



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

**TITULARIDAD EN EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE
OBRAS AUDIOVISUALES EN CHILE**

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

Luis Andrés Lobos Zapata

Profesor Guía: Santiago Carlos del Carmen Schuster Vergara

Santiago de Chile,

Octubre, 2022

A mis abuelos, padres, hermanos y amigos

por todo lo que significan

RESUMEN: La memoria describe y explora el panorama jurídico de los titulares de derecho de autor y derechos conexos en relación a los distribuidores de contenidos audiovisuales por la puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile. Consta de dos partes, un marco teórico acerca de la norma aplicable a la puesta a disposición de la obra audiovisual al público como forma de explotar bienes intelectuales, en virtud del cual se explica su origen y regulación a nivel internacional, junto con las normas del ordenamiento interno que lo regulan y las características propias que le dan la autonomía jurídica como acto de comunicar obras o prestaciones protegidas; un segundo capítulo busca responder cómo se resuelven las cuestiones de titularidad en relación al derecho de autor y de los derechos conexos o afines en el ejercicio del derecho de puesta a disposición interactiva de una obra audiovisual en Chile, partiendo por describir a las obras audiovisuales como objeto de protección del derecho de autor, determinar quiénes son sus autores y titulares, la forma de adquisición del derecho de autor, el régimen de autorización para ejercer el derecho, para finalmente profundizar en el derecho de mera remuneración que se reconoce a ciertos autores y artistas del sector audiovisual.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

METODOLOGÍA

CAPÍTULO I: NORMA APLICABLE	1
1. La puesta a disposición de obras y prestaciones al público en los Tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de 1996: Los “Tratados Internet”	1
1.1 Adopción del artículo 8 del TODA y de los artículo 10 y 14 del TOIEF	5
1.2 El problema de la categoría jurídica en las transmisiones interactivas y la llamada “Solución Paraguas” (“Umbrella Solution”)	9
2. Regulación de la puesta a disposición de la obra o prestación al público en Chile	14
2.1 Aspectos previos sobre derecho de autor y derechos conexos	15
2.2 La definición de “Comunicación Pública” del artículo 5 letra v) de la Ley 17.336	20
2.2.1 Elementos que conforman el concepto de “Comunicación pública”	21
2.2.2 Importancia del artículo 5 letra v) de la Ley 17.336	23
2.3 La puesta a disposición de la obra o prestación al público en normas especiales	26
3. El derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público	27
3.1 Es un derecho exclusivo que requiere de autorización	29
3.2 El carácter público del derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público	30
3.2.1 La comunicación va dirigida a una “pluralidad de personas”	31
3.2.2 La “posibilidad de acceso” a la obra o prestación de forma efectiva	32
3.2.3 La idea de público “nuevo” en la puesta a disposición de la obra al público	34
3.3 En el derecho de puesta a disposición los miembros del público pueden tener acceso a las obras o prestaciones protegidas desde diferentes lugares y en diferentes momentos	35
3.3.1 El problema de los “usos transfronterizos”	35
3.3.2 Disparidad legislativa en relación a la autoría y titularidad de obras audiovisuales	37
3.3.3 Disparidad legislativa relativa al contenido de los derechos del autor de obra audiovisual y cómo estos pueden resultar afectados por los contratos	39
3.3.4 Ley aplicable	40

3.4 En el derecho de puesta a disposición no hay una previa distribución de ejemplares físicos o tangibles de la obra o prestación	43
3.4.1 Obra y soporte	44
3.4.2 Reproducción y distribución en el ámbito digital	46
3.4.3 Formas de reproducir en el ámbito digital, los métodos de explotación digital o de difusión de contenidos audiovisuales	48
3.4.4 Diferencias entre almacenamiento en línea (“online”) y fuera de línea (“offline”)	50
3.4.5 Excepciones al derecho de autor en el ámbito o entorno digital. Reproducción temporal o provisional de la obra o prestación protegida	52
3.5 El derecho de puesta a disposición está dotado de una naturaleza interactiva	55

CAPÍTULO II: PANORAMA DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN RELACIÓN A LOS DISTRIBUIDORES DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES A TRAVÉS DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE UNA OBRA AUDIOVISUAL EN CHILE

1. Aspectos preliminares	59
2. La obra audiovisual como objeto de protección del derecho de autor	60
2.1 Protección de la obra audiovisual en la Ley 17.336	61
2.2 Concepto de obra audiovisual	65
3. Autoría y titularidad de las obras audiovisuales	70
3.1 La obra audiovisual como obra en colaboración	71
3.2 Autores de la obra audiovisual	75
3.3 Titularidad de obras audiovisuales	78
3.3.1 El productor como titular originario de los derechos patrimoniales	79
3.3.2 Distinción entre el contrato de producción audiovisual y la cesión de derechos patrimoniales	82
3.3.3 Salvaguardia del derecho moral	84
3.3.4 Titularidad de derechos de los autores respecto de su aporte creativo	84
4. La autorización de uso o licencia para poner a disposición una obra audiovisual al público	85
4.1 Carácter exclusivo de las formas de usar una obra protegida	86
4.2 El contrato de licencia o autorización de uso	88
4.3 Análisis del distribuidor de contenidos audiovisuales en tanto licenciatarario	89

4.4 La licencia o autorización de uso debe ser expresa	91
4.5 Contenido de la autorización expresa de uso	93
5. Las interpretaciones de los artistas fijadas en formato audiovisual como objeto de protección de derechos conexos	100
5.1 Objeto protegido, titulares y derechos patrimoniales concedidos	101
5.2 Relación entre el artista y el productor audiovisual. Cesión de derechos conexos en favor del productor audiovisual	103
6. Derecho de mera remuneración por la puesta a disposición por medios digitales interactivos de obras audiovisuales e interpretaciones fijadas en formato audiovisual	105
6.1 Regulación legal del derecho de mera o simple remuneración en Chile	109
6.1.1 Ley 20.243, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual	109
6.1.2 Ley 20.959, Extiende la aplicación de la Ley 20.243, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual	111
6.2 Características del derecho de mera remuneración	113
6.2.1 Es un derecho de mera o simple remuneración	113
6.2.2 Es un derecho irrenunciable e intransferible	114
6.3 Titulares del derecho de mera remuneración: Artistas, Directores y Guionistas	116
6.3.1 Artistas audiovisuales	116
6.3.2 Directores y Guionistas	117
6.4 Gestión del derecho de mera remuneración	120
CONCLUSIÓN	124
BIBLIOGRAFÍA	126

INTRODUCCIÓN

Durante estos últimos años han ocurrido grandes cambios en el mercado audiovisual a raíz del progreso de los servicios “*Over-The-Top*” (“*OTT*”). Los “*OTT*” son plataformas o servicios de video bajo demanda, tales como “*YouTube*” o “*Netflix*”, distribuidos por Internet, cuyo origen se remonta a los primeros años del siglo veinte y que hoy son muy populares gracias al mejoramiento y al aumento de la velocidad de descarga en las redes de banda ancha fija. Es un hecho que los servicios de video bajo demanda en base a plataformas *OTT* han transformado las formas de producir, distribuir y exhibir contenidos audiovisuales¹. En Chile también observamos esta tendencia².

En general, el trabajo busca contribuir en la investigación jurídica de los aspectos relacionados con la “*puesta a disposición de la obra o prestación al público*”, que en términos simples consiste en una forma de comunicar bienes intelectuales protegidos por derecho de autor y derechos conexos a través de redes digitales interactivas. En particular, la memoria pretende explorar en las cuestiones relativas a la titularidad del derecho de autor y derechos conexos por la puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile.

En cuanto al objetivo general, se busca responder a las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el origen de la denominada “*puesta a disposición de obras o prestaciones al público*”? ¿Cuál es la norma del ordenamiento jurídico chileno aplicable a dicho acto?, ¿Cuáles son las características del derecho de puesta a disposición?, ¿Cuáles son las problemáticas particulares de este uso? Desarrolladas las

¹ Los *OTT* son servicios de videos bajo demanda (“*Video on Demand*” o “*VOD*”). Al examinar el elemento de interactividad que tiene el acto de puesta a disposición veremos en qué consisten los *VOD* y qué tipos existen. Por ahora, basta señalar que “*Se refieren a servicios de video bajo demanda operados a través de una red, servicio que puede ser provisto tanto a través internet como por otras tecnologías (cable o satélite). En ese contexto, dado que su mecanismo de transmisión es Internet, los OTT audiovisuales son un subconjunto comprendido dentro del universo de servicios de VOD*”. KATZ, R., “*Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en Latinoamérica parte I: Modelos de negocios de OTT Audiovisuales en América Latina: Tendencias recientes y previsiones futuras*”, del Proyecto Piloto sobre el Derecho de autor y la Distribución de Contenidos en el Entorno Digital del Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la OMPI, año 2021, p.6. Ver también acerca de la encrucijada en que actualmente se encuentra el sector audiovisual como consecuencia de la emergencia de nuevos modelos de distribución a partir del avance imparable de las tecnologías digitales y de la extensión de Internet. Y no sólo de su evidente progreso, sino de las formas en que este se ha producido, que apuntan a una consolidación de posibles modelos de negocios. BENZAL, M., “*Industria audiovisual y mercados digitales*”, *ICAEM: Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales*, N° 78 (2009), 24 de abril de 2015.

² Conforme observa la Cámara de Exhíbidores Multisalas de Chile A.G. (CAEM), “*El uso del tiempo libre de las personas, que les permite constituirse como audiencias de industrias culturales, ha tenido transformaciones muy importantes a partir de la llamada revolución digital. Este fenómeno, instrumentalizado fundamentalmente por la red Internet, por las innumerables plataformas de visionado y de descarga legal o ilegal de contenidos audiovisuales, por las redes sociales y por los adelantos tecnológicos en los aparatos de acceso al contenido ha permitido al usuario cambiar sus formas de consumo. Plataformas para subir y visionar videos como YouTube, Vimeo, DailyMotion, Twitch, entre otros, han acaparado parte importante de las horas libres de los usuarios. Por otro lado, y no menos importante, ha sido el surgimiento de las plataformas de streaming como Netflix, Amazon Video, Sky TV, HBO, etc*”. CÁMARA DE EXHIBIDORES MULTISALAS DE CHILE A.G. (CAEM), “*El cine en Chile el 2017*”, Santiago, 2018, p. 25

respuestas a estas interrogantes, y como objetivo particular, la memoria se concentra en los aspectos jurídicos relacionados con la titularidad de derecho de autor y derechos conexos por la puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile, por consiguiente, se busca responder lo siguiente: ¿Qué es una obra audiovisual como objeto protegido por derecho de autor?, ¿Quiénes son los autores de las obras audiovisuales?, ¿Quién es el titular de derecho patrimonial o de explotación de una obra audiovisual?, ¿Quién tiene la facultad de autorizar o prohibir la puesta a disposición de una obra audiovisual en redes digitales interactivas para que el público pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan sus miembros? ¿De qué forma el titular de derechos autoriza este uso en particular? ¿A quién autoriza a poner a disposición la obra o prestación al público? ¿En qué consiste el derecho de mera remuneración que goza el director y el guionista de una obra audiovisual? ¿En qué consiste el derecho de mera remuneración que gozan los artistas intérpretes o ejecutantes por la puesta a disposición interactiva de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual? ¿Quién gestiona estos derechos? En su conjunto, las preguntas pretenden examinar y abordar cómo se resuelven las cuestiones titularidad del derecho de autor y los derechos conexos en el derecho de puesta a disposición al público de obras audiovisuales en Chile, modalidad de uso que emana del derecho de comunicación al público y que en esencia cubre las transmisiones interactivas de contenidos audiovisuales protegidos, denominadas también “*transmisiones a pedido*” o “*transmisiones a la carta*”.

Para cumplir con el primer objetivo, el estudio se construye sobre un marco teórico desarrollado en el primer capítulo en virtud del cual se abordan los principales aspectos jurídicos relacionados con el derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público, comenzando por su origen, luego por su regulación a nivel nacional, y finalmente por describir la naturaleza y características del acto como forma de explotar bienes intelectuales, identificando los problemas propios de esta modalidad.

El capítulo dos explora y resuelve a quién corresponde o quien es el titular del derecho de puesta a disposición y de los demás derechos de remuneración implicados. Esta segunda parte se concentra en la titularidad de derecho de autor y derechos conexos que se encuentran involucrados en la puesta a disposición de obras audiovisuales, con el objetivo de comprender cuál es el panorama de los titulares de derechos en relación con los productores audiovisuales y los distribuidores de contenidos audiovisuales, en tanto participantes en la cadena de explotación de contenidos audiovisuales por redes digitales interactivas. Los autores y titulares de derechos de autor y derechos conexos tienen una necesidad legítima de conocer y de proteger sus derechos, así como aquellos que crean y difunden contenidos audiovisuales también necesitan de previsibilidad a la hora de tener claridad cuál es la norma aplicable para la explotación del contenido en línea, por tanto una de las cuestiones fundamentales

susceptibles de resolver en esta investigación es precisamente la titularidad de derechos en el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile.

METODOLOGÍA

El presente trabajo corresponde a un estudio descriptivo y exploratorio. Con esta metodología se busca analizar y comprender las cuestiones de titularidad relacionadas con el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile, por lo que en esencia, busca resolver las cuestiones vinculadas con la autoría y titularidad de derecho de autor y derechos conexos por la puesta a disposición de obras audiovisuales en redes digitales interactivas, esto, a través del estudio de la panorámica del titular de derecho de autor como aquella persona que tiene la facultad de autorizar o prohibir el acto en cuestión, y la panorámica de algunos titulares de un derecho de remuneración consagrados recientemente en nuestra legislación. Esto último comprende un análisis relativo al derecho de remuneración que goza el guionista y al director como autores de obras audiovisuales, al igual que el de los artistas intérpretes en relación a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual que forman parte de estas obras audiovisuales y que están amparadas por derechos conexos.

Por una parte, el estudio constituye un análisis descriptivo pues trata los aspectos básicos relacionados con el derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público como forma de explotar bienes intelectuales, que como se ha señalado es el derecho en particular que cubre las transmisiones digitales interactivas (en línea u “*online*”), cuestión que servirá de marco teórico al objetivo principal vinculado con la titularidad de derechos de autor y conexos en el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile. De esta forma, cabe tener en cuenta que “*Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis*”³. El fenómeno en análisis es el derecho de puesta a disposición que emana del derecho patrimonial o de explotación del derecho de autor y derechos conexos.

Por otra parte, constituye un trabajo exploratorio pues busca proponer cómo se resuelve la titularidad de derechos por la puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas en Chile. Al efecto, se señala que “*Un estudio exploratorio corresponde a las investigaciones que pretenden dar una visión general de tipo aproximativo respecto a una determinada realidad. El objetivo es examinar un tema poco estudiado o que no ha sido abordado antes (...)*”⁴. Por esta razón, el trabajo se ubica en el campo de la teoría jurídica, ya que se concentra en el examen y estudio de las normas legales que regulan la titularidad de derechos en la puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas.

³ HERNÁNDEZ, R., “*Metodología de la Investigación*”, cuarta edición, Editorial McGraw Hill, Colombia, 2006, p. 850

⁴ *Ibid.*

Dentro del marco teórico referido a la puesta a disposición de obras y prestaciones al público por medios digitales interactivos se identifica la problemática referida a la necesidad de determinar el derecho aplicable a las transmisiones digitales en línea (“*online*”); conocer los aspectos particulares del acto de comunicación al público que configuran a la puesta a disposición de la obra o prestación al público; enfrentar la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual a los denominados “*usos transfronterizos*”; y conocer las cuestiones vinculadas a la puesta a disposición con el derecho de reproducción, el ámbito digital y las excepciones al efecto.

Luego, el trabajo plantea como problema central de investigación las complejidades de la normativa asociadas a la autoría y titularidad de las obras audiovisuales, y la existencia de un derecho de mera remuneración reconocido en leyes especiales. Por ello, el trabajo se concentra en resolver las cuestiones ligadas a la titularidad de derecho de autor y derechos conexos en la puesta a disposición de obras audiovisuales, de forma de poder evidenciar el panorama que viven los autores y titulares de derechos. En particular se centra en las restricciones contractuales existentes entre los titulares y los distribuidores e intermediarios de contenidos por la existencia de un derecho de remuneración otorgado a algunos titulares de derechos (guionistas, directores y artistas audiovisuales), y la gestión de este derecho para asegurar una justa compensación por la utilización de la obra por la puesta a disposición por medios digitales interactivos.

Es importante profundizar sobre la materia puesto que, tal como se advierte a nivel doctrinario, “*La explotación digital de obras protegidas constituye en la actualidad el asunto más importante en relación con la propiedad intelectual*”⁵. Esta afirmación es contundente a la hora de justificar la creación de este trabajo, el cual pretende ser de utilidad tanto a los titulares de derecho de autor y derechos conexos, así como a los distribuidores y productores de dichos contenidos audiovisuales, a la hora de comprender las cuestiones relacionadas con el acceso a contenidos protegidos en redes digitales interactivas a través de la puesta a disposición. La profundización de este tema permite aumentar la confianza en el mundo digital, reforzar el mercado audiovisual y cinematográfico, ampliar la información a los consumidores y empresas de servicios en línea (“*online*”) de forma que prospere el mercado digital, y aprovechar al máximo el crecimiento de la economía ligada a esta industria. Hoy la Pandemia y otros eventos mundiales han permitido tener mayor cercanía con este tipo de usos digitales y en el futuro es posible prever un desarrollo aún mayor. Cada día adquiere mayor relevancia el contenido en línea, incluso transformándose en uno de los principales motores de crecimiento de la economía digital.

