando vigésimo cuarto "*la señal (abierta) se recoge sin alteración alguna, por un medio técnico que es el cable, no se realiza una nueva emisión, puesto que aquella que emite la concesionaria y la que recogen los usuarios es exactamente la misma, que corresponde a la puesta en el aire para el acceso libre y universal de todos los habitantes del territorio nacional*".

Así las cosas, si EGEDA demandó a un operador de TV paga, el cual a su vez es un proveedor de un Hotel, y si está claro que no hay un nuevo acto de comunicación pública por la redifusión que hace el cable, no se entendería por qué EGEDA intenta cobrar dos veces un mismo derecho, de existir tal derecho además.

Lo anterior ha sido refrendado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, al señalar en sentencia de fecha 29 de octubre de 2010, en causa Sociedad

⁵¹ Recurso de casación que rechazó demanda por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual presentada por la entidad pública Televisión Nacional de Chile (TVN), en contra de operadora de TV cable VTR Banda Ancha S.A., por el uso de la señal del canal estatal en la parrilla de la televisión de pago.

Comercial Jeria & Compañía Limitada contra Sociedad Chilena del Derecho de Autor⁵², que:

“Undécimo: Que encontrándose acreditado en autos que la demandada contrató los servicios de otra empresa, “Scamusica Ltda.” para que le proporcionara música ambiental para su local comercial y los elementos para escucharla, proveedor que a su vez detentaba la autorización previa para ese comercio otorgado por la propia demandante mediante el pago de las tarifas pertinentes, forzoso es concluir que la recurrente no necesitaba obtener una nueva autorización para la difusión de la música en su establecimiento, porque ella no podía sino estar incluida en la habilitación previa obtenida por su proveedor de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor.”

Si cobra al permisionario de servicios limitados de televisión, en el caso analizado VTR, siendo un mismo el acto de emisión de la televisión abierta, estaría demandando un pago adicional y doble en el caso del hotel.

2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS FALLOS OBJETO DE ANALISIS.

Tal como lo hemos señalado con anterioridad, en las causas de EGEDA con cadenas de hoteles que están siendo actualmente conocidos por los juzgados civiles de Santiago, éstos últimos aún están mostrando una falta de uniformidad en sus fallos, lo que evidentemente nos obliga a que las propuestas para regularizar la situación, de manera de otorgar mayor certeza jurídica, deban darse ya desde un nivel legal, por medio de la modificación de la Ley.

Así las cosas, podemos encontrar fallos de los tribunales civiles que: (i) adhieren a la posición que las habitaciones de hotel son un lugar público haciéndoseles aplicables los cobros por concepto de comunicación pública; y (ii) la posición que

⁵² Causa rol ingreso Corte N° 4898-2008.

si bien las habitaciones de un hotel son un lugar público pero no se le hace aplicable el concepto de comunicación pública atendido a que ellas no realizan la retransmisión de las obras audiovisuales.

2.1. Causa Rol C-10557-2013 caratulado EGEDA con Hotel Corporation of Chile S.A. (Hotel Hyatt) ante 29° Juzgado Civil de Santiago.

En esta causa, el tribunal desestimó la demanda atendido a que la transmisión de obras audiovisuales en hoteles no se encuadra dentro de las hipótesis de comunicación pública establecidas en la Ley, lo anterior por:

(i) La transmisión obedece a la parrilla programática que los canales organizan y el servidor de televisión por cable no distribuye necesariamente las obras protegidas.

(ii) Para el caso que dichas obras sean efectivamente transmitidas dentro de la programación de un canal de televisión por cable, que se pone a disposición de los pasajeros del hotel, dicha transmisión no cumple con lo exigido para la Ley, que es que para que un acto constituya comunicación pública, el televidente debe poder acceder a la obra protegida, desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, y en el caso de los canales de televisión por cable, una vez finalizada la transmisión, el televidente no podría reproducirla de nuevo, ni adelantar la programación definida por el operador de cable o por la cadena de televisión que organiza la programación.

(iii) La comunicación pública se acota a la protección de una obra específica, y no comprende a la programación de un canal, el que sin duda deber contar con las correspondientes autorizaciones para la incorporación de obras protegidas en su parrilla programática.

(iv) Reconocer la comunicación pública, importaría gravar a los hoteles con el costo de la autorización de obras ante su eventual e incierta exhibición ya que no puede saberse con la certeza requerida la programación que sintonizará cada

pasajero, que bien puede elegir por ejemplo una obra o película que por su antigüedad de más de 70 años sea de repertorio público ya no protegido.

(v) El acto de comunicación pública, resulta incierta y eventual, toda vez que nada segura que el pasajero del hotel encienda el televisor, por lo que proceder a los pagos de autorización por derechos de autor constituyen un gravamen, que se estima que no ha sido objeto de regulación.

2.2. Causa Rol C-13993-2013 caratulado EGEDA con ACCOR CHILE (Hotel Ibis Estación Central) ante 22° Juzgado Civil de Santiago.

En esta causa y en similares términos a la señalada en la causa del numeral anterior, el tribunal desestimó la demanda atendido a que si bien la transmisión de obras audiovisuales en hoteles no se encuadra dentro de la hipótesis de la excepción del artículo 71 N de la Ley, debido a que de los antecedentes que constan en la causa, *“no es posible homologar la utilización de las obras, a la referida en el artículo previamente reseñado por lo que no podrá ser acogida por exigirse expresamente ésta disposición que la utilización de las obras se efectúe sin fines lucrativos, requisito que no concurre en la especie, atendida la naturaleza de los servicios que presta la demandada”*⁵³.

En cuanto a si la utilización de las obras exhibidas por Hotel Ibis Estación Central-Santiago constituyen o no un acto de comunicación pública, el tribunal en su sentencia definitiva señaló que habiéndose *“contratado un servicio de televisión por cable, lo que implica que el operador del cable vuelve al hotel receptor de una señal codificada, la que a su vez distribuye a las distintas habitaciones, donde el usuario sólo puede utilizar la parrilla programática ya predeterminada por el emisor de la trasmisión y sólo a partir de ello podrá seleccionar un canal, y la exhibición de un determinado programa u obra audiovisual, que ese canal transmite y sólo a esa hora la transmite, sin tener el huésped la posibilidad de elegir la hora o día en*

⁵³ Considerando décimo cuarto de la sentencia dictada con fecha 23 de diciembre de 2015.

que la verá, ni tampoco tiene la posibilidad de editarla ni intervenirla, limitándose entonces así la libre elección, no siendo facultativo de la demandada elegir la programación que podrá ver el huésped. De acuerdo a estos hechos, (...) **no se ha producido la comunicación pública**, primero porque la transmisión es respecto de una programación previamente fijada y segundo, y más importante, que el público no puede acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, ya que una vez finalizada la transmisión el televidente no podrá reproducirla de nuevo, ni adelantar la programación definida por el operador de cable o por la cadena de televisión que organiza la programación” (Lo destacado es nuestro).

Si bien, la sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el tribunal de segunda instancia incorporó nuevos criterios, por cuanto si consideró que la transmisión de las obras era subsumible en la excepción del artículo 71 N de la Ley, al señalar “que *Hotel Ibis se limita a poner aparatos de televisión a disposición de sus pasajeros para que éstos, si lo desean, accedan desde sus habitaciones a una programación determinada por los programadores (...) tal como lo harían en sus propios domicilios, es decir, se trata de una comunicación asimilable a la de un núcleo familiar, en razón del ámbito privado o íntimo que reviste una habitación de hotel*”⁵⁴.

A mayor abundamiento, la Corte de Apelaciones de Santiago señala que el Hotel Ibis no realiza comunicación pública de obras del repertorio de EGEDA, toda vez que los huéspedes “*podrán ver la programación que entrega la empresa de TV cable del mismo modo que lo haría cualquier suscriptor desde su domicilio particular, o un paciente desde la pieza de una clínica que disponga de aparatos de televisión. En consecuencia, los pasajeros de un hotel no constituyen un público distinto que supone un acto de comunicación pública del hotel hacia ellos, nuevo y distinto del acto de comunicación pública que realiza el operador de*

⁵⁴ Considerando tercero de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2042-2016, de fecha 9 de febrero de 2017.

*cable*⁵⁵. Lo anterior por cuanto el Hotel Ibis “no inicia, no participa ni incide en la comunicación pública que comienza con la exhibición de una obra audiovisual que realiza el operador de cable respecto de la parrilla programática que ofrece – empresa de servicios de televisión que en su oportunidad sí debió adquirir los derechos de autor y franquicias pertinentes y que concluye con su percepción por los pasajeros a través de un aparato de televisión”⁵⁶.