⁵ BARBERÁN, P., “*Manual Práctico de Propiedad Intelectual*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 155

Chile necesita de un régimen de derecho de propiedad intelectual armonizado entre todos los participantes de la industria, que ofrezca incentivos para la creación y la inversión, permitiendo diversidad cultural en la comunicación y consumo de contenidos a través de fronteras, razón por la cual es importante que los usuarios, autores, titulares de derechos, distribuidores y en general todos aquellos que participan de la industria conozcan las disposiciones legislativas de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I: NORMA APLICABLE

1. La puesta a disposición de obras y prestaciones al público en los Tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de 1996: Los “Tratados Internet”

A nivel internacional, la puesta a disposición de obras o prestaciones protegidas fue uno de los temas debatidos por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante “OMPI”) en las reuniones desarrolladas entre los años 1991 y 1996 para la elaboración de los Tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, TODA⁶ y TOIEF⁷, en adelante e indistintamente “Tratados Internet”⁸, aprobados por la Conferencia de Ginebra celebrada en el año 1996.

Durante la gestación de los *Tratados Internet*, las partes y sus delegaciones debatieron en particular acerca del encuadramiento jurídico que correspondía hacer a las transmisiones digitales interactivas - llamadas comúnmente transmisiones “a pedido” o “a la carta” - y por ello se trazaron como objetivo escoger cuál derecho de autor y derechos conexos, ya consagrados, esto es, reproducción, modificación, distribución o comunicación al público, o bien, cuál combinación de estos derechos, podría comprenderlos de mejor manera. Para conocer cuál fue la solución adoptada por los países participantes (lo que tiene relevancia ya que Chile también incorporó la fórmula en cuestión), y también para darle un contexto a la materia, este trabajo comienza con una breve descripción de las propuestas de los *Tratados Internet* que dan cuenta del origen de la puesta a disposición a nivel internacional.

Así, en primer término, cabe indicar que el trabajo previo a los *Tratados Internet* estuvo dividido, por un lado, entre aquellos aspectos relativos a la protección de derecho de autor, y por otro, aquellos aspectos relativos a derechos conexos, vecinos o afines al derecho de autor. Por esta razón, se presentaron dos propuestas de tratados distintos, por un lado, la “*Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones*

⁶ La Conferencia Diplomática sobre ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, adoptó el “*Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*” o “TODA” (“*WCT*” en inglés), que fue aprobado y promulgado en Chile por el Decreto Supremo N° 270, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2003.

⁷ La Conferencia Diplomática también adoptó el “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*” o “TOIEF” (“*WPPT*” en inglés), que fue aprobado y promulgado en Chile por el Decreto Supremo N°139, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 22 de agosto de 2003.

⁸ Su denominación obedece a que son los únicos tratados internacionales con vocación mundial que se refieren a la utilización en línea (“*online*”) de obras y prestaciones protegidas. Su estudio es imprescindible puesto que ambos cuerpos normativos se encargan de regular a nivel internacional las denominadas transmisiones digitales “a la carta” de obras y prestaciones protegidos por derecho de autor y derechos conexos.

Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, y por otro, la “*Propuesta Básica del Tratado sobre la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas*”.

Teniendo en cuenta esta división, y dentro del grupo de normas que reconoce derechos exclusivos, se encuentra el artículo 10 de la “*Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*” (que trata temas de derecho de autor), elaborado y propuesto por la Delegación de la Comunidad Europea. Esta norma, realmente novedosa porque por primera vez trata aspectos sobre el uso de obras en redes digitales como Internet, consagra el denominado “*Derecho de Comunicación al Público*”, es decir, aquel derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir *toda* comunicación al público de sus obras, comprendida “*la puesta a disposición del público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”. La redacción de la norma fue planteada de la siguiente forma:

Artículo 10: “*Sin perjuicio de los derechos previstos en los artículos 11.1) ii), 11 bis.1)i), 11 ter.1) ii, 14.1) i) y 14 bis.1) del Convenio de Berna⁹, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo a autorizar toda la comunicación al público de sus obras, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

La norma establece que los autores gozarán del “*derecho exclusivo*” a autorizar toda comunicación al público de sus obras. Es un derecho exclusivo a autorizar o prohibir pues sólo el autor cuenta con la facultad de autorizar o prohibir esta forma de uso a terceros. En otros términos, se trata de una facultad exclusiva en tanto sólo él (el autor) puede autorizar la comunicación al público de la obra.

En cuanto al uso de la palabra “*toda*”, en los comentarios levantados por los participantes se señaló que su objetivo era ampliar en el plano internacional las otras normas que regulan el derecho de comunicación consagradas en el Convenio de Berna, de forma que se establecería un precepto que

⁹ El artículo 10 de la propuesta deja intacto los derechos contemplados en las disposiciones relativas a la comunicación pública enumeradas en el Convenio de Berna, que cabe señalar no tiene una regulación sistemática en relación a este derecho en particular, sino que una serie de actos que se encuadran dentro de esta categoría y que se encuentran fragmentados en la norma. Lo que hace el artículo 10 de la propuesta es complementar la protección vigente establecida por el Convenio de Berna y el Convenio de Roma, añadiendo el derecho de comunicación al público para todas las categorías de obras.

complementaría estas y todas otras formas de comunicar¹⁰. Al efecto, señala la norma que "*Sin perjuicio de los derechos previstos en los artículos 11.1) ii), 11 bis.1)i), 11 ter.1) ii, 14.1) i) y 14 bis.1) (...)*", redacción que revela la intención final de las partes de que el tratado propuesto fuera considerado un instrumento autónomo y no sólo una revisión del Convenio de Berna, cuestión que permitiría complementar y no tocar los derechos y obligaciones ya consagrados en este último.

Por otra parte, se señaló que la expresión "*comunicación al público*" de una obra significaba hacer que la obra esté a la disposición del público por cualquier medio o procedimiento distinto de la distribución de copias físicas o tangibles. En este sentido, el acto relevante sería la puesta a disposición de la obra ofreciendo acceso a la misma, por consiguiente, lo que importaría es el acto inicial de puesta a disposición de la obra, y no simplemente el suministro de espacio en un servidor de conexiones de comunicación o de instalaciones para el transporte y el encaminamiento de las señales. El hecho de que las copias estén a disposición del usuario (en la memoria del dispositivo digital) o simplemente que la obra sea perceptible al usuario, y por lo tanto utilizable por el mismo, carece de importancia¹¹.

La segunda parte de la norma señala que la comunicación al público comprende "*la puesta a disposición del público de obras por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a esas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*". La norma plantea una novedad importante pues consagra un derecho exclusivo del autor de comunicar su obra por toda forma, incluyendo la puesta a disposición de tal forma que los miembros del público puedan acceder a esa obra desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, fórmula jurídica que en esencia cubre las transmisiones digitales interactivas como iremos analizando a lo largo de este capítulo. Es de hecho la posibilidad de acceder desde el lugar y momento que el público elija, uno de los factores que le otorga una particularidad propia a esta forma de uso, el carácter ubicuo e interactivo del acto.

Por otra parte, se propuso consagrar el artículo 11 de la "*Propuesta Básica del Tratado sobre la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas*", en virtud del cual se consagra directamente un derecho exclusivo de puesta a disposición del público. Efectivamente, hubo un tratamiento diferente en esta propuesta de tratado encargado de regular derechos conexos, toda vez que la fórmula jurídica no fue incluida en el derecho de comunicación al público como

¹⁰ Nota 10.13 del artículo 10 de la "*Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*", p. 43

¹¹ Nota 10.10 del artículo 10 de la "*Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*", p. 43

propuso hacer el artículo 10 de la “*Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*”. La norma propone lo siguiente:

Artículo 11: “*Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición de sus:*

Variante A: interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas,

Variante B: interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte,

ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Este artículo introduce un derecho *exclusivo* del artista intérprete o ejecutante a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas, por hilo o medio inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Es decir, se consagra un derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición de sus interpretaciones fijadas.

En relación a la fijación propiamente tal de las producciones o prestaciones (interpretaciones o ejecuciones producidas por los artistas), el artículo 11 de la propuesta en revisión propone dos variantes. Según la “*Variante A*”, el derecho de poner a disposición debería aplicarse únicamente a las interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas, mientras que la “*Variante B*” abarcaría todas las interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte, incluido el formato audiovisual por ejemplo.

Ahora bien, lo relevante es que en las notas del artículo 11 de dicha propuesta se dijo que el derecho de poner a disposición está limitado a situaciones en las que los miembros del público pueden tener acceso a las interpretaciones o ejecuciones fijadas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Así, la disponibilidad se basa en la interactividad y en el acceso previa solicitud¹². Por ello, se señaló que lo distintivo del derecho propuesto (derecho de puesta a disposición) sería la interactividad, de manera que el público pueda tener acceso a las prestaciones protegidas “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”. Es interesante que en las notas se establece que las expresiones “*puedan tener acceso*” y “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*” cubren directamente todas las situaciones que resultan interactivas, elemento fundamental del derecho de puesta

¹² Nota 11.03 del artículo 11 de la “*Propuesta Básica del Tratado sobre la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas*”, p. 54

a disposición, que también se manifiesta en la regla del artículo 10 vista anteriormente relativa al derecho de autor.

De igual forma, se creó y propuso a discusión el artículo 18 de la *“Propuesta Básica del Tratado sobre la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas”*, que también regula directamente un derecho exclusivo de puesta a disposición en relación a los productores de fonogramas, bajo los siguientes términos:

Artículo 18: *“Derecho de poner a disposición los fonogramas: Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

En consecuencia, en lo que respecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas, no se propuso un derecho exclusivo de comunicación al público, como sí se hizo con los autores, sino que se propuso directamente un derecho exclusivo a poner a disposición sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o sus fonogramas, respectivamente. La siguiente sección describe cómo fueron adoptadas ambas propuestas.

1.1 Adopción del artículo 8 del TODA y de los artículos 10 y 14 del TOIEF

En cuanto al artículo 10 de la *“Propuesta Básica sobre Ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”*, la Conferencia de Ginebra celebrada el año 1996 adoptó su contenido con mínimas variaciones en la redacción propuesta, e incluyó la fórmula de la puesta a disposición de la obra al público en el artículo 8 del TODA, norma sustantiva que prescribe la regulación del *“Derecho de Comunicación Pública”* de la siguiente forma:

Artículo 8 del TODA: *“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11 bis 1) i) y ii), 11 ter 1) ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Prácticamente se mantuvo intacta la redacción de la propuesta básica, y por consiguiente se les reconoció a los autores un derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, incluyendo la puesta a disposición de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, es decir, la puesta a disposición interactiva.

En efecto, en cuanto al artículo 8 del TODA, en general hubo acuerdo entre los participantes de la Conferencia y, por esta razón, pocos cambios fueron hechos en el contenido del artículo 10 de la Propuesta Básica que se describió anteriormente, reconociéndose a los autores un derecho exclusivo de autorizar “*cualquier*” (se cambió por la palabra “*toda*”) comunicación al público de sus obras. Con ello, se incluye la puesta a disposición interactiva como una modalidad del derecho de comunicación tal como se había propuesto. Ahora bien, como se analiza más adelante¹³, esta cuestión sí fue debatida y se enfrentaron dos posiciones en relación a la determinación del derecho aplicable que terminó finalmente con la adopción de este artículo.

En relación con los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes (establecidos en el artículo 11 antes visto), también hubo pequeñas variaciones y se elaboró el artículo 10 del TOIEF. La Conferencia de Ginebra de 1996 escogió la “*Variante A*”, vale decir aquella opción que restringe el derecho de puesta a disposición a las “*interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas*”, y no así a las “*interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte*”, como preveía la “*Variante B*”. Esto es interesante pues lleva a preguntarse qué ocurre con las interpretaciones fijadas en soportes audiovisuales, que es de hecho uno de los puntos a tratar en esta investigación. También cabe apuntar que se eliminó de la “*Variante A*” la palabra “*musicales*”.

En este sentido, el derecho de puesta a disposición de los artistas intérpretes o ejecutantes quedó redactado en el artículo 10 del TOIEF de la siguiente forma:

Artículo 10 del TOIEF: “*Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas: Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

¹³ Ver *infra*, p. 9

El artículo 10 del TOIEF reconoce un derecho exclusivo a los artistas intérpretes o ejecutantes: El derecho de puesta a disposición. Se trata de un derecho exclusivo, de autorizar o prohibir, la puesta a disposición del público, por medios alámbrico o inalámbrico, de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (se quitó la referencia a musicales como se dijo), de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. El problema de la norma es que se restringe únicamente a las fijaciones en fonogramas.

Por otra parte, en relación a los productores de fonogramas se adoptó el artículo 14 del TOIEF que establece un derecho de puesta a disposición de la siguiente forma:

Artículo 14 del TOIEF: “Los productores de fonogramas gozarán el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

De la lectura de los referidos preceptos (artículo 8 del TODA y artículos 10 y 14 del TOIEF) es posible concluir que, en relación a los artistas intérpretes o ejecutantes, a diferencia del derecho de los autores de obras, la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1996 establece directamente un derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mientras que a los autores se les reconoció un derecho exclusivo a autorizar cualquier comunicación al público de la obra, incluyendo la puesta a disposición interactiva.

Lo mismo ocurre respecto de los productores de fonogramas a quienes se les reconoció directamente un derecho a poner a disposición sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, y no un derecho exclusivo de comunicación pública como ocurre con los autores.

De esta forma, en relación con los derechos conexos, en concreto, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, y de los productores de fonogramas (de acuerdo con los artículos 10 y 14 del TOIEF, respectivamente), la definición neutral de transmisión digital fue utilizada directamente, generando un derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de las prestaciones protegidas fijadas en fonogramas o de los fonogramas. En este particular, la Conferencia de Ginebra no hizo referencia alguna al derecho de comunicación al público puesto que los artistas y los productores de fonogramas

no son titulares de un derecho exclusivo de autorizar dicha comunicación, sino titulares de un derecho de mera remuneración de acuerdo con el artículo 15 del TOIEF¹⁴.

Con todo, el acto generador de estos derechos es idéntico al que hace nacer el derecho de autor denominado “*derecho de comunicación al público*” en virtud del artículo 8 del TODA. Las expresiones “*puedan tener acceso*” y “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”, cubre fundamentalmente todas las transmisiones interactivas. Pero en el TOIEF este derecho no se ha querido amparar en la noción de comunicación pública, pues está formalmente separada la noción de radiodifusión o comunicación pública. Respecto a esta cuestión, el reconocido autor en esta materia del derecho, Ricardo Antequera señala que “*ese derecho solamente se concede como protección mínima (que puede ser extendida por las leyes nacionales), a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no obliga a los países a reconocerlo a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, aunque lo pueden hacer*”¹⁵.

De modo que el problema del TOIEF es que, al no entregar un derecho exclusivo de comunicación pública, la regla en cuestión no cubre los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes respecto de las fijaciones en formato audiovisual de sus interpretaciones, puesto que la norma única y exclusivamente se refiere a aquellas fijadas en fonogramas. La necesidad de protección en relación a esta cuestión también se presentó durante el TOIEF, aunque no se pudo arribar a un acuerdo. Debido a esta deficiencia, se adoptó la denominada “*Resolución relativa a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales*”¹⁶, en la cual se solicitó la realización de los trabajos preparatorios para un Protocolo al TOIEF, respecto de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, con miras a la adopción de dicho Protocolo. Los trabajos realizados finalizaron con la Conferencia Diplomática de las Interpretaciones o

¹⁴ Artículo 15 del TOIEF: Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

¹⁵ ANTEQUERA, R., “*Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*”, Editorial Reus, Madrid, p. 232

¹⁶ El contenido de la Resolución es el siguiente: “*Tomando nota que el desarrollo de las tecnologías permitirá un rápido crecimiento de los servicios audiovisuales y que esto aumentará las oportunidades para que los artistas intérpretes o ejecutantes exploten sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales que serán transmitidas por dichos servicios; Reconociendo la gran importancia de asegurar el nivel adecuado de protección para estas interpretaciones o ejecuciones, en particular cuando se explotan en el nuevo entorno digital y que las interpretaciones o ejecuciones sonoras y audiovisuales están cada vez más relacionadas. Destacando la urgente necesidad de convenir nuevas normas para la protección jurídica internacional adecuada de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales; Lamentando que, a pesar de los esfuerzos de la mayoría de las Delegaciones, el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas no cubre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes por las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones o ejecuciones; Solicitan que se convoque una sesión extraordinaria de los Órganos Rectores de la OMPI competentes durante el primer trimestre de 1997 para decidir el programa de los trabajos preparatorios para un protocolo al Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas, respecto de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, con miras a la adopción de dicho protocolo a más tardar en 1998*”.

Ejecuciones Audiovisuales que tuvo lugar en Ginebra el año 2000, pero que concluyó sin la adopción de un instrumento internacional.

Uno de los objetivos de este trabajo es saber qué ocurre con los artistas intérpretes o ejecutantes, titulares de derechos conexos, en la puesta a disposición de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual, en particular, por la puesta a disposición a su vez de una obra audiovisual, toda vez que este tipo de obras incluye fijaciones en formato audiovisual de las interpretaciones de los artistas, como ocurre por ejemplo en la actuación de un artista intérprete (actor) fijada en formato audiovisual y que forma parte de una película, adelantando desde ya que nuestra legislación dictó en el año 2008 una ley especial que les entregó un derecho a percibir una remuneración por la utilización de sus producciones a través de la puesta a disposición por medios digitales interactivos, de carácter irrenunciable e intransferible, no obstante lo cual, en ningún caso se les reconoce un derecho exclusivo a autorizar o prohibir la utilización de su producción. Esto se trata en el capítulo dos. Ahora veremos el problema de la calificación jurídica de la puesta a disposición.

1.2 El problema de la categoría jurídica en las transmisiones interactivas y la llamada “Solución Paraguas” (“Umbrella Solution”)

Durante la discusión de los “*Tratados Internet*” se manifestaron dos posturas en relación al encuadramiento jurídico que debía darse a las transmisiones interactivas de obras o prestaciones protegidas. El problema fue discutido a la luz de dos entendimientos jurídicos contrapuestos: El entendimiento de los Estados Unidos y el de la Comisión Europea junto con los países Latinoamericanos.