2.3. Causa Rol C-10794-2014 caratulado EGEDA con Comercial Maifa Limitada (Hotel Diego de Almagro) ante 23° Juzgado Civil de Santiago.

A diferencia de las causas antes señaladas, esta causa reconoce una infracción a los derechos patrimoniales de los titulares de obras audiovisuales por parte del Hotel Diego de Almagro. Sostuvo el tribunal, en su sentencia definitiva:

(i) Que la alegación referida por parte del Hotel Diego de Almagro en cuanto a la inexistencia de actos de comunicación pública, atendido que la circunstancia que no obstante los televisores en donde se emiten las obras audiovisuales se encuentren en las habitaciones del hotel, no puede considerárseles como un recinto privado ya que el hotel como establecimiento presenta un acceso al que accede el público de forma general, atendido el giro que desarrolla un hotel, “*implica una rotación de pasajeros por cortos periodos de tiempo lo que lo transforma en una exhibición pública del material audiovisual que se encuentra protegido*”⁵⁷.(Lo destacado es nuestro).

(ii) Que en cuanto a la autorización y/o licencia de los derechos de autor de dichas obras para ser reproducidas, y el servicio que les provee la empresa cable, el tribunal señaló en relación al contrato de éste último, que dicho servicio es entregado para uso personal y privado de manera restringida al suscriptor sin que

⁵⁵ Considerando cuarto de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2042-2016, de fecha 9 de febrero de 2017.

⁵⁶ Idem

⁵⁷ Considerando duodécimo de la sentencia dictada por el 23° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 10794-2014, de fecha 22 de noviembre de 2016.

pueda constituirse en una fuente de lucro, lo que excluye la comunicación pública de la programación transmitida por la empresa de cable, no facultando por tanto el contrato para desarrollar dichas actividades y que la comunicación pública *“puede estar gravada con la obligación de pagar a las sociedades gestoras de derecho de autor”*⁵⁸ por tanto se vulnera lo establecido en el artículo 19 de la Ley, que establece que nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago señaló en resolución que confirmó el fallo del tribunal de primera instancia que el objeto de la Litis es justamente el tema de análisis de esta AFET, este es, la definición del concepto de comunicación pública y su delimitación, al respecto el tribunal de alzada señala que *“se opone a comunicación pública, la que se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Pero los actos de distribución de obras y grabaciones audiovisuales utilizando señales de televisión, en las modalidades de emisión, transmisión, radiodifusión por satélite, retransmisión y comunicación en lugares accesibles al público, caen dentro de los que se encuentran protegidos por la legislación de propiedad intelectual. Estos actos son de gestión colectiva obligatoria”*⁵⁹.

Asimismo el tribunal de alzada entrega nuevos elementos que configuran la comunicación pública por parte de los hoteles y consecuentemente el correspondiente pago por concepto de derechos de autor:

- No es asimilable la estadía en un hotel a la de un domicilio en particular, toda vez que quién aloja en un hotel no tiene en ningún caso la intención de radicarse, por lo que la condición de privacidad consustancial al domicilio no se configura.

⁵⁸ Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 490-2017.

⁵⁹ Idem.

- No es necesario que exista una exhibición simultánea de las obras, basta que ésta se produzca de manera escalonada y por diversos usuarios en el tiempo, para adquirir la condición de comunicación pública, aun cuando sea dentro del ámbito de la habitación de un usuario del hotel.

CAPÍTULO CUARTO

COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto a lo largo de esta AFET, pudimos constatar que la comunicación pública corresponde a un derecho exclusivo y excluyente por parte del titular de derechos de autor, y que se encuentra protegido a nivel de garantía constitucional. Al igual que el dominio en materia civil, los derechos de autor sobre una obra, otorga amplias facultades al titular, como por ejemplo usar y disponer en forma total o parcial de ella. Asimismo, si el titular se ve privado por una acción de terceros, el ordenamiento jurídico otorga herramientas de distinto tipo, tales como penal, civil e incluso por medio del recurso de protección.

Si bien hemos señalado que el derecho de autor, al estar protegido constitucionalmente y que cualquier excepción o limitación a él, debe interpretarse en forma restrictiva y sustentado por norma expresa, del mismo modo pudimos constatar que las Excepciones señaladas en el artículo 71 de la Ley, tienen una aplicación sólo en la medida que cumplan con los requisitos ahí señalados, lo que parece correcto, toda vez que muestra una armonía y concordancia con el precepto constitucional.

No obstante lo anterior, esta AFET pudo hacer constatar la falta de uniformidad jurisprudencial en esta materia por parte de los tribunales de justicia, en particular los fallos que dicen relación con el cobro de tarifas por concepto de comunicación pública de las obras que pertenecen a los repertorios de las entidades de gestión colectiva. Tal como ha sido señalado en esta AFET, los fallos han realizado una distinción artificiosa dependiendo de la naturaleza de la obra protegida, e incluso la falta de uniformidad se mantiene incluso en las causas donde EGEDA es demandante. Así las cosas, pudimos apreciar que en el caso de las obras musicales, los tribunales han mostrado o más bien han sido más propensos a dar lugar a demanda por el uso no autorizado de éstas, no realizando un detallado análisis (como si ha ocurrido en los casos de EGEDA) en cuanto a:

(i) El eventual doble pago que se pudiera realizar, por cuanto ya existe un pago realizado por ejemplo a los servicios de televisión por cable.

(ii) Relacionado con el punto anterior, la retransmisión, y por tanto no habría un nuevo acto de comunicación pública.

Dicho lo anterior, esta AFET propone con el objetivo de lograr un equilibrio entre acceso al acervo cultural-artístico y la protección desde el punto de vista de la propiedad intelectual para resguardar los derechos patrimoniales del titular del derecho de autor, insertar una serie de modificaciones a la Ley, consistentes en:

(i) Perfeccionar el catálogo de Excepciones de la comunicación pública. Se hace sumamente necesario en orden de uniformar el criterio jurisprudencial, agregar más y mejores excepciones al derecho de la comunicación pública de obras protegidas, dado que las decisiones judiciales tienen efectos relativos. Lo anterior, en el escenario legislativo actual, parece ser del todo sensato, toda vez que el texto de la Ley no hace distinción alguna en las situaciones de comunicación de obras protegidas, sobre si la comunicación pública de una obra protegida, se realiza por ejemplo dentro de un establecimiento cuyo giro principal es precisamente esa comunicación pública. Tomemos por un momento el ejemplo de la música y que es comunicada públicamente por una fuente de soda, cuyo giro de negocios no es bailar o aglomerar gente para ver un concierto ¿Debe esta fuente de soda pagar una tarifa en los mismos términos que lo hace una discoteca o una sala de ensayo de música donde el giro precisamente consiste en escuchar música y la gente paga una entrada o condiciona el consumo de otros productos a ello?

La actual redacción del artículo 100 inciso cuarto de la Ley establece “*Las entidades de gestión **podrán** diferenciar las tarifas generales según categoría de usuario, pudiendo fijarse además planes tarifarios alternativos o tarifas especiales mediante la celebración de contratos con asociaciones de usuarios, a los cuales*

podrá optar cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría. Las tarifas acordadas conforme a esta disposición deberán ser publicadas en el Diario Oficial". (Lo destacado es nuestro).

Es importante analizar el verbo facultativo en cuestión, toda vez que en el momento que existe una libertad en la fijación tarifaria por parte de las entidades de gestión colectiva, de acuerdo a lo establecido en artículo 100 inciso cuarto de la Ley, este cobro debe ser diferenciado dependiendo de la naturaleza del usuario. De otra forma, será facultativo para la entidad de gestión colectiva realizar cobros indiscriminadamente. Por lo anterior, la Ley debe establecer en modo obligatorio, realizar la diferenciación señalada anteriormente. Se propone en este caso reemplazar el término "**podrán**" por "**deberán**".

La propuesta entregada en esta AFET, consistente en la inserción de excepciones, tiene una causa legal, ya que tal como mencionamos, los instrumentos internacionales en materia de derechos de autor facultan a los países para establecer excepciones y limitaciones a los derechos de autor, en tanto se respeten determinadas condiciones (la regla de los tres pasos prevista en el "Convenio de Berna" y el "Acuerdo sobre los ADPIC"). Este es el estándar que debe ser ponderado al momento de establecer una excepción a favor de los usuarios de obras protegidas, a efectos de permitirles comunicar públicamente una obra protegida en sus recintos mediante el uso de dispositivos receptores de radio y televisión.