Estados Unidos apostaba por un derecho exclusivo de distribución fundado en la idea de que la comunicación a larga distancia por medios digitalizados supone en una o varias etapas la fijación de la obra o prestación en soportes materiales, algo así como como una “*reproducción por transmisión*” o como una forma de “*distribución por transmisión*”, considerando que cada fijación efímera o permanente que se realiza en el aparato receptor del usuario (en la memoria del dispositivo digital), constituye un “*ejemplar*” de la obra o prestación que se pone a disposición del público¹⁷. Esta posición, proveniente del sistema “*Copyright*”, entiende que el acto de transmisión digital implica actos de reproducción con el fin de distribución y, eventualmente, esa transmisión podrá ser también una comunicación al público. Sin embargo, considera esta postura que, en la gran mayoría de las

¹⁷ Documento OMPI BCP/CE/N/3, “*Propiedad Industrial y Derecho de Autor*”, Año I. N° 5, Ginebra, 1995, p. 257

transmisiones digitales, la finalidad principal es la distribución de copias y no la mera comunicación, por tanto, se inclinaron por el derecho de distribución.

Este entendimiento fue criticado por la imposibilidad de aplicar la llamada “*teoría del agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta*”¹⁸. De acuerdo con esta teoría la primera venta del ejemplar físico extingue el derecho del titular sobre el original o copias que lleve a cabo el consumidor o usuario tras haber adquirido la obra -soporte- con permiso del autor. En otras palabras, se trata de una limitación al derecho exclusivo de distribución del producto que se ha puesto por primera vez en el comercio. Ante la crítica, los países que siguieron esta postura, dirigidos por Estados Unidos, señalaron que no sería aplicable la teoría del agotamiento del derecho de distribución en las transmisiones interactivas. Excluyeron el agotamiento del derecho de distribución señalando que sólo es aplicable a la distribución propiamente dicha, y en realidad, la distribución digital no es más que una prestación de servicios, y como tal, queda excluida de la regla del agotamiento.

Por otra parte, un grupo de países guiados por la posición europea y de la mayoría de los países latinoamericanos, se inclinaron por un derecho exclusivo de comunicación al público, entendiendo que la distribución debía limitarse a copias físicas o tangibles, y lo que ocurre realmente en el entorno de redes digitales es que se transmiten copias intangibles de la obra protegida, sin olvidar de todos modos que durante el acto se producen múltiples reproducciones temporales o provisionales del soporte que permiten que la comunicación se verifique. Arguyen que la diferencia entre ambos derechos, distribución y comunicación, estriba en el carácter físico o no físico de las fijaciones¹⁹.

Como vimos, la redacción del artículo 8 del TODA (artículo 10 referido anteriormente) se debió a una propuesta de la Unión Europea y de sus Estados miembros, cuya protección se sustenta en la base de la noción de comunicación pública y no en la distribución.

De todas maneras, conforme transcribe Mihály Ficsor²⁰, es importante atender a la posición de Estados Unidos que declaró lo siguiente en torno la norma propuesta:

¹⁸ La teoría del agotamiento del derecho de distribución está reconocida en la legislación chilena en el artículo 18 letra e) de la Ley 17.336

¹⁹ Ver *infra*, p. 46

²⁰ Esta declaración es transcrita por Mihály Ficsor. FICSOR, M., “*The Law of Copyright and Internet. The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation*”. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 249

“Expresa su apoyo al artículo 10 de la Propuesta Básica del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas y a los artículos 11 y 18 de la Propuesta Básica del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas referentes a los derechos de comunicación al público y de puesta a disposición del público, que son la clave para garantizar la protección de los titulares de derechos en el contexto digital. Se subraya el entendimiento —que nunca ha sido cuestionado durante los trabajos preparatorios y ciertamente no sería cuestionado por ninguna Delegación participante en la Conferencia Diplomática— de que esos derechos deben ser implementados por las legislaciones nacionales mediante la aplicación de un derecho exclusivo específico, también otros además del derecho de comunicación al público o el derecho de puesta a disposición al público, o de una combinación de derechos exclusivos, en la medida en que los actos descritos en los referidos artículos se adaptaren a dichos derechos”.

Con esta aprobación, y de modo que se crea la denominada “*Solución Paraguas*” (“*Umbrella Solution*”), que fue elaborada precisamente con el fin de eliminar los problemas que habían surgido en relación a la caracterización jurídica de las transmisiones digitales interactivas a través de la red mundial de computadoras y los derechos que habían de aplicarse a dichas transmisiones. A través de esta solución, se buscó integrar un acto redactado de manera neutral, libre de una caracterización legal específica y que no tuviera una descripción específicamente tecnológica, de tal manera que permitiese a los Estados integrantes suficiente libertad para elegir qué derecho exclusivo aplicar²¹. Es decir, una fórmula que permitiese la libertad y amplitud suficiente para las partes pudieran escoger el derecho de explotación adecuado.

Esta fórmula jurídica es la que se ha venido estudiando, es decir, la “*puesta a disposición de forma tal que los miembros del público puedan acceder a la obra o prestación desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”. Al respecto, es relevante insistir que son los países los encargados de escoger cuál es el derecho exclusivo que se ha de aplicar considerando la redacción neutral, libre de caracterización legal específica, y que no utiliza una descripción tecnológica. La esencia de la idea que hay detrás de la “*Solución Paraguas*” es identificarse con los actos de transmisión digital, hacer las aclaraciones necesarias, integrar las lagunas del Convenio de Berna, pero después dejar la máxima

²¹ FICSOR, M., “*Medidas para la Defensa del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y Otros Tratados Internacionales*”. Especial Referencia a la Defensa del Derecho de Autor en el Entorno Digital. Documento OMPI/PI/JU/MAN/2/01/1, en seminario nacional de la OMPI para jueces sobre los derechos de propiedad intelectual y su observancia, en Managua, el 7 de septiembre de 2001, p. 34

libertad necesaria (y razonable) para que los derechos nacionales elijan la caracterización legal específica para esos actos (es decir, la selección y combinación del derecho exclusivo a ser aplicado).

Como consecuencia de que la mayoría de los países entienden que las transmisiones interactivas se encuadran mejor en el concepto de comunicación pública, la citada definición neutral quedó incluida en el artículo 8 del TODA, que como se vió consagra el derecho exclusivo de comunicación al público. Pero esto no impide que los países puedan incluirla según otro derecho.

Respecto a esta solución, Ricardo Antequera²² sostiene que *“La amplitud como se reconoce el derecho de comunicación al público en el artículo 8 del TODA, implica que hay suficiente libertad en cuanto a la caracterización legal del derecho exclusivo, es decir, respecto a la elección real del derecho o derechos a ser aplicados y esa fórmula es conocida como <solución marco> o <solución paraguas> ('umbrella solution')²³, dado que alude a la 'puesta a disposición del público' que cada país puede recoger bajo la modalidad del derecho de comunicación pública, de un derecho de distribución por transmisión o mediante una combinación de derechos”*. Concluye este autor lo siguiente al respecto: *“En todo caso el aspecto sustancial de la 'solución marco' consiste, por una parte, en extender el derecho de comunicación pública a todos los géneros creativos; y, por la otra, incluir en el derecho sobre las comunicaciones digitales interactivas, un concepto de 'público' más amplio que el aplicable en el mundo analógico, pues basta que cualquiera de los miembros de ese público 'pueda' acceder a la obra, aunque efectivamente no acceda a ella, desde cualquier lugar o en el momento decidido por él”*. Lo importante, conforme señala el autor, es que esta solución se extiende a toda obra, incluyendo a las obras audiovisuales, objeto de estudio, y que permite ampliar el concepto de público.

Por su parte, la también reconocida autora en la materia, Delia Lipszyc, señala que la norma del artículo 8 del TODA *“reconoce expresamente el derecho exclusivo de comunicación al público de todas las categorías de obras, y, en una segunda parte, la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que los miembros del público pueden acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija”*. Y luego concluye, *“con ello no se dejan dudas en el plano de la legislación internacional de que la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico, se*

²² ANTEQUERA, R., *“Los límites del derecho de autor”*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 65

²³ Ricardo Antequera cita a FICSOR, M., *“La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. El tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital”*, Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo), Panamá, 2002, p. 10

encuentra cubierta por el derecho exclusivo del autor calificado como derecho de comunicación pública”²⁴.

Con todo, el artículo 8 del TODA está contemplado sin perjuicio de otras formas reconocidas en el Convenio de Berna (pues viene a complementar y ampliar las modalidades ya reconocidas en este instrumento), por lo cual, y según informa Mihály Ficsor, *“como los países que prefirieron la aplicación del derecho de comunicación al público como opción general parecían más numerosos, el Tratado, primeramente, extiende la aplicabilidad del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, y luego aclara que ese derechos también ampara las transmisiones en sistemas interactivos descritos de manera libre de caracterización legal”*²⁵. Agrega este autor que al estudiarse por las comisiones participantes el derecho de comunicación al público, se declaró lo siguiente: *“(…) las Partes Contratantes son libres de implementar la obligación para garantizar derecho exclusivo para autorizar tal 'Puesta a disposición del público' también a través la aplicación de un derecho distinto del derecho de comunicación al público o a través de la combinación de diferentes derechos en tanto que los actos de tal 'Puesta a disposición' se encuentren plenamente cubiertos por un derecho exclusivo (con las excepciones apropiadas). Por 'otro' derecho, por supuesto, se entendió, en primer lugar, el derecho de distribución, pero un derecho general de poner a disposición del público tal como lo dispuesto en los artículos 10 y 14 del WPPT, (...) puede entenderse también ese 'otro' derecho”*²⁶.

Por lo tanto, si bien en el plano internacional se ha preferido el derecho de comunicación pública, cada país, sustentado en esta *“Solución Paraguas”*, podrá escoger el derecho que finalmente cubrirá el acto.

Así, entendidas las cosas relacionadas con el origen de la puesta a disposición, es fundamental para esta memoria tener en consideración el artículo 8 del TODA y los artículos 10 y 14 del TOIEF, ya que las Partes Contratantes, entre ellos Chile, debieron adoptar, de conformidad con su propio sistema jurídico en particular, las medidas necesarias para asegurar su incorporación y su aplicación.

Efectivamente, a nivel nacional también se incorporó el derecho de puesta a disposición. Sin embargo, cabe advertir desde ya, que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresamente un derecho *exclusivo* de autorizar o prohibir la puesta a disposición de la obra al público como hace este

²⁴ LIPSZYC, D., *“Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos”*, Ediciones UNESCO, Cerlalc, Zavalia, Argentina, 2006, p. 139

²⁵ FICSOR, M., *“Medidas para la (...)”*, *op. cit.*

²⁶ *Ibid.*

artículo 8 del TODA, sino que incorpora la fórmula neutral en cuestión dentro de las definiciones de la principal norma jurídica que regula el derecho de autor y derechos conexos, tal cual se examina en la sección que prosigue.

Ahora bien, cabe apuntar y anticipar que nuestro país sigue la tradición latina de los derechos de autor, que considera que el derecho patrimonial o de explotación tiene un carácter ilimitado y por tanto se reconocen tantos derechos como formas existen de usar una obra, incluida por supuesto la puesta a disposición.

Se reitera que, en el caso chileno, el legislador prefirió utilizar la redacción de la “*Solución Paraguas*” en la definición de comunicación pública que entrega la principal norma jurídica que regula los derechos de autor y derechos conexos, por lo cual su importancia es sustancial para esta investigación. Por otra parte, en relación a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas, también se incluyó un derecho de puesta a disposición pero que lo restringe a las interpretaciones fijadas en fonogramas y fonogramas²⁷ (igual que lo hecho en el TOIEF).

2. Regulación de la puesta a disposición de la obra o prestación al público en Chile

Con el objeto de examinar la puesta a disposición de la obra y prestaciones al público en el régimen jurídico chileno, esta parte inicial del estudio expone preliminarmente cuestiones básicas sobre el derecho de autor y los derechos conexos o afines, pero enfocado desde la perspectiva de los derechos económicos que surgen de ambos y sus características especiales, esto para efectos de comprender los principales aspectos de esta rama de la propiedad intelectual. El análisis específico en torno a la titularidad de derecho de autor y derechos conexos por la puesta a disposición de la obra audiovisual al público en Chile se aborda con mayor profundidad en el capítulo dos.

Realizada esta síntesis, el trabajo se enfoca en la descripción de la norma que regula el concepto de comunicación al público, desglosando los elementos que lo conforman, y luego esgrimiendo algunas afirmaciones relativas a la importancia del precepto para el ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente, se mencionan las leyes complementarias que regulan un derecho de mera remuneración en favor de algunos autores de obras audiovisuales y de los artistas, intérpretes o

²⁷ Artículo 67 bis, Ley 17.336

ejecutantes, cuyas interpretaciones o ejecuciones han sido fijadas en formato audiovisual por el ejercicio de la puesta a disposición interactiva, la cual no tendrá mayor extensión pues su estudio en concreto se ejecutará también en la segunda parte de la memoria.

2.1 Aspectos previos sobre derecho de autor y derechos conexos

Se ha de recordar que la principal norma jurídica encargada de regular el derecho de autor y los derechos conexos es la Ley 17.336²⁸, de 1970, sobre Propiedad Intelectual²⁹, (en adelante, “LPI”), que los trata en forma separada en sus Títulos I y II respectivamente. En sus siguientes títulos les dispone normas comunes referidas a las limitaciones y excepciones, al sistema de registro y a los procedimientos aplicables en caso de infracción³⁰.

Derecho de Autor

Por un lado, el derecho de autor es un área específica de la propiedad intelectual cuyo objeto es proteger a las obras o creaciones del intelecto en los dominios literarios, artísticos o científicos, otorgando derechos morales y patrimoniales a los autores y titulares³¹. Así, el artículo 1 de la LPI dispone 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 sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*. Por ende, nacen para los autores que han creado una obra, derechos que la ley protege. En este sentido, Chile se caracteriza por otorgar facultades de índole patrimonial y moral a los autores y titulares, por ello el inciso 2º del artículo 1 de la LPI establece que *“El derecho de autor comprende el derecho patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”*³².

²⁸ En la LPI se regula la puesta a disposición, pero también, existe una regulación especial en la Ley 20.243 de 2008 y en la Ley 20.959 de 2016, las cuales se analizarán más adelante.

²⁹ En relación a la distinción entre el sentido amplio y restringido del concepto de propiedad intelectual que ha sido objeto de discusión en la doctrina, indica Elisa Walker en su obra Manual de Propiedad Intelectual, que *“(…) en algunas tradiciones jurídicas el concepto de la propiedad intelectual tiene un sentido restringido, ya que hace referencia exclusiva al derecho de autor y derechos conexos. (...) en este contexto, los demás derechos que no forman parte de la propiedad intelectual en sentido estricto son agrupados dentro de la categoría de propiedad industrial (patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad)”*. WALKER, E., *Manual de Propiedad Intelectual*», editorial Legal Publishing, Santiago, 2018, p. 3

³⁰ *Ibid.*, p. 4

³¹ Cabe precisar desde ya que autor y titular son conceptos distintos. Así, la LPI establece una distinción entre titular originario y titular secundario como formas de adquisición de los derechos. La titularidad originaria por regla general corresponde al autor, salvo ciertas excepciones como en las obras cinematográficas (audiovisuales). La titularidad secundaria o derivativa por otro lado se adquiere cuando se ha transferido o transmitido el derecho de autor. Esto será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo dos.

³² Sobre teoría de derecho del autor, se presentan dos grandes corrientes doctrinarias: Por un lado, la teoría monista sostiene que el derecho de autor consiste en un derecho singular con facultades patrimoniales y morales que coexisten en una unidad sólida e indivisible. Por otro lado, la teoría dualista afirma que existen dos tipos de derechos de autor, uno relativo a las facultades

En cuanto al derecho moral de autor, este busca proteger el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra. A partir de este derecho derivan para el titular la facultad de reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido; la facultad de mantener la integridad de la obra y oponerse a toda deformación o modificación hecha sin su autorización y previo consentimiento; y la facultad de mantener la obra inédita, que consiste en la prerrogativa de decidir si la obra va o no a ser dada a conocer al público. Estos derechos son transmisibles por causa de muerte, pero inalienables, por lo que no pueden ser transferidos o cedidos a terceros, y es nulo cualquier pacto en contrario.

En cuanto al derecho patrimonial de autor (en el cual profundiza la memoria) se trata de un derecho de naturaleza económica (avaluable en dinero) que faculta al autor o titular a controlar los distintos actos de explotación de la obra, sea que la explote directamente, que ceda sus derechos, o que autorice a terceros a explotarla. En este sentido, el artículo 17 de la LPI dispone que *“El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella, y de autorizar su utilización por terceros”*.

De los derechos patrimoniales de autor surgen facultades exclusivas para los autores y titulares. La exclusividad significa que sólo el autor - o su derechohabiente-, puede autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de la obra y ese derecho es oponible a todos. Se autoriza a través de una licencia de uso.

Además, el derecho patrimonial de autor tiene un carácter genérico por cuanto comprende toda forma de uso, es decir, por cualquier *“forma o procedimiento”*, conocida o por conocerse, por tanto, el ejercicio de las facultades que emanan del derecho patrimonial no está sujeto a *“numerus clausus”*; las modalidades mencionadas en la ley tienen sólo un carácter enunciativo. Ahora bien, en Chile no se encuentra consagrado expresamente el carácter genérico del derecho patrimonial de autor, sin embargo, para algunos autores, entre ellos, Pablo Ruiz-Tagle, se desprende del artículo 19 de la LPI al establecer que *“nadie podrá utilizar públicamente una obra que pertenece al dominio privado sin haber obtenido autorización expresa del titular del derecho de autor”*. Según lo planteado por este autor, la norma se expresa en términos tan amplios respecto de la facultad de *“utilizar”* una obra que no solo abarcaría las

morales y otro a las facultades patrimoniales. La legislación vigente en Chile reconoce de manera expresa tanto las facultades morales como las patrimoniales, acercándose a la teoría dualista distinguiendo entre derecho moral y derecho patrimonial.

facultades expresamente reguladas en la ley, sino que todos los posibles usos que pueden ser desarrollados en relación con una obra³³. Además, se apoya en el artículo 18 de la LPI, el cual señala expresamente que “*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 (...)*”, y en seguida enumera a modo de ejemplo un listado de formas que, como se observa del propio precepto, están regulados en términos amplios³⁴.