No obstante lo anterior, las excepciones deben "*circunscribirse a determinados casos especiales*", esto implica que ellas deben cumplir un propósito específico y determinado, por lo que no se admiten excepciones amplias que puedan cubrir usos u obras no contempladas en ella⁶⁰, de otra forma se estaría limitando el ejercicio legítimo constitucional del 19 N° 25.

⁶⁰ UNCTAD-ICTSD, Resource Book on TRIPS and Development (Nueva York, Cambridge University Press, 2005), p. 190.

Segundo, las excepciones no deben *"atentar contra la explotación normal de la obra"*. Por lo que las Excepciones al derecho de comunicación pública de los derechos de autor, deben necesariamente colocarse en determinados tipos de situaciones que la Ley no hace, como lo es por ejemplo el cobro de tarifas a establecimientos por el solo hecho mantener encendido una radio o televisión, toda vez que aquellos derechos ya fueron cobrados de la respectiva radioemisora o estación televisiva.

Tercero, las excepciones no deben *"causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos"*. En otros términos, las excepciones *per se* pueden representar perjuicios a los derechos de los titulares, ya que en definitiva restringen el carácter exclusivo y excluyente de los mismos. Sin embargo, se impide que estos perjuicios sean gravosos en términos injustificados⁶¹. De este modo y para evitar un daño en excesivo gravoso, la excepciones insertas de la comunicación pública debe estar bien delimitadas, en el sentido que solo deba beneficiar a aquellos establecimientos que el cobro tarifario resulte un excesivo gasto en su pago y en los eventuales gastos judiciales en caso de la interposición de una acción judicial ante un tribunal de justicia, así como también debiera está delimitado y dirigida la excepción a establecimientos que reporten ganancias de la comunicación de obras musicales, por ser parte esencial de sus servicios, tales como discoteques, pub, entre otros.

(ii) Cobros basado en uso efectivo del Repertorio y con un monto máximo permitido.

La legislación chilena, en lo que se refiere al establecimiento del monto de las tarifas por el cobro de derechos de autor, ha optado por el principio de la libertad de tarifaria, por cuanto ha entregado a las entidades de gestión colectiva, la facultad de fijar ellas mismas sus montos. En este sentido el artículo 100 inciso tercero de la Ley establece *"Las tarifas serán fijadas por la entidades de gestión, a*

⁶¹ *Ibíd.*, p 193.

través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial”.

El citado artículo, pone en una posición ventajosa y hasta cierto punto ilimitada a las entidades de gestión colectiva, toda vez que la Ley les ha entregado a éstas, una facultad irrestricta para la fijación del monto de las tarifas. Si bien el mismo artículo en su inciso quinto establece que “*Las tarifas correspondientes a usuarios (...) deberán estructurarse de modo que la aplicación de éstas guarde relación con la utilización de las obras (...) de titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva*” no establece que esas tarifas deban realizarse sobre una base de cálculo de uso efectivo, y en el caso específico de los casos analizados en esta AFET, el cálculo se realiza sobre el número de aparatos de TV disponibles⁶². Lo anterior evidentemente trae como consecuencia que los cobros pudieran no reflejar el real o efectivo uso de las obras de un Repertorio, por cuanto un televisor pudiera estar apagado la mayor parte del tiempo, no existiendo por tanto la certeza requerida que la programación que sintonizará cada pasajero de un hotel, considere obras que pudieran ser objetos de cobro, haciendo del acto de comunicación pública, incierta y eventual.

Finalmente y referido a este punto, se hace necesario que sea la misma Ley la que establezca un monto máximo de cobro por parte de las entidades de gestión colectiva, toda vez que la actual redacción le permite a éstas: (i) fijar unilateralmente los montos; y (ii) en caso contrario celebrar contratos de tarifas diferenciadas. Sin embargo en este último caso, existe una posición de ostensible desequilibrio en desmedro de los usuarios de obras protegidas, por cuanto en la eventualidad que se objeten las tarifas, la disputa se dirigirá a una mediación con sede administrativa al alero del Ministerio de Cultura. Así las cosas, de no lograrse un acuerdo, la entidad de gestión colectiva tendrá siempre la posibilidad de obtener la observancia en el pago del monto de la tarifa a través de la acción judicial en sede civil.

⁶² <http://www.egeda.cl/documentos/12.%20Tarifas%20EGEDA%20Chile.pdf>

(iii) Establecimiento de un sistema de cobro de Ventanilla Única.