Ahora bien, las distintas formas o facultades de usar una obra han sido encuadradas en las siguientes categorías de derechos exclusivos: derecho de reproducción, derecho de modificación, derecho de distribución y derecho de comunicación al público. Este último está directamente relacionado con el trabajo y tiene cierta complejidad por su regulación fragmentada y asistemática en la LPI³⁵.

El año 2003 se incluyó un concepto de “*Comunicación Pública*” (artículo 5 letra v) de la LPI que vino a complementar y aclarar qué se entiende con este acto en particular, por lo cual, se llevará a cabo un examen de esta norma. Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que, aunque no se regule la puesta a disposición del público de obras protegidas, ofreciendo acceso a ellas en forma interactiva, no impide que el autor o titular de una obra intelectual disponga igualmente del derecho exclusivo de autorizar o prohibir cualquier uso, ya que, de acuerdo con lo explicado, existen tantos derechos exclusivos como formas de utilización sean factibles, conocidas o por conocerse. Con relación a la puesta a disposición interactiva, cabe anticipar que la Ley 20.959 de 2016 regula derechos de mera remuneración a ciertos autores de obras audiovisuales, cuestión a profundizar en el capítulo dos.

Cabe agregar que cada uno de los derechos patrimoniales son independientes entre sí, es decir, se explotan y ejercen de forma autónoma. De forma que, si se otorga la autorización de uso para poner a disposición una obra audiovisual en una plataforma de contenidos, por ejemplo “*Netflix*”, no se faculta para distribuir una copia física de la obra, o para transformar esta obra, ni siquiera para usarla por otra modalidad de comunicación como exhibirla por algún medio de radiodifusión como la televisión. Este

³³ RUIZ-TAGLE, P., “*Propiedad Intelectual y Contratos*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 371

³⁴ Esto último es posible apreciar en algunas formas de uso, por ejemplo, con el derecho de reproducción donde la norma dice expresamente que el titular puede utilizar por la “*reproducción por cualquier procedimiento*”. Artículo 18 letra b), Ley 17.336

³⁵ La LPI identifica una serie de actos que implican un acto de comunicación al público de una obra protegida por el derecho de autor, cuyas disposiciones están dispersas en distintas normas, careciendo de una sistematización. En relación a la fragmentación del derecho de comunicación al público en la LPI, Elisa Walker postula que “*de las hipótesis identificadas por la ley, es posible concluir que, por un lado, el derecho de comunicación al público se puede ejercer en relación con obras que son difundidas en directo o en vivo tal como en un recital, recitación, lectura, exhibición y la ejecución. El típico caso de la ejecución en vivo es un concierto musical (...)*”. Prosigue más adelante señalando que, “*por otro lado, este derecho también está presente en aquellos casos en que la difusión de la obra se realiza de modo indirecto (...)*”, como por ejemplo la radiodifusión y la comunicación por cable, que son tratados en particular por la autora. WALKER, E., *op. cit.*, p. 162-163

se conoce como el principio de independencia de los derechos, y es una salvaguardia al titular a la hora de autorizar o ceder el derecho, puesto que deberá expresarse en el instrumento en cuestión que se está transfiriendo o autorizando el uso de la obra a través de la puesta a disposición de la obra al público, es decir, deberá figurar en el acto o contrato.

Finalmente, es importante mencionar que los derechos patrimoniales de autor tienen una duración limitada pues se extinguen transcurridos setenta años contados desde la muerte del autor.

Derechos Conexos

Existe otro conjunto de derechos que regula la LPI, denominados derechos conexos³⁶ al derecho de autor, es decir, aquellos derechos que se otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión³⁷. En este sentido, el artículo 1 de la LPI prescribe que protege los derechos que, por el solo hecho de creación de la obra, adquieren los autores, “(...) y los *derechos conexos que ella determina*”.

Mientras que los derechos que abarca el derecho de autor se refieren a los autores, los “*derechos conexos*” se aplican a otras categorías de titulares de derechos, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

La relación entre el derecho de autor y derecho conexos es cercana pues muchas veces la utilización de los derechos conexos constituye o forman parte en la utilización de obras que son protegidas por derecho de autor. Así, por ejemplo, en el caso de una obra audiovisual es necesario contar con las interpretaciones de los artistas o actores que encarnan a los personajes de la obra. Si dicha interpretación es fijada en formato audiovisual, formará parte en la utilización de la obra audiovisual. Este es uno de los temas que interesa a esta memoria, razón por la cual se justifica entrar a conocer los derechos conexos, pero sólo desde la perspectiva de los artistas que participan en la elaboración de la obra audiovisual, y de los derechos económicos por ser la puesta a disposición una modalidad de uso que emana de este conjunto de derechos, y además, en particular, porque el ordenamiento chileno les otorga

³⁶ Se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes. Definición de derechos conexos del Glosario de la OMPI.

³⁷ Para los efectos de la memoria se toma como objeto de estudio únicamente los derechos conexos de los artistas por existir normativa específica relacionada con el derecho de puesta a disposición por medios digitales interactivos, excluyendo de análisis los derechos de los titulares de fonogramas y de las empresas de radiodifusión.

un derecho de mera remuneración por la puesta a disposición interactiva de su interpretación fijada en formato audiovisual, aspecto que se aborda en el capítulo dos conforme exploramos³⁸.

En cuanto a la relación entre el derecho de autor y derecho conexo, la LPI señala que ninguna de las disposiciones relativas a derechos conexos podrá interpretarse en menoscabo de la protección que se le otorga al derecho de autor, estableciendo por tanto una especie de salvaguardia del derecho del autor. La protección del derecho de autor se justifica porque coexiste con el derecho conexo, el derecho de autor lo determina.

Por ello, los derechos de los artistas son denominados derechos “*conexos, vecinos o afines al derecho de autor*”, porque coexisten con el derecho de autor sobre determinada concreción de la obra creada. Contribuyen a la divulgación, conocimiento y disfrute de una obra, por ejemplo, en la obra audiovisual son necesarias las interpretaciones de los artistas que son fijadas en formato audiovisual, pero estos no constituyen un aporte creativo a la obra, sino que son producciones afines a la obra y que el artista, en cuanto titular, detenta un derecho conexo.

Ahora, a cada titular de derechos conexos, la LPI le otorga prerrogativas específicas reguladas en el Título II de la LPI. A los artistas les regula facultades en los artículos 65, 66 y 67 bis de la LPI. Normas por tratar en el capítulo dos.

En lo que respecta a la puesta a disposición, esta ley otorga expresamente a los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o fonogramas, de forma que cada miembro del público pueda tener, sin previa distribución de ejemplares, acceso a dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas, en el lugar y en el momento que dicho miembro del público elija, conforme dispone el artículo 67 bis de la LPI. Es una fórmula muy similar a la utilizada por el TOIEF. Sin embargo, tal como se observa, la norma sólo hace referencia a las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas y a los fonogramas, por consiguiente, no cubre a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual, de interés de este estudio, por lo tanto, en la LPI se verifica una omisión similar a lo ocurrido en el TOIEF, por lo tanto, no se les reconoce un derecho a autorizar o prohibir. Esta conclusión es esencial pues no será el artículo 67 bis aplicable al acto interactivo de producciones fijadas en formato audiovisual, y por ende, no permite al artista audiovisual controlar la explotación de la obra.

³⁸ Ver *infra*, p. 105

Esta cuestión no ha sido superada, aunque con la dictación y promulgación de la Ley 20.243 de 2008, se les reconoció expresamente a los artistas intérpretes y artistas ejecutantes del sector audiovisual a percibir una remuneración por la puesta a disposición de por medios digitales interactivos de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual, pero no así un derecho exclusivo de comunicación como ocurre con los autores.

Tal como se ha adelantado, en el capítulo dos se hace una exploración más exhaustiva del panorama de los titulares de derechos de autor y derechos conexos por la puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile, por lo cual el resumen básico de la materia se extenderá hasta aquí.

2.2 La definición de “Comunicación Pública” del artículo 5 letra v) de la Ley 17.336

Primeramente, cabe señalar que nuestro país incluyó la fórmula de *“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”*, siguiendo la tendencia de las legislaciones europeas y latinoamericanas en reconocer este uso como una modalidad del derecho de comunicación pública, y lo hizo consagrándola en la definición de comunicación pública que entrega la LPI.

Por ello, la norma encargada de definir *“Comunicación Pública”* es sumamente relevante para esta memoria, puesto que su contenido y aplicación encaja totalmente con los elementos intervinientes que presuponen los actos de comunicación de contenidos por medios digitales interactivos, *“a pedido”* o *“a la carta”*.

De esta forma, el ordenamiento jurídico chileno contiene un concepto de *“Comunicación Pública”*³⁹ en el artículo 5 de la LPI, letra v), que define el acto de comunicar una obra de la siguiente forma:

Artículo 5, letra v), de la LPI: *“Para efectos de la presente ley, se entenderá por: letra v) “Comunicación Pública: Todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva*

³⁹ Esta definición fue agregada por la Ley N° 19.912 del año 2003, que modificó la LPI y que tuvo por finalidad dar cumplimiento a las obligaciones de regulación asumidas por Chile, de conformidad con el Acuerdo que estableció la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos, en adelante *“El Acuerdo OMC”*, adoptados en el Acta Final de la Octava Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT, suscrita el 15 de abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, y que corresponden a materias propias de una ley. Tanto el Acuerdo OMC como sus Anexos, fueron promulgados mediante Decreto Supremo N° 16 del 5 de enero de 1995.

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”.

Según se observa, la puesta a disposición de la obra al público fue incorporada como una modalidad del derecho de comunicación al público. No obstante, antes de profundizar en el acto propiamente tal como modalidad de uso que emana del derecho patrimonial de autor, se expondrá un breve repaso de los elementos que conforman el concepto de comunicación pública con el fin de conocer brevemente este derecho de aprovechamiento económico tan particular.

2.2.1 Elementos que conforman el concepto de “Comunicación pública”

A partir de la definición de comunicación pública del artículo 5 letra v) de la LPI es posible extraer determinados elementos, sin perjuicio de esto, en la próxima sección se profundizará en las características y elementos propios de la puesta a disposición como modalidad del derecho de comunicación al público⁴⁰.

Así, dispone el artículo 5 letra v) de la LPI que: *“Para los efectos de la presente ley se entenderá por: letra v) Comunicación pública:*

- a. *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 (...)*

La definición parte del principio de que todo acto que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, ejecutado *“por cualquier medio o procedimiento”, “actualmente conocido o que se conozca en el futuro”,* constituye comunicación pública. Esto quiere decir que el derecho de comunicación al público no comprende sólo las modalidades o formas de comunicar conocidas o enunciadas en la ley, sino que todo acto que sirva para comunicar la obra, y también aquellas que están por conocerse. Este principio se funda en que es imposible para el legislador hacer un listado taxativo de las formas a través de las cuales se haga posible que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la

⁴⁰ Ver *infra*, p. 27

obra. Se relaciona directamente con el carácter genérico del derecho patrimonial que se regula en los artículos 18 y 19 de la LPI⁴¹.

- b. “(…) por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra (…)”

Este aspecto apunta al carácter público del derecho de comunicación pública. Esto no quiere decir que se distinga según se ejecute en espacios públicos o privados, sino a la posibilidad de que el público pueda acceder a la obra. Al respecto es relevante adelantar que las transmisiones digitales permiten, gracias a los sistemas interactivos, que un sólo usuario, en un momento determinado, haya solicitado el acceso y disfrute de una obra en específico. Por ello, es razonable preguntarse si acaso es posible calificar a esa única persona como público, y por ende, afirmarse que existe allí una comunicación pública. Es así porque basta que la pluralidad de personas “ *pueda* ” tener acceso a la obra, aunque no acceda efectivamente a ella. Este carácter público de la puesta a disposición se trata más adelante al analizar las características de este derecho en particular⁴².

- c. “(…) sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas (…)”

Este elemento es que el permite distinguir el derecho de comunicación pública del derecho de distribución, pues este último consiste en la puesta a disposición del público del original o copias “*tangibles*” de la obra, es decir, cuando existe una distribución previa de ejemplares físicos a cada persona. En cambio, en el derecho de comunicación pública no hay una distribución previa de ejemplares tangibles o físicos⁴³.

- d. “(…) 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 (…)”.

En esta parte del precepto se señala expresamente que el acto de comunicación pública incluye o comprende la fórmula de 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* ”. Esto

⁴¹ Ver *supra*, p. 16

⁴² Ver *infra*, p. 30

⁴³ Ver *infra*, p. 43

quiere decir que el legislador entendió que la puesta a disposición de la obra al público está cubierta por el derecho de comunicación pública. Esta afirmación se sustenta porque la norma está indiscutiblemente inspirada en la fórmula neutral del artículo 8 del TODA, lo que reafirma que nuestro país, en consonancia con otros países de tradición latina que apostaban por este derecho, consideró que era un acto cubierto por el derecho de comunicación al público, y no de distribución.

Ahora bien, en la regulación chilena se encuentra una gran diferencia con el artículo 8 del TODA, ya que la norma internacional prescribe un derecho exclusivo a los autores de “*autorizar*” o “*prohibir*” cualquier comunicación al público de su obra, incluyendo la puesta a disposición del público de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. En cambio, la LPI no otorga expresamente la facultad de autorizar o prohibir la puesta a disposición de la obra al público, sino que el legislador eligió entregar un concepto de comunicación pública en el cual incluyó esta regla o fórmula jurídica de la “*Solución Paraguas*”. Esta conclusión está estrechamente relacionada con la ubicación de la puesta a disposición interactiva en las definiciones de la LPI y no en el derecho patrimonial de autor, ni en los derechos conexos al derecho de autor.

Pese a lo anterior, se ha de tener en cuenta que el carácter genérico del derecho patrimonial de autor implica que las formas de usar una obra no están sometidas a “*numerus clausus*”, por ende, aún cuando no esté regulado expresamente en el derecho patrimonial, el autor o titular del derecho de autor igualmente cuenta con el derecho de puesta a disposición de la obra al público, puesto que nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido autorización expresa del titular del derecho de autor conforme prescribe el artículo 19 de la LPI.

2.2.2 Importancia del artículo 5 letra v) de la Ley 17.336

En primer lugar, se insiste en la importancia del artículo 5 letra v) de la LPI a la hora de establecer que el derecho aplicable a las transmisiones digitales “*a pedido*” o “*a la carta*” es el derecho de puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas al público como modalidad del derecho de comunicación al público, y no el derecho de distribución. Cabe agregar en este sentido que la regla del artículo 5 letra v) de la LPI, al igual que el artículo 8 del TODA, contiene una regulación tecnológicamente neutra, por tanto es posible que toda forma de comunicación tenga cabida dentro de esa categoría, en particular, para efectos de esta investigación, aquellos accesos de obras audiovisuales que se realizan por medios digitales interactivos. Esto permite concretar el objetivo de la legislación de lograr un suficiente nivel de

protección en favor de los autores con el fin de que estos puedan recibir una compensación adecuada cada vez que un tercero utiliza su obra por este uso en particular (según se analiza en el capítulo dos).

En segundo lugar, el hecho de que la puesta a disposición de la obra al público se encuentre regulada en las definiciones de la LPI tiene importantes repercusiones en la actividad interpretativa. Se señala al efecto que *“La interpretación de la ley es el proceso encaminado a captar y determinar el exacto sentido de ella”*⁴⁴, razón por la cual no es posible aplicar la ley sin interpretarla; captar su sentido es esencial, pues es necesario para lograr la relación entre la norma y los hechos concretos que esta supone regular. En este sentido, *“La aplicación de la ley supone siempre una interpretación previa, para ver si el caso concreto de que se trata queda comprendido en la hipótesis de la ley cuya regulación se pretende someterlo”*⁴⁵. Teniendo esto en consideración, cabe apuntar que la LPI es la principal norma jurídica encargada de regular los derechos de autor y derechos conexos, y que su estructura comienza con el Título I denominado *“Derecho de Autor”*, cuyo capítulo I, denominado *“Naturaleza y Objeto de Protección. Definiciones”*⁴⁶, contiene definiciones de esta área de la propiedad intelectual que sirven para interpretar las demás disposiciones de esta ley.

De ahí que el encabezado del artículo 5 de la LPI señala expresamente lo siguiente: *“Para los efectos de la presente ley se entenderá por (...)”*. Es decir, la norma está dictaminando que para los efectos de su aplicación, se utilizarán las definiciones allí indicadas, y no otras⁴⁷. Se encuentra aquí el primer mandato para una interpretación respecto a las demás disposiciones de esta norma.

El problema de la ubicación de la puesta a disposición de la obra al público es que podría ser considerada y restringida su definición únicamente para el Título I, es decir, *“Derecho de Autor”*, quedando fuera los *“Derechos Conexos”*, que se encuentran regulados en el Título II. Sin embargo, esta cuestión no es tan así, pues conforme a las palabras de la ley, el artículo declara expresamente que para los efectos de la *“presente ley”* se van a aplicar las definiciones señaladas, abarcando por tanto todos sus títulos. Esta idea es aplicación del artículo 19 inciso 1° del Código Civil que establece que *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*. Igualmente, esta idea encuentra sustento en el artículo 22 inciso 1° que señala que *“El contexto de la ley*

⁴⁴ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *“Tratado de Derecho Civil”*, Editorial Jurídica, Santiago, 1998, p. 97

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ El proyecto original de la Ley 17.336 contenía el término *“definiciones”* en el mismo artículo 5, sin embargo, se decidió incorporar la palabra al Capítulo I porque en el fondo ese es el contenido de dicho capítulo. Historia de la Ley 17.336, p. 242

⁴⁷ En la discusión particular de la historia de la Ley 17.336 se señaló que *“el artículo 5 es de carácter definitorio para los efectos de la aplicación de la ley, ya que especifica el concepto de distintos tipos de obras o actividades protegidas por la ley (...)”*. Historia de la Ley 17.336, p. 66

servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, quedando claro que el sentido de la LPI es otorgar definiciones para cada uno de sus títulos. En apoyo de esta cuestión se debe considerar que el artículo 5 de esta ley prescribe definiciones relacionadas directamente con los derechos conexos al derecho de autor como son por ejemplo la definición de artista, intérprete o ejecutante, productor de fonogramas u organismos de radiodifusión. Ahora bien, el artículo 5 letra v) de la LPI se restringe a obras, y no a producciones, por lo que no es tan clara su aplicación.