Finalmente se hace necesario plantear la problemática legislativa que existe en torno a una eventual proliferación de entidades de gestión colectiva que pudiera haber con ocasión del cobro de la comunicación pública de obras cinematográficas. Lo anterior tiene como causa la actual redacción del inciso primero del artículo 27 de la Ley, la cual señala que “*Tendrán la calidad de autores de una obra cinematográfica la o las personas naturales que realicen la creación intelectual de la misma*” y que trajo como consecuencia (además de la incapacidad del productor, en su calidad de titular de derechos de autor, para resolver la correcta retribución económica con los demás coautores de la obra cinematográfica, a saber, el guionista, el autor del argumento, de la escenificación, de la adaptación, el de la música especialmente compuesta para la obra, y el director).

Es por lo anterior que con fecha 29 de octubre de 2016, fue promulgada y publicada en Chile la ley N°20.959 que modificó que extiende la aplicación de la Ley N°20.243 que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los interpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. En virtud de esta ley, los usuarios que realicen la comunicación pública de las obras cinematográficas deberán realizar el pago correspondiente ahora a los directores y guionistas, sumándose a los actores que ya estaban establecidos.

Así las cosas, el número de autores para efectos del pago por comunicación pública de obras cinematográficas podrían ir en aumento, tomando en consideración tal como lo señalamos la actual redacción del inciso primero del artículo 27 de la Ley, autores como maquilladores, diseñadores de vestuario, tramoyistas y otros, podrían engrosar las filas de cobros a usuarios, pudiendo del mismo modo constituir un gravamen casi imposible de soportar, sobretodo en empresas donde los márgenes de ganancias son bajos.

Una alternativa para dar solución a la problemática por la fricción existente entre las entidades de gestión colectiva y los usuarios de obras protegidas por la Ley (a lo menos desde el punto de vista administrativo), es la implementación del sistema conocido como de ventanilla única (en adelante “Ventanilla Única”), existente en la legislación de Colombia⁶³, donde se produce el traslado de la problemática desde el usuario a la entidad de gestión colectiva en la correcta asignación del pago, a través de un organismo público como intermediario. De esta manera, se puede designar por ejemplo al Ministerio de Cultura, como receptor de un pago único de los usuarios por concepto de derechos de autor y que sea el mismo Ministerio de Cultura, el encargado de realizar el posterior pago a las entidades de gestión colectiva de acuerdo al nivel de participación de los autores o ejecutantes en la determinada obra protegida o en su defecto establecer de antemano los porcentajes, replicando el modelo de distribución de las utilidades obtenidas a partir de la ejecución de los fonogramas del artículo 67 de la Ley⁶⁴.

En nuestro caso en concreto, el hotel debiera realizar un pago único al Ministerio de Cultura y posteriormente éste realizará el pago a las distintas entidades de gestión colectiva (EGEDA, SCD, ATN⁶⁵) quienes deberán obtener del pago realizado la proporción de acuerdo a su contribución en la obra objeto del pago, en la especie, la obra cinematográfica.

⁶³ Decreto de Ley anti trámites 0019 de 2012, que crea la Ventanilla Única de Recaudo de Derechos de Autor y Conexos (VID).

⁶⁴ Artículo 67 de la Ley señala que “La distribución de las sumas recaudadas por concepto de derecho de ejecución de fonogramas se efectuará en la proporción de un 50% para los artistas, intérpretes o ejecutantes, y un 50% para el productor fonográfico.

El porcentaje que corresponda a los artistas, intérpretes o ejecutantes se repartirá de conformidad con las siguientes normas:

- a) Dos tercios serán pagados al artista intérprete, entendiéndose como tal el cantante, el conjunto vocal o el artista que figure en primer plano en la etiqueta del fonograma o, cuando la grabación sea instrumental, el director de la orquesta.
- b) Un tercio será pagado, en proporción a su participación en el fonograma, a los músicos acompañantes y miembros del coro.
- c) Cuando el artista intérprete sea un conjunto vocal, la parte que le corresponda, según lo dispuesto en la letra a), será pagada al director del conjunto, quien la dividirá entre los componentes, por partes iguales.