Sin perjuicio, se ha de recordar también que la letra v) del artículo 5 de la LPI fue incorporada por la Ley 19.912 de 2003, que tuvo por objeto adecuar la legislación conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en particular aquellas relativas a la protección de los derechos de autor y derechos conexos. A pesar de su contenido ceñido a esta finalidad, la ley regula otros aspectos que no formaban parte de los ADPIC, entre ellos, la noción de comunicación pública y de reproducción. Esto es relevante en materia de interpretación legal, pues es una norma que fue integrada para la correcta protección del derecho de autor y derechos conexos, considerando las dificultades que existían en nuestra legislación por no contar con un concepto de comunicación pública y reproducción (sobre todo de reproducción temporal) acorde a los avances tecnológicos. En este sentido, es posible considerar al artículo 5 letra v) como una norma interpretativa que no sólo tiene efecto retroactivo, sino que también permite armonizar su contenido con las demás normas de la LPI. Al respecto, el principio establecido por el Código Civil es que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo (artículo 9 inciso 1º del Código Civil). Ello con la sola excepción de las leyes interpretativas, que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, y se entienden incorporadas en las leyes que interpretan (y tiene efectivamente la fecha de vigencia de estas), con la reserva de que no pueden afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (artículo 9 inciso 2º del Código Civil).

Por otra parte, el artículo 5 de la LPI puede ser fuente de interpretación judicial, es decir, aquella interpretación que emana de los Tribunales de Justicia, los cuales resuelven conflictos entre partes enfrentadas en un proceso judicial y cuyos efectos obligan solamente a las partes. Las sentencias que emanan de los Tribunales de Justicia (llamada Jurisprudencia), corresponde a la interpretación realizada de la ley frente al caso concreto. En cuanto a su importancia, Enrique Barros Errazuriz indica que *“De esta manera, el rol de la Jurisprudencia es muy importante puesto que las resoluciones que dictan los tribunales tienden naturalmente a inspirarse en los fallos anteriores en que se estudiaron y resolvieron los mismos asuntos. Esto no obsta a los tribunales para conservar su plena independencia para fallar*

el nuevo litigio en la forma que consideren más ajustada al derecho”⁴⁸. En este sentido, el artículo 5 letra v) ha tenido gran relevancia para los jueces nacionales para efectos de interpretar en qué casos concretos se está frente a un acto de comunicación al público. Por lo tanto, se entiende que la interpretación judicial debe ser ejercida de un modo amplio y no restrictivo, con el objeto de garantizar un elevado grado de protección de los titulares de derecho de autor y conexos, de forma tal que se considere que existe un “*acto comunicación*” bastando sólo que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella desde el lugar y momento que deseen. Luego veremos cómo se ha aplicado esta interpretación de comunicación al público por los jueces⁴⁹.

2.3 La puesta a disposición de la obra o prestación al público en normas especiales

El ordenamiento jurídico chileno regula la puesta a disposición de obras y prestaciones al público en normas complementarias a LPI. Efectivamente, la norma citada en la sección precedente no constituye la única fórmula legal que nuestro país ha utilizado para hacer referencia a la puesta a disposición de la obra o prestación al público.

El artículo 3 de la Ley 20.243, dictada el año 2008, dispone de derechos específicos en relación a facultades morales y patrimoniales de los artistas, intérpretes y ejecutantes, al establecer expresamente un derecho a percibir remuneración, incluso después de haber cedido los derechos, por “*la puesta a disposición por medios digitales interactivos*”, que se realice respecto de los soportes o formatos audiovisuales en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley 20.959, dictada el año 2016, extiende la aplicación de la ley citada en el párrafo anterior a los directores y guionistas de las obras fijadas en formato audiovisual, estableciendo expresamente que estos también tienen un derecho irrenunciable e intransferible a percibir la remuneración establecida en el artículo 3 de la Ley número 20.243, con las limitaciones y excepciones contenidas en el Título III de la Ley 17.336, cuando sean procedentes. Reconociendo de esta manera expresamente el derecho a percibir remuneración a los directores y guionistas por la puesta a disposición

⁴⁸ BARROS, A., “*Curso de Derecho Civil, primer año según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado*”, Editorial Nacimiento, Santiago, 1930, p. 70

⁴⁹ Ver *infra*, p. 32-33

por medios digitales interactivos de las obras audiovisuales en las que hayan participado con su respectivo aporte creativo.

A pesar de esta limitada regulación específica, y además de la particular legislativa en reconocer estos derechos en leyes especiales y no en la principal norma jurídica de propiedad intelectual (LPI), el avance legislativo va orientado en otorgar mayor protección a los autores y demás titulares. En el capítulo dos de esta investigación se tratan los aspectos relacionados con la titularidad de derechos de autor en relación con las obras audiovisuales y los aspectos relacionados con la titularidad de los derechos conexos relativo a las fijaciones en formato audiovisual de las interpretaciones.

De manera que es el capítulo dos⁵⁰ el que ahonda en estas leyes especiales por cuanto contienen una regulación específica de la titularidad de los derechos de autor y conexos en relación al nuevo derecho de mera remuneración que garantizan estos cuerpos normativos, lo que contribuirá al objeto central de la presente memoria en torno a resolver cómo se resuelve la titularidad de derechos de autor y conexos por la puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile, y examinar así el panorama que viven estos titulares de derechos con los productores y distribuidores de contenidos audiovisuales.

3. El derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público

Acercas de la calificación jurídica del derecho de puesta a disposición de la obra y prestación al público, se han planteado dos posturas, una que considera esta forma de explotación como un derecho nuevo y autónomo, es decir, como un derecho distinto al derecho de reproducción, al derecho de distribución, al derecho de modificación, incluso del derecho de comunicación al público, y otra postura que vislumbra el derecho de puesta a disposición como una forma o modalidad del derecho de comunicación o de distribución.

En el ámbito internacional, es el artículo 8 del TODA el precepto que se encarga de regular la puesta a disposición como una facultad de los autores comprendida dentro del derecho de comunicación pública, mientras que los artículos 10 y 14 del TOIEF se encargan de reconocer expresamente “*el derecho de poner a disposición*” a los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas. No obstante, los artículos 10 y 14 del TOIEF no hacen referencia alguna al derecho de comunicación al público para los titulares de derechos conexos, a diferencia del artículo 8 del TODA. A falta de esta

⁵⁰ Ver *infra*, p. 107

mención expresa, una parte de la doctrina ha entendido que la puesta a disposición es un derecho nuevo exclusivo que encajaría dentro de la “*Solución Paraguas*” adoptada en la Conferencia de Ginebra de 1996, que como se ha observado, otorgaba a los Estados la elección entre crear un nuevo derecho exclusivo o combinar diferentes derechos⁵¹.

Otra parte de la doctrina considera que el legislador internacional no tuvo por objeto crear un nuevo derecho exclusivo en lo referente al derecho de autor, ni derechos afines. Entre ellos Fernando Carbajo, quien señala que no se incluyó el derecho de comunicación al público para los titulares de derechos conexos debido al “*desconocimiento*” de este derecho por parte de ordenamientos de gran influencia en los Tratados Internacionales de 1996, como los EE. UU⁵². En relación a esta cuestión, Mihaly Ficsor señala que los Tratados Internet no introdujeron ningún nuevo derecho “*respecto a las transmisiones digitales*”, de tal forma que estas sólo eran percibidas y analizadas jurídicamente como una comunicación pública - principalmente - o como una distribución de copias⁵³. En esta línea, y a nivel de doctrina nacional, Santiago Schuster sostiene que la cuestión se encuentra resuelta de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del TODA, así como los artículo 10 y 14 del TOIEF, en tanto que “*la transmisión de obras en línea, constituye una forma de comunicación, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red, y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final*”⁵⁴.

Ahora, según lo ya desarrollado, se propuso la “*Solución Paraguas*” concretamente para esta cuestión, donde las partes eran libres de escoger e implementar de garantizar el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición al público a través de la aplicación de un derecho distinto al de comunicación al público o a través de una combinación de derechos. No obstante lo cual, hoy está prácticamente superada la cuestión, y todas las opiniones convergen en que la puesta a disposición a nivel internacional es una modalidad del derecho de comunicación pública.

⁵¹ FICSOR, M., “*Plenaria - Tema III. La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital*”. Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La propiedad intelectual, un canal para el desarrollo, en Panamá del 15 a 17 de octubre de 2002, p.10

⁵² CARBAJO, F. “*Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*”, Colex, Madrid, 2002, p. 163 y 165

⁵³ FICSOR, M., “*Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*”, en 110 años de protección internacional del derecho de autor: Berna 1886-Ginebra 1996: III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, 331-344, p.331.

⁵⁴ SCHUSTER, S., “*El derecho de autor y los derechos conexos en el mundo digital*”, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos, OMPI, 1997, p. 248

Bien, respecto al régimen jurídico chileno, a la luz del artículo 5 letras v) de la LPI, y del análisis efectuado anteriormente⁵⁵, es posible señalar sin lugar a duda que la puesta a disposición es una forma de comunicar, y por tanto es el derecho de comunicación al público el derecho aplicable para regular los actos de transmisión de obras o prestaciones protegidas a través de las redes digitales de comunicación.

Ahora bien, si bien se ha resuelto este problema, esto no quiere decir que la puesta a disposición de la obra y prestación al público se equipare a las otras formas de comunicar reguladas en la norma, por cuanto se debe tener en consideración la existencia del principio de independencia de los derechos patrimoniales que implica reconocer que cada uno de los derechos patrimoniales consagrados en la ley se ejercen y explotan de forma autónoma. Por lo mismo, el artículo 20 inciso 3° de la LPI prescribe que *“A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma naturaleza”* (el estudio vuelve sobre este punto más adelante⁵⁶).

Con todo, es posible identificar características del derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público que le son propias y que permiten distinguirla de otras formas de comunicar⁵⁷. A continuación, se describen cuáles son estas características propias del acto ajustadas a lo regulado en nuestro país.

3.1 Es un derecho exclusivo que requiere de autorización

El acto de puesta a disposición de obras o prestaciones al público, amparada por el derecho de autor y derechos conexos respectivamente, se encuentra invariablemente sujeto al ejercicio de un derecho exclusivo por parte del legítimo titular de los derechos respectivos. La puesta a disposición constituye una forma o modalidad de comunicación al público, por lo cual, al igual que el resto de los derechos exclusivos de explotación, el ejercicio sólo puede llevarse a cabo por el titular o con su autorización - *ius prohibendi* -, salvo en aquellos casos de excepción o que la obra pertenezca al dominio público.

⁵⁵ Ver *supra*, p. 23

⁵⁶ Ver *infra*, p. 94

⁵⁷ En este sentido, Delia Lipszyc señala que *“(...) es la forma de uso característica o propia - pero no única - del entorno tecnológico de redes digitales, y sus notas distintivas son: a) Consiste en un acto de puesta a disposición, y que con la sola realización de ese acto queda perfeccionada, razón por la cual es necesario obtenerse la autorización de parte del titular del derecho; b) Que la puesta a disposición es del público, y que ese público no está presente en el lugar en que tiene origen el acto; c) Que las persona del público puedan tener acceso a las obras desde diferentes lugares y en diferentes momentos; d) Que el acceso es de naturaleza interactiva lo cual importa que la elección es individual, e) Que la comunicación se logra y hace efectiva previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la red, con la reproducción del archivo que contiene la obra en el ordenador personal del solicitante”*. LIPSZYC, D., “Nuevos temas (...)”, *op. cit.* p. 139.

Según veremos en el capítulo dos⁵⁸, el productor audiovisual es el titular del derecho de explotación en las obras audiovisuales, razón por la cual será este quien estará facultado para poner a disposición la obra al público personalmente (cuando a la vez es distribuidor de contenidos), o bien autorizar a un tercero a ponerla a disposición al público, en general, en este último caso autoriza a los distribuidores de contenidos audiovisuales. Los autores no tienen la facultad de autorizar o prohibir, sin embargo, el ordenamiento les reconoce en particular al director y al guionista un derecho de mera remuneración irrenunciable por la puesta a disposición por medios digitales interactivos de las obras audiovisuales. Lo mismo ocurre con el artista que, en los contratos que celebra con el productor audiovisual, en general, cede los derechos patrimoniales, por lo que no tiene facultad alguna para efectos de autorizar o prohibir la utilización por la puesta a disposición de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en formato audiovisual, sin embargo, igualmente goza del derecho de mera remuneración, irrenunciable e intransferible, incluso después de haber cedido el derecho de puesta a disposición. Esta característica en particular será desarrollada con mayor profundidad en el capítulo dos que explora las cuestiones de titularidad por la puesta a disposición de contenidos audiovisuales en Chile, razón por la cual, basta señalar por ahora que es un derecho exclusivo por cuanto pertenece sólo al titular la prerrogativa de autorizar o permitir este uso.

3.2 El carácter público del derecho de puesta a disposición de la obra o prestación al público

En su idea original, se consideraba que el derecho de comunicación pública debía desarrollarse en un entorno en el que el público se encontraba en el mismo espacio y tiempo en el que la obra o prestación se desarrollaba. Por lo mismo, tradicionalmente comprendía las representaciones teatrales o escénicas, las recitaciones, y en general ejecuciones públicas de obras dramáticas, literarias y musicales. Con la aparición de tecnologías telemáticas deja de ser un problema el espacio, de modo que el público ya no necesitaba encontrarse en el mismo lugar para apreciar la obra. Es así que la radio y la TV cambiaron el concepto tradicional de comunicación al público. Hoy, se ha complejizado aún más el concepto debido a la aparición de la red Internet que ha ampliado aún más el campo de interpretación del acto de comunicar y hace volver a reconsiderar el carácter público de comunicar obras intelectuales. Por esta razón, el carácter público del derecho de comunicación es uno de los aspectos que ha llevado más discrepancias a nivel nacional e internacional.

⁵⁸ Ver *infra*, p. 79 y p. 103

Esta sección divide los temas de estudio en los tres elementos que configuran el carácter público⁵⁹ del derecho de puesta a disposición al público, a saber:

3.2.1 La comunicación va dirigida a una “pluralidad de personas”

Este elemento se configura porque el acto de comunicación va dirigido a una “pluralidad de personas” conforme prescribe el artículo 5 letra v) de la LPI. Esta concepción ha sido construida por oposición a la comunicación restringida a un ámbito privado o doméstico; en otras palabras, la comunicación debe ir dirigida de manera abstracta al público, y no orientarse a un colectivo concreto de personas en un ámbito doméstico. Cabe destacar entonces que detrás del carácter público no se encuentra la circunstancia que esta sea difundida públicamente.

De esta forma, la LPI no considera comunicación al público la utilización de la obra dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencias, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos⁶⁰. Por tanto, no se requerirá de autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna cuando se comunique una obra en el núcleo familiar (tampoco se debe pagar remuneración porque las limitaciones también son aplicadas a las Ley 20.243).

El problema ha sido determinar qué se entiende por núcleo familiar. Se señala que la comunicación 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 personas, ya sea de manera simultánea o sucesiva en un lugar que los puede reunir o no, lo cual va unido a una intención de que el acto de emisión de la información traspase el ámbito privado o familiar, esta intención de comunicar es fundamental para determinar cuándo se está ante esta excepción.

Se complementa a esta concepción e intención un aspecto objetivo de la “pluralidad de personas”, es decir, la especial relación existente entre el público que disfruta el contenido de la obra y

⁵⁹ Nota 10.17 del artículo 10 de la “Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, p. 45, señala que “El término “público” ha sido utilizado en el artículo 10 en la misma forma en que ha sido utilizado en las disposiciones vigentes del Convenio de Berna. Será competencia de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia definir lo que es ‘público’. No obstante, deberían tener en cuenta los aspectos abordados en la nota 10.10. El público está compuesto por ‘miembros del público’ que pueden tener acceso a las obras desde lugares diferentes y en momentos diferentes”.

⁶⁰ Artículo 71, letra N) de la Ley 17.336.

el organizador del acto donde se explota la misma, razón por la cual el concepto de público viene definido por una dimensión económica del acto, por su explotación⁶¹. En este sentido, si la explotación se efectúa en un ámbito familiar, el hecho de que haya pluralidad de personas no indica que se esté ante un acto de comunicación pública. Erdozain López señala al efecto que *“el concepto de público, al menos en lo que se refiere al acto de comunicación pública, viene definido no tanto por el número de personas al que va destinada la obra, sino por la dimensión económica que tal colectivo tiene de cara a su explotación”*⁶². Es entonces un aspecto económico el que vendrá a definir la cuestión como criterio objetivo⁶³.

3.2.2 La “posibilidad de acceso” a la obra o prestación de forma efectiva

El fin de la comunicación es que el contenido sea disfrutado por otros, de manera que el acto de comunicar una obra o prestación sólo se entiende si existe un público al que está destinada y que pueda acceder de manera efectiva a estos objetos. En este sentido, todo acto de comunicación se caracteriza por la existencia de una acción de comunicar, es decir, por una pretensión de que la obra o prestación sea accesible y perceptible por otros, ya sea directa o indirectamente, de manera efectiva.

Ahora bien, cuando se habla de manera efectiva, se refiere exclusivamente a que la pluralidad de personas pueda captar el mensaje intelectual, es decir, que el medio empleado permite la comunicación, ya que en caso contrario no habría una transmisión de su contenido a los destinatarios. De esta forma, no es preciso señalar que el público tenga un acceso efectivo al contenido protegido, sino

⁶¹ En el fallo de la Corte Suprema, causa rol 41.891-2017, considerando sexto, se ha señalado que: *“Sexto: Que, atendido lo anteriormente expuesto, la tesis sostenida por la sentencia impugnada en el sentido que la demandada, en dependencias del Hotel Diego de A. Santiago-Centro, realiza actos de comunicación pública que se inscriben al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 letra v) de la Ley N° 17.336 respecto de las obras de EGEDA, al poner a disposición de sus clientes, en las habitaciones y espacios comunes, aparatos de televisión en que se exhiben obras protegidas por el derecho de autor, es la correcta, pues, tal como ha sido referido por esta Corte en autos Rol N° 86-2006, un establecimiento hotel constituye una unidad a la que accede el público en general, no pudiendo dividirse sus dependencias en públicas o privadas, puestas que se encuentran al servicio de los usuarios que accedan a ellas en virtud del contrato de hospedaje, con prescindencia de las formas en que se utilicen, atendido el fin específico que les es propio. En dicho sentido, la difusión de obras audiovisuales no deja ser pública por el hecho que cada uno de los huéspedes acceda o pueda acceder a las obras transmitidas no colectivamente y en un mismo lugar, sino individualmente, y en espacios especialmente reservados para esta clase de acceso, como son las habitaciones del respectivo recinto, no pudiendo considerarse dichos espacios como propios del núcleo familiar o de aquellos recintos expresamente aludidos en el artículo 71 letra n) de la Ley de Propiedad Intelectual. Tampoco resulta necesario determinar si un huésped accedió o no a un contenido específico o particular ya que, desde que el establecimiento cuenta con monitores que permiten el acceso a dichos contenidos, encontrándose accesibles a los huéspedes, se entiende que ejecuta la aludida comunicación pública”*.

⁶² LÓPEZ, J., “Tema 3: Los derechos de explotación”, en *Manual de Propiedad Intelectual* (ED. R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 83-95, 113-117 y 121-123, p.85

⁶³ En este sentido, la Corte Suprema, en causa rol 41.891-2017, consigna en la parte final del considerando Sexto (antes citado): *“(…) Que dicha interpretación se ve ratificada, tal como fue sostenido por la sentencia que se impugna, por el hecho que el empresario hotelero ofrece un servicio de naturaleza comercial, que ha sido denominado como ‘empaquetado’, que está constituido por un conjunto de productos que se empaquetan por un precio único entre los que se encuentran, además del servicio de alojamiento, otros como el de estacionamiento, acceso a internet, telefonía, radio y televisión, cobrando por todos una tarifa única”*.

que es suficiente con que se dé la “*mera posibilidad de acceso*” a este, por cuanto, esta mera posibilidad de acceso es el requisito determinante para la existencia de comunicación pública. En efecto, el acto de comunicación se producirá incluso en aquellos casos en los que un sitio *web* o servicio interactivo ponga la obra a disposición del público, aunque la transmisión de la obra no haya comenzado de forma efectiva, pues, reiteramos, la mera puesta a disposición de la obra en un sitio *web* hace que la misma sea potencialmente disfrutada.

En este sentido, Ricardo Antequera señala que lo particular de este uso es que “*(...) el sistema pone a disposición de todo el público con acceso a la red la posibilidad de obtener la información solicitada, aunque una, pocas o incluso ninguna persona la solicite en una determinada ocasión*”⁶⁴. Por su parte, señala Carbajo Cascón en relación a la explotación en línea (“*online*”) de obras y prestaciones digitalizadas que se trata de un “*(...) acto de comunicación al público consistente en la prestación de un servicio de transmisión en línea que lleva anejo un resultado cierto como es la posibilidad de disfrute temporal en pantalla (y/o) altavoces de una obra determinada mediante su reproducción temporal en la memoria RAM del ordenador o terminal o la posibilidad de almacenar o descargar (download), esto es de realizar y conservar una copia digital permanente de la obra, en el disco duro del ordenador o en un soporte material externo (disquete, CD-ROM) para uso exclusivamente personal (...)*”⁶⁵.

Respecto a este punto, los Tribunales de Justicia⁶⁶ han señalado que el término “*pueda tener acceso*” se refiere a la circunstancia de que la pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, tengan la “*potencialidad de tener acceso*” a la obra, en este caso, audiovisual, de tal manera que el legislador, no restringe la definición de “*comunicación pública*” a un hecho efectivo y concreto, sino que incluye además la posibilidad de que las personas tengan acceso a la obra, y no necesariamente un acceso efectivo⁶⁷. En esta sentencia se puede observar concretamente la labor interpretativa efectuada por el juez, de la que se habló en relación a la importancia del artículo 5 letra v) de la LPI para efectos de iluminar e interpretar la ley.

⁶⁴ ANTEQUERA, R., “*Estudios de Derechos (...)*”, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁵ CARBAJO, F., *op. cit.*, p. 173

⁶⁶ Se reitera la idea en el fallo de la Corte Suprema, causa rol 21.763-2017, en la parte final del considerando Sexto: “*Tampoco resulta necesario, como lo exige la sentencia de primera instancia en su motivación vigesimotercera, que comparta la impugnada, determinar si un huésped accedió o no a un contenido específico o particular a partir de la operatividad del monitor de televisión, máxime cuando el establecimiento cuenta con monitores en los lugares de uso común y habitaciones, de libre acceso o asequibles para los huéspedes, entendiéndose de esta manera ejecutada la comunicación pública*”.

⁶⁷ Sentencia definitiva dictada por el 25° Juzgado Civil de Santiago en Causa rol C-6691-2017, caratulados EGEDA Chile/Hotelería Solace SpA., p. 61. Es interesante que en el recurso de apelación se haya revocado la sentencia y luego la Corte Suprema haya revocado y dictado sentencia de reemplazo, lo que reafirme el valor interpretativo a nivel judicial del artículo 5 de la LPI que se ha resaltado en esta memoria.

En conclusión, no es necesario que el acceso a la obra o prestación se produzca de manera efectiva, toda vez que el acto de comunicación se perfecciona con la mera posibilidad de acceso, es decir que se haga posible la comunicación a los miembros del público, pero no que dicha comunicación se concrete efectivamente.

3.2.3 La idea de público “nuevo” en la puesta a disposición de la obra al público

La idea central de este elemento es que el titular de derecho de autor tiene un derecho general a la explotación de su obra, por consiguiente, toda utilización de una obra por un tercero sin el consentimiento previo vulnera los derechos del autor de dicha obra.

Así, en términos simples, en caso de que un titular haya autorizado la puesta a disposición de una obra (comunicación pública) en una página *web* determinada (sitio *web* abierto, por ejemplo) para que cualquier persona pueda acceder de ella, no autoriza a otra persona para poner a disposición dicha obra en otra página *web* distinta para que el público de Internet pueda acceder a través de esta última.

Esta idea nace a raíz del caso *Svensson*, analizada por Ignacio Garrote⁶⁸ y es interesante mencionar pues tiene directa relación con la puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas en redes digitales interactivas, en particular en la red internet, cuestión que sin dudas irá progresando en la labor interpretativa del derecho de comunicación al público y la concepción de público.

Se concluye en este caso que se necesita que una comunicación, que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica, se dirija a un público nuevo, entendido como un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.

⁶⁸ GARROTE, I., “La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derecho de propiedad intelectual cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet con licencia de autor”, Revista La Ley Unión Europea N° 64, Editorial Wolters Kluwer, 2018, p. 9

3.3 En el derecho de puesta a disposición los miembros del público pueden tener acceso a las obras o prestaciones protegidas desde diferentes lugares y en diferentes momentos

La puesta a disposición de la obra al público tiene una característica compleja derivada de la posibilidad de que el acto inicial en virtud del cual se pone a disposición la obra o prestación sea perfeccionado en un país determinado, y que la solicitud de acceso por parte del usuario o consumidor final se verifique desde otro territorio y en otro momento. Por esta razón, el acto se engloba dentro de los denominados “*usos transfronterizos*” dado que en muchos casos traspasa las barreras físicas de los países.

En efecto, este uso ha supuesto la eliminación de las barreras físicas entre los Estados, ya que una obra protegida puede encontrarse en cualquier lugar del planeta y ser accesible al público en cualquier lugar y momento. A esta cuestión se le ha denominado “*ubicuidad del contenido*”, en tanto es posible que este se halle en cualquier lugar del planeta. La ubicuidad de las obras y prestaciones protegidas puestas a disposición en línea (“*online*”) provoca una serie de problemas conforme se describe a continuación, siendo uno de los objetivos de esta sección describir las cuestiones que plantea la protección de la obra audiovisual cuando esta es objeto de explotación a nivel internacional, y luego, examinar de qué forma los sistemas nacionales de derechos de autor pueden resolver estas cuestiones.

3.3.1 El problema de los “*usos transfronterizos*”

Como hemos señalado, uno de los problemas de la puesta a disposición se relaciona con la multiplicación y expansión geográfica por utilizaciones transfronterizas de los bienes protegidos⁶⁹. En doctrina, se señala al respecto que “*el entorno digital complejiza (y también torna más oneroso) los problemas de derecho de autor, debido en parte a que los usos e infracciones de los derechos traspasan cada vez más las fronteras estatales. Esto se debe a que salvo que sea aplicable un contrato o un tratado internacional, el alcance de las leyes y procedimientos jurídicos de cualquier estado tradicionalmente terminan en las fronteras de ese estado, de forma que cada país tiene el interés de aplicar sus propias leyes respecto de los usos de bienes protegidos*”⁷⁰.

⁶⁹ SCHUSTER, S., “*Responsabilidad Legal en las Redes Digitales y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea*”, El Derecho de Autor ante los Desafíos de un Mundo Cambiante, Congreso Internacional sobre Propiedad Intelectual, Universidad de Margarita, 2004, p. 38

⁷⁰ BARTON, T., y COOPER, J., “*Propiedad Intelectual. Cómo prevenir y resolver problemas*”, Librotecnia, Santiago, 2015, p. 30

En primer término, se debe poner atención al hecho de que cada país regula normas propias sobre propiedad intelectual, y que, por lo tanto, los ordenamientos internos presentan diferencias entre uno y otro, considerando que es una materia de derecho que responde a objetivos de política particular, así como a circunstancias socioeconómicas y culturales propias de cada país. En este sentido, y a grandes rasgos, nos enfrentamos en primer término a la distinción tradicional entre los ordenamientos del sistema de derecho continental y los del sistema anglosajón (o *copyright*)⁷¹.

En segundo lugar, se presentan cuestiones relacionadas con las diferencias particulares entre los ordenamientos jurídicos nacionales nacidos a raíz del principio de territorialidad. Tanto en el sistema *copyright* como en el sistema continental no hay una regulación uniforme en los países que son parte de dichas tradiciones legales. En este sentido, existe un conjunto de leyes internas que se aplican dentro de las fronteras de los territorios nacionales. No existe una norma internacional que se ocupe de las cuestiones de jurisdicción y competencia, así como de la ley aplicable. De forma que los usos transfronterizos contrastan con la territorialidad tradicional que caracteriza la regulación del derecho de autor y derechos conexos. Al respecto, reflexiona Mercedes Sabido que *“los derechos de autor tal y como están configurados tanto en las disposiciones de origen interno como en las de origen convencional e institucional se caracterizan por su territorialidad. En este sentido, se entiende que el derecho de autor, sólo existe en el país que lo concede y únicamente en este estado puede ser lesionado”*⁷².

El contraste entre los usos transfronterizos y el principio de territorialidad afecta no sólo a los autores, sino que también a los productores audiovisuales (titulares de los derechos de explotación de la obra audiovisual) porque la producción audiovisual puede involucrar a autores residentes en diferentes Estados. Asimismo, es necesario tener en cuenta que por lo general el objetivo del productor será explotar la obra resultante en una pluralidad de Estados, de forma que se maximicen los beneficios económicos en la explotación de la obra audiovisual y pueda rendir frutos para paliar el gran costo de producir obras audiovisuales, esto último, considerando que la producción de una obra audiovisual requiere de una fuerte inversión que lleva a cabo el productor, y su explotación está sujeta a elevados riesgos por cuanto puede ser difícil prever, de antemano, si la obra tendrá o no éxito comercial y, por lo tanto, generará ingresos.

⁷¹ A nivel nacional, en la obra Manual de Propiedad Intelectual, Elisa Walker efectúa una comparación de los sistemas legales identificando las similitudes y diferencias de ambos. WALKER, E., *“Manual de (...)”*, op. cit., p. 17 a 25

⁷² SABIDO, M., *“La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías: las obras protegidas en Internet, Informática y Derecho”*. Revista Iberoamericana de Derecho Informático, 2020, N° 22, p. 44

En tercer lugar, y en particular respecto de las obras audiovisuales, se suma que la producción de este tipo de obras exige, en general, la participación de una pluralidad de personas que llevan a cabo diversas contribuciones de carácter creativo, técnico, comercial o empresarial. El resultado es que una producción audiovisual da lugar a una pluralidad de objetos de protección (obra audiovisual, las interpretaciones, la grabación audiovisual) y de titulares de derechos (autores, intérpretes y productores). Sobre estos últimos nos concentramos en el capítulo dos de la memoria, ya que explora el panorama jurídico por la puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile.

Por ende, cada Estado valora los intereses de las diferentes personas involucradas en la producción y explotación de la obra audiovisual de forma distinta, dando lugar a importantes diferencias en las legislaciones nacionales respecto de este tipo de obras en particular⁷³.

Es posible dividir las diferencias en dos grandes ámbitos, por un lado, en cuanto a la titularidad y autoría, y por otro, las diferencias relativas al contenido de los derechos del autor de obra audiovisual y cómo estos pueden resultar afectados por los contratos. En seguida abordaremos ambas diferencias.

3.3.2 Disparidad legislativa en relación a la autoría y titularidad de obras audiovisuales

La diferencia en la regulación legislativa de los Estados respecto a la autoría y titularidad de una obra audiovisual se suele dividir en dos grupos. Por un lado, relativa a los sistemas del *copyright* y, por otro, de los sistemas continental de derecho de autor⁷⁴.

En aquellos países en que impera el sistema *copyright* se permite que los titulares de derecho sean tanto personas naturales o jurídicas, y que todos los derechos se concentren en la figura del productor audiovisual. En este sistema opera la doctrina del “*work made for hire*”, en virtud del cual el autor es despojado de sus prerrogativas bajo la adquisición total de los derechos por parte de la persona que encargó la obra, el productor. Esto se debe principalmente a la necesidad de permitir la explotación de obras sin que existan trabas a la industria y a la economía que se relaciona con la propiedad intelectual, de esta manera se simplifica la explotación de la obra, puesto que todos los derechos se concentran en el productor, el cual puede ser una persona natural o jurídica. Por ende, el productor es considerado autor

⁷³ SAIZ, C., “*Obras audiovisuales y derechos de autor*”, Thomson Aranzadi, Madrid, 2002, p. 26.

⁷⁴ Las diferencias entre modelos se ciñen no solo al propio conceptos de los derechos de autor, pudiendo encontrar disparidad en figuras concretas como es el uso legítimo, en que la doctrina continental permite el uso de las obras que no perjudiquen el mercado potencial del autor o sean necesario para el progreso de la cultura y el arte, mientras que las leyes anglosajonas y sobre todo estadounidenses, no ofrecen una clasificación de usos legítimos, sino un criterio que se ha ido estableciendo a través de los jueces y la jurisprudencia.

y titular originario de los derechos. Es el sistema adoptado, por ejemplo, en Estados Unidos, Reino Unido, Australia o China. Este sistema fija su interés “*en el cálculo estricto y utilitario que equilibra las necesidades de los productores de copyright con las de los consumidores y este cálculo parece dejar a los autores al margen de la ecuación*”⁷⁵.

Por otra parte, en los países que siguen la tradición continental de los derechos de autor (“*droit d’auteur*”) se entiende que las obras audiovisuales únicamente son obras creadas por personas naturales. Este modelo continental protege la existencia de un derecho particular del autor sobre su obra, derecho que se deriva del propio acto de creación como producto de su talento y esfuerzo, y naciendo por tanto en el mismo momento que lo hace la propia obra⁷⁶. Estas legislaciones que siguen el modelo continental contienen una lista de personas que pueden ser consideradas autores: generalmente el director, el guionista y el compositor de la música creada especialmente para la producción audiovisual. No obstante, estas listas pueden incluir otras personas que varían de una legislación a otra. Por un lado, debido a que las listas de personas que pueden ser consideradas autores son taxativas, puede ocurrir que una persona que es reconocida como autor en un país no lo sea en otro.

Por otro lado, uno de los aspectos básicos del derecho continental es la protección de derechos morales y patrimoniales sobre la obra, los cuales se radican sólo en la figura del autor, y, por ende, sólo el autor podrá ser el titular originario de los derechos. Ahora bien, en relación a los derechos patrimoniales existe una excepción en nuestro país en virtud de la cual se entiende que la titularidad originaria de los derechos patrimoniales se radica en el productor. Existe una presunción *iuris tantum* según la cual estos autores otorgan al productor la cesión en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra. Con ello se pretende facilitar la explotación de la obra concentrando todos los derechos en una sola persona. En América Latina, y en particular, Chile sigue esta tradición, lo que facilita la explotación en esta región del mundo.

En relación a la diversidad legislativa se presenta el problema de que coautores de países latinoamericanos celebran contratos con productores estadounidenses o de otros países de los sistemas *Copyright*, puesto que generalmente dichos contratos establecen que tanto la autoría como la titularidad originaria de los derechos (incluido los derechos morales) sobre las obras corresponden al productor. Asimismo, estos contratos pueden incluir una cláusula de elección de ley del país de domicilio del

⁷⁵ GOLDSTEIN, P., “*El copyright en la sociedad de la información*”, Publicaciones en la Universidad de Alicante, Murcia, 1999, p. 153

⁷⁶ GINSBURG, J.C., “*A Tale of Two Copyrights: Liberty property in revolutionary France and America*”, RIDA, número 147, 1991, 124-289, p. 153

productor para garantizar la aplicación de la normativa contractual de ese país. En estos supuestos cabe plantearse si las personas que tienen la condición de autores de acuerdo con la legislación chilena pierden esa condición por el hecho de haber renunciado a la autoría de acuerdo con una ley extranjera (de sistema *Copyright*) que lo permite. La doctrina se decanta por ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión⁷⁷. Las partes del contrato de producción audiovisual tienen libertad contractual para regular los aspectos contractuales de la relación, pero no los aspectos de propiedad intelectual. Es decir, el contrato no puede determinar quién puede ser considerado autor o titular originario de la obra. Se trata de una cuestión que debe determinar la ley que rige el derecho de propiedad intelectual, es decir, la *lex loci protectionis*. Por lo tanto, con independencia de lo que diga el contrato, la persona que ha contribuido a la creación de la obra será considerada autor en todos aquellos países en los que la obra sea explotada, si es que recibe dicha consideración en la ley de ese país. Ya volveremos sobre este punto relativo a la ley aplicable.