⁶⁵ Sociedad de Directores audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos que representan la gestión de los derechos de autor de: (i) directores y guionistas de producciones audiovisuales; (ii) Dramaturgos, adaptadores y traductores de obras dramáticas; (iii) Escritores cuyas obras hayan sido adaptadas al género dramático o audiovisual; (iv) Compositores cuyas composiciones musicales sean especialmente realizadas para obras dramáticas o audiovisuales; y (v) Coreógrafos.

Lo anterior también ofrece garantías para el usuario de la obra, por cuanto el pago realizado a la autoridad gubernamental, significará una presunción en el cumplimiento de la obligación del pago, toda vez que significaría una licencia unificada de uso por cada una de las obras que componen los distintos repertorios de las entidades de gestión colectivas existentes. Asimismo implicaría una evidentemente disminución de la judicialización de los problemas asociados al pago de tarifas por parte de usuarios.

Del mismo modo el sistema de Ventanilla Única permitiría que sea la autoridad gubernamental, quien por medio de sistemas tecnológicos permitan establecer sistemas técnicos y muestras representativas del uso de los derechos en los distintos usuarios, generar una mayor transparencia en la gestión de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. "MESA REDONDA CON MARIO SOL MUNTAÑOLA (MODERADOR), JUAN JOSÉ MARÍN, JOSÉ CARLOS ERDOZAÍN, Y AGUSTÍN GONZÁLEZ", El Test de las Tres Etapas y la Comunicación Pública, en Copyright y Derecho de Autor: ¿Convergencia Internacional en un Mundo Digital? en Revista de Internet, Derecho y Política de la Universitat Oberta de Catalunya, 1 (2005), pp. 21-34 (donde se examina una regla similar existente en el derecho español).
2. ÁLVAREZ DANIEL. En "Busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor", en Documento de Política, 12 (Ginebra, Centro para el Comercio y el Desarrollo Sostenible, 2011);
3. BACHELET JERIA, MICHELLE. En Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual" (Boletín N° 5012-03), en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.435 Modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (2010), p. 8.
4. BARRIENTOS JAVIER. En "El pago de lo no debido en el Derecho chileno" (Santiago, LexisNexis, 2003), pp. 19-22, donde cita la doctrina del enriquecimiento sin causa en conexión con el pago de lo no debido en la literatura nacional; Ducci, Carlos, Derecho civil: Parte general (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 32-33, donde se refiere al enriquecimiento sin causa como principio fundamental del Derecho con amplia base en la jurisprudencia y disposiciones del Código Civil; Alessandri, A. - Somarriva, M. - Vodanovic, A., Tratado de las obligaciones (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2001), I, pp. 61-63.
5. CEA JOSÉ LUIS, en Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Página 195.
6. CUMSILLE RAFAEL, En intervención como presidente de la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile, en "Informe de las Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de Cultura y de las Artes de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto que modifica la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual", en Historia de la Ley N° 20.435, cit. (n. 15), pp. 155-156.
7. EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE, Los Derechos Constitucionales, Tomo 1, Tercera Edición, páginas 224 y 225.

8. SCHUSTER SANTIAGO y MAHÚ JORGE, Santiago de Chile, en Hilty, Reto - Nérison, Sylvie (editores), *Balancing Copyright: A Survey of National Approaches* (Heidelberg, Springer, 2012), pp. 233-254.
9. SERRANO, FERNANDO. En Nueva Ley federal del derecho de autor (México, Porrúa, 1998), pp. 163-170 (analiza las limitaciones a los derechos patrimoniales de autor en la legislación mexicana).
10. UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development* (Nueva York, Cambridge University Press, 2005), p. 190.
11. VIVANCO ANGELA, en *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, pág. 365.

NORMAS CITADAS

1. Constitución Política de Chile, de 1980.
2. Código Civil de Chile
3. Ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual, publicada en Diario Oficial de 2 de octubre de 1970.
4. Decreto N°277 que aprueba Reglamento de la Ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual, publicada en Diario Oficial de 28 de octubre de 2013.
5. Historia de la Ley N° 20.435 Modifica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (2010)
6. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
7. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, firmado el 6 de junio de 2003, publicado en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2003.
8. Ley federal del derecho de autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996 (texto actualizado al 27 de enero de 2012), artículo 149.
9. Copyright Act de 1976 de los Estados Unidos de Norteamérica.
10. Decreto de Ley anti trámites 0019 de 2012, que crea la Ventanilla Única de Recaudo de Derechos de Autor y Conexos (VID). Colombia.