3.3.3 Disparidad legislativa relativa al contenido de los derechos del autor de obra audiovisual y cómo estos pueden resultar afectados por los contratos

Como advertimos, el segundo problema de disparidad legislativa se relaciona con el contenido de los derechos de autor de obra audiovisual y cómo estos pueden verse afectados por los contratos.

Para comprender este punto, es necesario tener en cuenta que las legislaciones del sistema continental en su mayoría reconocen al autor o titular originario de la obra audiovisual todos los derechos patrimoniales, reproducción, modificación, transformación y comunicación al público, incluido el derecho de puesta a disposición por medios digitales interactivos, sobre todo considerando que la mayoría de los países de Latinoamérica han ratificado el TODA, que como hemos visto reconoce expresamente el derecho de comunicación al público y la puesta a disposición, por ende, el autor cuenta con la respectiva protección internacional en relación a este uso.

Sin embargo, se produce un problema en particular respecto del derecho de remuneración que reconocen sólo algunas de las legislaciones. En Chile se reconoce expresamente un derecho de remuneración irrenunciable e intransferible, respecto del cual analizaremos al final del estudio.

⁷⁷ GOLDSTEIN, P. / HUGENHOLTZ, P. B. , *International Copyright: Principles, Law and Practice*, OUP, Oxford, 2010, p. 130; DESBOIS, H, FRANÇON A, KÉRÉVER, A., *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, París, 1976, p. 152.

Con todo, para vencer los problemas de los usos transfronterizos derivados de las divergencias legislativas, los productores recurren a contratos modelos en los que se unifican los términos de la producción y explotación de la obra con independencia de los mercados donde se lleve a cabo⁷⁸.

3.3.4 Ley aplicable

Ahora bien, los problemas de la ley aplicable y de jurisdicción y competencia que se siguen de las transmisiones digitales en línea o interactivas es un tema tratado por la doctrina. Ricardo Antequera dice que *“la misma condición de ubicuidad que tienen las obras del ingenio (y mutatis mutandis las prestaciones protegidas por los derechos afines o conexos), ya planteaba en el entorno analógico los problemas de determinar la ley aplicable y los tribunales competentes para conocer los asuntos vinculados a la transmisión transfronteriza de los bienes intelectuales tutelados”*⁷⁹.

El autor describe los problemas transfronterizos ocurridos en el entorno analógico. Señala que en estos casos, las utilizaciones autorizadas por el titular de los derechos mediante un contrato de cesión de derechos o de licencia de uso, se rigen por los principios generales del derecho internacional privado sobre legislación aplicable y jurisdicción y competencia en materia de contrato, salvo que las partes hayan sometido convencionalmente a una ley o a una jurisdicción extranjera. En el entorno digital no hay un cambio sustancial, y la ley aplicable será en un primer término la establecida en el propio contrato de cesión o licencia que se haya celebrado por las partes.

Respecto de las utilizaciones no autorizadas por el titular de derechos, aplicadas a las emisiones transnacionales con contenido protegido, señala el autor que este tipo de problemas ya se planteaban en las transmisiones por satélite (particularmente aquellas realizadas por radiodifusión directa), donde la emisión se realiza desde un país para ser captada no sólo en el territorio de origen sino también en otros, lo cual generó un debate en el que se enfrentaron dos teorías: la teoría de la emisión y la teoría de la comunicación, también conocida como *“teoría de la huella”*.

La primera de las hipótesis plantea que la emisión se realiza en el país donde se ubica el organismo de origen, siendo aplicable entonces la ley del país donde opera el emisor y competentes los tribunales de ese territorio, que es donde se debería reclamar la tutela.

⁷⁸ XALABARDER, R., *“International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works”*, CISAC, Barcelona, 2018, p. 3.

⁷⁹ ANTEQUERA, R., *“Estudios de derechos (...)”*, op. cit., p. 370

Por otro lado, la segunda teoría plantea que como consecuencia de que la comunicación se produce en cada uno de los países comprendidos en el área de cobertura del satélite, el acto de comunicación pública debe ajustarse a las leyes de todos y cada uno de los territorios cubiertos con la señal. Por consiguiente, la tutela podría reclamarse en cualquiera de los países "de la huella", ante los tribunales competentes en cada uno de ellos, siendo aplicable la ley del país donde la protección es reclamada.

Más adelante, reflexiona el autor que las transmisiones digitales en línea tienen dos elementos en común con las transmisiones satelitales. En primer lugar, señala que en ambos *“la emisión puede efectuarse desde un territorio para ser accesible al público en muchos otros territorios”*. Y en segundo lugar que *“las transmisiones de origen pueden realizarse desde países donde no exista ley interna protectora del derecho de autor y los derechos afines o conexos, ni el país respectivo pertenezca a ningún instrumento internacional que lo comprometa a esa protección (...)”*⁸⁰.

Sin embargo, pese a esta similitud, las cuestiones relacionadas con las transmisiones digitales representan una mayor complejidad, las cuales son advertidas por el autor. Al efecto, señala que no siempre es clara la determinación del país de emisión puesto que muchas veces el usuario que busca en la *web* (“*www*”) y da un *“click”* para obtener un contenido, no sabe con certeza si ese contenido proviene del *“sitio”* y del país anfitrión de esa página que se está buscando, ya que podría provenir de un sitio reflejo de un tercer territorio. En segundo lugar, se suma el hecho de que el distribuidor de contenidos audiovisuales pueda estar ubicado en un país, pero el servidor que aloja dicho contenido se localice en un segundo país y el proveedor de acceso a la red opere desde un tercer territorio, dejando planteada la pregunta acerca de cuál debería ser considerado el país de origen. Y por último, señala que podrían suscitarse dudas acerca del verdadero territorio de recepción de la transmisión por la posibilidad de que el usuario utilice líneas telefónicas o de *“banda ancha”* de un tercer país.

Más allá de esto, lo que importa es que en el caso de usos transfronterizos que no han sido autorizados, el examen radica en conocer y determinar cuál es el país de origen desde donde nace la emisión de los contenidos protegidos, pues en definitiva determinará la ley aplicable. Sin embargo, resulta que Internet no es una red estructurada y resulta difícil localizar a los operadores, por lo que se plantea que debiera y podría ser aplicable cualquier de las legislaciones donde se haya producido el daño, teniendo en cuenta que el mismo puede sufrirse en cualquier país de la recepción.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 371.

Dada estas complejidades, los medios de comercialización de los productos y servicios audiovisuales, ponen especial interés en asegurar la tutela eficaz de los derechos de autor y derechos conexos en múltiples países, inclusive con una pretensión de escala global, con lo cual se proyecta que la explotación económica de la creación se produzca en varios países y no sólo en el país de origen del autor.

Pero también existen convenios internacionales que garantizan un cierto grado de armonización de dichas legislaciones, y un ámbito de protección básico de los autores más allá de su país de origen. No obstante, no son útiles para superar los obstáculos que se derivan de estas divergencias legislativas para la explotación de las obras audiovisuales y la protección de los autores en el extranjero. Ello es debido a la dificultad para superar el principio de territorialidad que impregna la regulación de la materia, y justifica la adopción de la norma de conflicto *lex loci protectionis* (ley del lugar de protección) para determinar la ley aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras.

No se produce problema alguno lógicamente en aquellos casos en que la obra audiovisual sea explotada exclusivamente en el país de origen. Los problemas aparecen cuando la obra es objeto de explotación en otros países. En estos casos, la protección de los autores se articula a partir de cuatro principios previstos en tratados internacionales:

a) Standard mínimo de protección (art. 5.1 y art. 19 del Convenio de Berna, art. 1.1 ADPIC) si bien la armonización de mínimos que establecen los tratados internacionales no es suficiente para evitar los problemas que se derivan de las divergencias legislativas.

b) Principio de territorialidad (art. 5.2 CB), según el cual las leyes de propiedad intelectual de un país determinado se aplican únicamente a la protección y explotación de la obra intelectual en el territorio de dicho país.

c) Principio de trato nacional (art. 5.1 CB y art. 3.1 ADPIC), que obliga a los Estados contratantes de los convenios internacionales a ofrecer a los autores de obras originarias de otros Estados contratantes el mismo trato que a sus nacionales.

d) Principio de independencia (Art. 5.2 CB), que garantiza que la protección de una obra no se hace depender de la protección que ésta pueda tener en su país de origen.

Todos estos principios conllevan que la norma de conflicto aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras o prestación sea la *lex loci protectionis* o ley del lugar para el que se reclama la protección.

3.4 En el derecho de puesta a disposición no hay una previa distribución de ejemplares físicos o tangibles de la obra o prestación

En la puesta a disposición, la comunicación se logra y hace efectiva previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la red, con la reproducción del archivo que contiene la obra en el ordenador o dispositivo personal del solicitante.

Lo primero a dilucidar en este punto o carácter es que la transmisión se efectúa a través de una red digital, por lo que el derecho de distribución queda excluido del acto al no tratarse de obras fijadas en soporte tangible conforme lo estipulado en el artículo 5 letra q) de la LPI, que delimita la puesta a disposición del original y copias “*tangibles*” de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia.

Por el contrario, en la transmisión en línea (“*online*”) de la copia o soporte de una obra audiovisual digitalizada se hará mediante la prestación de un servicio que contiene una licencia o autorización de uso sobre la copia digital transmitida⁸¹. Se debe comprender que esta transmisión no es igual a la venta de una copia material de un ejemplar, ya que no se obtiene la propiedad de la copia digital intangible, sino la autorización para usarla en los términos previstos. La reproducción sólo ayuda a la comunicación.

De esta manera se está ante un acto de comunicación al público, unido a un servicio que implica la reproducción de la obra de forma temporal o permanente en un dispositivo de almacenamiento. Por esta razón, no puede haber agotamiento, pues no ha habido distribución, sino que comunicación pública, complementada con actos de reproducción para su uso.

Sobre este punto es importante describir con mayor profundidad, puesto que será la tangibilidad del soporte el elemento que permitirá distinguir el derecho de distribución del derecho de comunicación pública, y para una mejor comprensión nos parece necesario incorporar una breve reseña de obra y soporte, junto con un análisis de la reproducción y distribución en el ámbito digital, así como las formas

⁸¹ Ver *infra*, p. 94

de reproducir en el ámbito digital y de difundir contenidos audiovisuales, describir las diferencias entre el almacenamiento en línea y fuera de línea, para finalmente concluir con una breve exposición de la reproducción temporal de la obra como forma de excepción en la explotación de obras y prestaciones protegidas en el ámbito digital.

3.4.1 Obra y soporte

La LPI no consagra una definición de obra, sin embargo, entrega un listado no sujeto a “*numerus clausus*”⁸², y además establece un sistema de protección automática puesto que el derecho nace “(...) *por el solo hecho de la creación (...)*”⁸³, de forma que el titular adquiere el derecho de autor sin que sea necesario realizar algún trámite o registro para ejercerlos. Así, existe un requisito esencial para estar dentro del ámbito de aplicación de la LPI: el nacimiento de una obra.

El nacimiento de una obra se produce cuando se reúnen tres requisitos. En primer lugar, se requiere de la existencia de una “*expresión*”. Esta noción apunta a que la obra esté investida de una forma que sea perceptible por los sentidos. Delia Lipszyc⁸⁴ explica que por expresión se entiende “*la exteriorización de una forma sensible bajo la cual se manifiesta una idea*”, o también, en “*la forma representativa de una idea*”. Lo protegido no es la idea, sino que la forma en cómo esta idea es manifestada y en cómo es percibida por los sentidos. El segundo requisito que debe cumplir una obra es el de originalidad, cuya noción se orienta en reconocer que la obra tiene una individualidad propia por el sello que le otorga el autor a través de la particular forma de expresión⁸⁵. Nuestro ordenamiento no menciona expresamente este requisito, sin embargo, se desprende de la exigencia misma de una “*creación*”, la cual proviene necesariamente de la propia personalidad que el autor imprime en ella, que la hace única, que permite identificarla como un producto de su talento, y que nace como reflejo de su carácter, distinguiéndose del resto. Finalmente, el tercer requisito que debe cumplir una obra es la de formar parte de las obras de la inteligencia humana en los dominios literarios, artísticos o científicos. Esto se explica porque el derecho de autor no protege cualquier tipo de producto o creación del intelecto humano, incluso si cumple con los requisitos de expresión y originalidad, sino que se protege únicamente

⁸² El artículo 3 de la LPI establece que “*quedan especialmente protegidas con arreglo a la presente ley (...)*”. Por el uso de la expresión especialmente se sigue que esta enumeración no es taxativa.

⁸³ Artículo 1 de la LPI establece 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. El derecho de autor comprende el derecho patrimonial y moral*”.

⁸⁴ LIPSZYC, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, Ediciones UNESCO; CERLALC, Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 273.

⁸⁵ ANTEQUERA, R., “*Estudios de Derechos (...)*”, *op. cit.*, p. 276.

aquellos que forman parte de una determinada área de desarrollo de este intelecto, que son precisamente los dominios literarios, artísticos o científicos.

Pues bien, los autores se han servido de distintos tipos de soportes en los que plasmar o fijar sus creaciones intelectuales, sin perjuicio de que nuestra legislación, por regla general, no exige que la forma de expresión sea fijada en algún tipo de soporte con la finalidad de otorgar protección, es decir, no se exige la existencia de un soporte determinado. “(...) De esta forma se permite que obras que no han sido grabadas o respaldadas por cualquier tipo de soporte, tal como lo sería un discurso, obtengan protección legal. Excepcionalmente, en el caso de obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y pantomímicas, la regulación chilena otorga protección solo y exclusivamente en la medida en que el desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma”⁸⁶. Precisamente, el derecho de autor tiene como cualidad esencial la inmaterialidad de su objeto, ya que la obra es un bien inmaterial, cuestión que por cierto le otorga un valor muy importante en la economía gracias a su inagotabilidad.

Para entender la cuestión es importante distinguir entre el soporte y la expresión original almacenada en él. Se distingue así entre el “*corpus mechanicum*”, que es el medio, ya sea en soporte tangible o intangible, del cual la obra se sirve a fin de ser la representación física de la expresión, el que no es objeto del derecho de autor. Y por otro lado, el “*corpus mysticum*”, es decir, la creación expresada y original el fruto del intelecto humano, la obra, que es el objeto de protección del derecho del autor

La diferencia es fundamental, toda vez que el objeto de protección es la obra y no el soporte. De manera que, la puesta a disposición del público de la obra en formato o soporte digital (“*corpus mechanicum*”), almacenada en una página *web*, a la cual puede acceder el público desde el lugar y momento que elija, no faculta al usuario que accede al contenido protegido para reproducirlo, ni tampoco ejercer algún otro uso, salvo aquél que expresamente haya sido autorizado por el titular a través de la correspondiente licencia, o bien, que haya operado alguna excepción al derecho de autor. Es importante profundizar en la reproducción por ser un acto de explotación imprescindible para que el acto de puesta a disposición de la obra o prestación al público sea ejercido.

⁸⁶ WALKER, E., *op. cit.*, p. 73

3.4.2 Reproducción y distribución en el ámbito digital

La obra puede ser fijada en un soporte tangible o en un soporte intangible. Esto está estrechamente relacionado con el derecho de reproducción, por lo que se hace necesario abordar brevemente este punto con el fin de esclarecer cuáles reproducciones constituyen una infracción al derecho de autor, y cuáles reproducciones son hechas con un mero fin instrumental en vistas a cumplir el fin de comunicar, legítimo y autorizado por el sistema de derechos de autor.

La LPI señala que el acto de reproducir consiste en *“la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”*⁸⁷. La reproducción es la copia de toda o parte de una obra - en un soporte tangible o intangible - que permita su comunicación (lo relevante para el presente trabajo es que la copia permite la comunicación) o la obtención de copias de todo o parte de ella. La reproducción puede consistir en la copia de un texto, una imagen, grabaciones sonoras o visuales, etcétera (en el caso de una obra audiovisual en un videograma)⁸⁸.

Como ya se ha señalado en diversas oportunidades, las modalidades de explotación del derecho patrimonial no son taxativas, y el tratamiento legislativo respecto del derecho de reproducción no difiere de este principio, pues se tipifica en forma amplia en tanto que puede ser ejecutado por cualquier medio o procedimiento según establece el artículo 18 de la LPI: *“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: b) reproducirla por cualquier procedimiento”*. Además, la reproducción comprende toda forma conocida y aquella por conocerse, en atención al carácter genérico del derecho patrimonial.

La amplitud es tal, que el acto comprende la incorporación de la obra en un medio o soporte, tangible o intangible, incluyendo en dicho supuesto, tanto la primera fijación (original) que se realice de la obra en este soporte, como la reproducción del resto de ejemplares o copias a partir de aquélla, el cambio de soporte, y/o su incorporación a otro soporte.

En este entendido, la digitalización, es decir la transferencia de una obra de un soporte analógico a un soporte digital, siempre constituye un acto de reproducción. Es preciso agregar que también

⁸⁷ Artículo 5 letra u), Ley N° 17.336

⁸⁸ De conformidad con el artículo 5 letra p), los videogramas son fijaciones audiovisuales incorporadas en cassettes, discos u otros soportes materiales.

constituye un acto de reproducción la obra digital, es decir, aquella creada o producida directamente en formato digital.

Ahora, cuando la obra es reproducida en un soporte tangible o físico, supone necesariamente que la puesta a disposición de la obra al público sea regulada por el derecho de distribución; esto conforme nuestra regulación que dispone que la copia física sea explotada por el derecho de distribución, tal como dispone el artículo 5 letra q) de la LPI que define la distribución como *“la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia”*.

El soporte tangible a su vez puede ser análogo o digital. Así, es posible que el soporte tangible en formato digital (por ejemplo *“CD-ROM”*), sea puesto a disposición del público para su compra o alquiler y por su distribución física a través de Internet, acto que sigue estando cubierto por este derecho de distribución porque es un ejemplar u original físico, por tanto, es importante no confundir el derecho de distribución con la puesta a disposición de la obra al público como categoría del derecho de comunicación pública, pues con este último no se transmiten copias físicas del soporte, sino que copias intangibles.

El derecho de distribución es conocido como el derecho a la primera venta pues se agota una vez que es ejercido, es decir, el titular no puede seguir controlando la venta de los ejemplares (o del original) una vez que se pusieron en circulación, y no le es posible impedir que el bien intelectual circule en el mercado y que sea adquirido por terceras personas mediante ventas sucesivas de este producto, en tanto que ingresa al comercio. Respecto del derecho de distribución se aplica el llamado *“agotamiento del derecho”*, consagrado en el inciso final del artículo 18 de la LPI al establecer que *“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 del ejemplar transferido”*. La hipótesis del artículo se concibe de forma amplia, de manera que independiente de que la primera venta se haya hecho en Chile o en el extranjero, igualmente se agota el derecho, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados. La distribución además puede efectuarse por la venta, arriendo, préstamo, o de cualquier otra forma del ejemplar original o de la copia. Es preciso señalar que en Chile el agotamiento se produce sólo en caso de venta o transferencia de propiedad, y no en los otros casos.

En cambio, en la puesta a disposición de la obra al público en soporte inmaterial no se produce el agotamiento del derecho. La reproducción de la obra en un formato o soporte digital consiste en la

conversión de la información en series de cero y uno que forman un código susceptible de ser leído y reproducido por un dispositivo, que permite en último término visualizar o percibir una imagen, un texto, una grabación visual o sonora, o cualquier otra forma, conocida o por conocerse, que contenga obras protegidas por derecho de autor.

Estos códigos constituyen verdaderos archivos o ficheros de información, en muchos casos almacenados en sitios *web* al cual pueden acceder distintos dispositivos por estar conectados a la red, donde además se desarrollan una serie de operaciones automáticas de carga y descarga de información, cuyos contenidos protegidos terminan finalmente siendo visualizados por los usuarios mediante diferentes modalidades de transmisión de obras (por ejemplo “*VOD*”). La tecnología digital representa una revolución porque permite realizar copias perfectas e infinitas de una misma obra, expandiendo las formas de consumo y las posibilidades de acceder al material creativo.

Por lo tanto, se tiene que entender que en el entorno digital se produce una desmaterialización del soporte en el que se encuentra la obra inmaterial, y por esta razón los archivos que contienen la configuración de la obra son considerados inmateriales o intangibles.

3.4.3 Formas de reproducir en el ámbito digital, los métodos de explotación digital o de difusión de contenidos audiovisuales

Respecto a la reproducción en el ámbito digital, Horacio Fernández identifica las principales formas de reproducción a las que puede estar sometida una obra o prestación protegida, señalando al efecto⁸⁹:

- El “*upload*” de la obra: consiste en la incorporación de la obra a un sitio o una página *web* que exige necesariamente la reproducción de la obra, por tanto, el acto debería ser autorizado por el titular. Esta incorporación permite que los usuarios tengan acceso a la obra y puedan realizar otras formas de reproducción.
- Transferencia de una obra a la memoria *RAM* de un computador: descarga que realiza el usuario de una obra protegida desde el servidor que la contiene hacia su computador, con la finalidad de visualizarla. Dicha transferencia es conocida como el “*download*” de una obra y representa una reproducción, pues constituye un almacenamiento de la obra en el computador, es decir, la copia

⁸⁹ FERNÁNDEZ, H., *Internet: Su Problemática Jurídica*, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 249, 250 y 252.

de una obra. Esta transferencia es fundamental y necesaria para tener acceso o visualizar contenidos protegidos almacenados en Internet.

- Almacenamiento en la memoria caché o “*caching*”: el autor señala que cada vez que se accede a un sitio *web*, automáticamente se produce una copia en la memoria caché del computador,
- Almacenamiento en el disco duro del computador, “*CD*”, “*Blue-Ray*” o cualquier tipo de almacenamiento externo. En este caso es posible que el usuario que accede a una página *web* copie el contenido protegido en algún almacenamiento externo para su uso privado u otro fin, que implica un acto deliberado que no forma parte del proceso técnico que utiliza Internet.

Del mismo modo, se encuentran vinculados a estas formas de reproducción, los servicios que en forma directa o indirecta realizan o facilitan los actos de copia de objetos protegidos:

- Servicios de alojamiento: prestación ofrecida a un usuario que consiste en el “*espacio*” ofrecido para que realice un emplazamiento *web*, al cual pueden acceder libremente todos los usuarios de la red
- Servicios de almacenamiento: prestación ofrecida a un usuario para que ocupe un espacio en un servidor de red, con el objeto de guardar determinados objetos, a los que normalmente solo tiene acceso el cliente.
- Servicios de “*browsing*” (archivos de navegación): servicios en línea que se realizan mediante una reproducción de las obras –temporal y parcial– que conducen al acceso de una obra o prestación protegida. Estos servicios pueden tener una significación económica independiente al mero proceso tecnológico destinado a facilitar el acceso, convirtiéndose en verdaderos actos de explotación, por ejemplo, cuando van acompañados de usos publicitarios y otros.
- Servicios de “*caching*”: reproducción en la memoria caché de un proveedor de acceso, de un lugar remoto en la red, que contiene objetos protegidos.

El acto de comunicación al público tiene como objetivo un resultado cierto, es decir, el disfrute de la obra a través de la pantalla, o el almacenamiento de la misma en un dispositivo, que se logra a través de actos de reproducción y comunicación pública propiamente tal, cuyo propósito es permitir al adquirente percibir la obra y su contenido. Estos distintos actos se conocen como “*uploading*”, “*downloading*”, “*streaming*” y “*browsing*”, anglicismos utilizados comúnmente a nivel nacional e internacional. Esto lo trataremos con mayor desarrollo en la licencia o autorización de uso para poner a disposición una obra audiovisual en Chile a abordar en el capítulo dos⁹⁰.

⁹⁰ Ver *infra*, p. 94

3.4.4 Diferencias entre almacenamiento en línea (“online”) y fuera de línea (“offline”)

Tal como se ha señalado a lo largo del estudio, nuestro país entiende que la explotación de bienes intelectuales por transmisiones digitales en Internet constituye una forma de usar una obra como modalidad del derecho de comunicación al público, cuya definición está tratada en el artículo 5 letra v) de la LPI, al que se ha hecho referencia como norma aplicable. De hecho, nuestra legislación siguió la decisión de la mayoría de los países que se decantaron por el derecho de comunicación al público, siendo razonable esta decisión en atención a que nuestra legislación entendía que la distribución se limitaba a copias tangibles. Sin embargo, la LPI no señala expresamente en qué consiste un soporte tangible, sólo menciona que la distribución se limita a copias “tangibles” de la obra de acuerdo con la definición de distribución.

En relación a la tangibilidad del soporte, es interesante lo que plantea David Mallo quien distingue entre “soportes tangibles análogos (libros, vinilo, etc) y soportes tangibles digitales (ya sea magnéticos ópticos o electrónicos: disquete, “DVD-ROM”, memoria “USB”, etc.). Por el contrario, el soporte intangible se identifica en los archivos de datos en los que se almacena la información (pdf, mp3, avi, etcétera)”⁹¹.

La cuestión no es tan sencilla como parece puesto que, y en acuerdo a lo señalado por este autor, cuando se habla de soporte “puede no quedar claro si se está haciendo referencia al archivo informático que contiene la obra, o, por el contrario, al dispositivo electrónico en que este se almacena”. Según lo indicado por él, el soporte intangible, “precisa inexorablemente un lugar en que almacenarse, es decir, un soporte al que fijarse”⁹².

El autor plantea que el caso de un archivo en línea (“online”), de todas maneras, necesita estar “(...) alojado en un dispositivo que lo almacene; en el caso de los ficheros en línea, en un servidor. Este servidor -su disco duro para ser más precisos- posee un carácter evidentemente material y tangible, lo que supone que, cuando una obra se sube a la red, técnicamente podría afirmarse que se está poniendo a disposición del público en un soporte tangible (...)”⁹³.

⁹¹ MALLO, D., *op. cit.*, p. 328

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

Esto es relevante porque podría llevar a considerar a la puesta a disposición de la obra en línea como un acto de distribución, y no de comunicación público, lo cual está en contradicción con la legislación nacional. Señala que, para salvar esta contradicción, en el entorno en línea (“*online*”) el soporte en el que se encuentre fijada la obra mediante un acto de reproducción es el archivo informático, y por tanto, el disco duro del dispositivo sólo es un mero contenedor del soporte inmaterial formado por estos archivos. Luego, razona que esta postura podría permitir suponer que se afirmara el carácter inmaterial de las obras fijadas en soportes como un “*CD*” o “*DVD*”, donde también se almacenan archivos informáticos, siendo en este caso el soporte material un mero contenedor, y por tanto encontrándose ante obras almacenadas en soportes intangibles.

Entonces, prosigue el autor, “*la naturaleza del soporte por sí misma no supone una característica suficiente con la que distinguir el derecho de explotación que se debe aplicar, puesto que el archivo digital, dependiendo donde se encuentre, podrá ser considerado tanto un soporte tangible (DVD) o un soporte intangible (película comercializada en una plataforma digital), aunque se trate en ambos casos del mismo fichero*”⁹⁴.

Por ello, y en su reflexión atinente a esta memoria también, el autor señala que la respuesta es dada por Fernando Cascón⁹⁵, quien aclara que debe ser entendido como “*soporte tangible*” cualquier ejemplar material en el que se plasme la obra, sin importar su naturaleza analógica o electrónica, que presenta una naturaleza fuera de línea (“*offline*”), distinguible, por tanto, de aquellas obras plasmadas en un soporte intangible que posee una naturaleza en línea (“*online*”). Por lo tanto, es necesario tener en cuenta además de la tangibilidad del soporte, una distinción del entorno en el que se ha llevado a cabo el acto y la naturaleza de la transmisión, en línea (“*online*”) y fuera de línea (“*offline*”). Acá siempre estamos hablando de almacenamiento y transmisión en línea, por tanto, nos restringimos a este.

En resumen, la cuestión estriba en considerar al acto de puesta a disposición como un proceso de comunicación o transmisión de información independiente de la reproducción provisional y accesoria que se lleva a cabo en la memoria del ordenador que está envuelto en un proceso de operaciones automático de reproducciones temporales que permiten la comunicación y acceso al usuario, fin último para obtener un resultado propio, el de comunicación.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ CARBAJO, F., *op. cit.*, p. 146-148

3.4.5 Excepciones al derecho de autor en el ámbito o entorno digital. Reproducción temporal o provisional de la obra o prestación protegida

Teniendo en cuenta que la puesta a disposición por medios digitales interactivos puede estar permitida por una licencia o autorización de uso (a tratar en el capítulo dos), igualmente hay que considerar que en algunos casos no es necesario contar con esta autorización cuando concurra alguna excepción al derecho de autor.

Las excepciones facultan a cualquier persona a hacer uso de obras del dominio privado, sin necesidad de requerir de la autorización del autor o titular de los derechos, y tampoco a tener que pagar remuneración alguna por dicho uso, teniendo de todas maneras como limitación para su ejercicio el respeto de los derechos morales.

Se señala que la finalidad de las excepciones es equilibrar o balancear el interés de los autores o titulares de derechos de conseguir el provecho óptimo de la obra, con el interés legítimo del público de acceder y utilizar estos bienes intelectuales; agregan también el interés de proteger a la obra misma por ser un bien de la humanidad⁹⁶.

Respecto a esta materia, los Estados han desarrollado distintos sistemas para configurar las excepciones o limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos, los cuales pueden ser clasificados en dos grandes grupos: sistemas abiertos y sistemas cerrados. En los primeros, se incorpora al ordenamiento una fórmula o cláusula general de excepciones al derecho, cuya ventaja es que otorga cierta flexibilidad a la hora de aplicarlas e interpretarlas, pero que muchas veces carece de la previsibilidad necesaria y por ende de seguridad jurídica⁹⁷. Este es el sistema adoptado en los países del *Copyright*, entre ellos el caso del *fair use* adoptado por Estados Unidos que posee esta flexibilidad al no limitar por ley los casos de excepción.

Por otra parte, los sistemas cerrados establecen una lista exhaustiva o cerrada de hipótesis de excepciones al derecho, similar a la adoptada por los países de la tradición continental. Esta metodología posee la ventaja de ser previsible y con ello dar mayor seguridad a las relaciones jurídicas, pero también

⁹⁶ En esta línea, López Maza expone como uno de los asuntos principales el establecimiento de un equilibrio entre los intereses de los autores y titulares en la protección y control de sus derechos, y el interés de los usuarios en la libre circulación de información y el acceso a contenidos y su difusión, añadiendo la necesidad imperiosa de estudiar las excepciones en el ámbito digital. LÓPEZ, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, año 2009, p. 44 y ss. En cuanto a la protección de la obra como bien de la humanidad, GAUBIC, Y., *El agotamiento de los Derechos en el entorno analógico y digital*, Boletín de Derecho de Autor, UNESCO, diciembre de 2002, p.45

⁹⁷ MALLO, D., *op. cit.*, p. 197

puede generar el inconveniente de carecer de la necesaria capacidad de adaptación a los nuevos contextos o realidades, como el propio caso del entorno digital. Nuestra legislación entrega una lista exhaustiva de limitaciones, por lo que utiliza la metodología de los sistemas cerrados⁹⁸.

Desde un punto de vista procesal, las limitaciones al derecho de autor se configuran como excepciones, es decir, en hechos impeditivos, invalidativos o extintivos de la pretensión fundados en que es posible utilizar una obra de dominio privado sin necesidad de obtener una autorización por parte del titular del derecho, y por consiguiente no se produce infracción alguna al derecho.

Así, cada una de las hipótesis reguladas pueden ser invocadas por los usuarios o distribuidores, con la salvedad de que deben interpretarse de manera que no perjudique los intereses de los creadores. En efecto, las hipótesis constituyen verdaderas indicaciones para los jueces que deben ajustar sus decisiones a una lectura restrictiva de la lista y no sobrepasar el marco de las excepciones admitidas. Es relevante indicar que la regulación de las excepciones aplica tanto para autores y titulares del derecho de autor como para los titulares de derechos conexos o afines al derecho de autor.

En el plano internacional, el Convenio de Berna, delega al ordenamiento 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: circunscribirse a determinados casos especiales; no afectar la explotación normal de la obra; y que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

En relación al derecho de reproducción, nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 71 letra O) de la LPI que establece que es lícita la reproducción *provisional* de una obra, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener autorización. Esta reproducción provisional deberá ser transitoria o accesoria, formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario, o el uso lícito de una obra u otra materia protegida, que no tenga una significación económica independiente.

Como se ha descrito anteriormente, con el almacenamiento electrónico e intangible de la obra se obtiene un ejemplar más, de manera que en principio estaría sometido al régimen de autorización

⁹⁸ Título III de la Ley N° 17.336.

previa regida por los principios del derecho patrimonial, debiendo obtenerse autorización para reproducirlo. En caso de que no existiese autorización de parte del autor o titular del derecho, las reproducciones que se realizan en el ámbito digital serían ilícitas y consecuentemente quien las realiza podría incurrir en responsabilidad penal y civil.

Sin embargo, en el entorno digital no todas las reproducciones tienen la misma naturaleza, habiendo algunas permanentes y otras temporales o provisionales. Respecto de estas últimas, y en palabras de Delia Lipszyc, constituyen “(...) *una característica necesaria del proceso de comunicación y que conlleva la realización de ciertas reproducciones de los contenidos en los servidores y enrutadores (routers)*”⁹⁹ existentes en la cadena de transmisión entre el servicio de procedencia y el ordenador del usuario final, incluido este último”¹⁰⁰. Explica que las obras que se introducen en la red se almacenan en forma provisional en la memoria RAM o en la memoria caché de los computadores de los servidores de los proveedores de servicio, de los proveedores de acceso, de los proveedores de contenido, y de los usuarios finales.

Por tanto, se estimó que someter las reproducciones provisionales o temporales a un régimen estricto de autorizaciones alteraría el normal funcionamiento de Internet por ser estas indispensables para realizar el proceso técnico de transmisiones de copias en la red, o de transferencia de ficheros de información de obras alojadas y almacenadas en páginas *web*.

En el año 2010 nuestra legislación incorporó la noción de reproducción “*temporal*”¹⁰¹ a propósito de la implementación de los compromisos adquiridos por Chile mediante el TLC celebrado con EE.UU. Se dispone no sólo de la posibilidad de una fijación permanente sino también temporal, que buscaba balancear los intereses de los titulares con el público que accede a la red.

Por lo tanto, el titular de derechos de autor no tiene por qué otorgar licencia de uso de reproducir temporalmente la obra en el acto de puesta a disposición, y a su vez el distribuidor de contenidos audiovisuales no debe obtener dicha autorización, ni pagar remuneración alguna, entendiendo que dicha reproducción temporal es una excepción que sirve para el fin de comunicar la obra o prestación protegida.

⁹⁹ *Servidor*: ordenador apto para implementar el protocolo http diseñado para transferir hipertextos, páginas *web* o páginas html, es decir, textos complejos con hipervínculos, figuras, formularios, botones y objetos incrustados como animaciones o reproductores de sonidos. El servidor *web* recibe las solicitudes http que realiza el cliente y le envía la información pedida. También suministra, entre otros, los servicios de transferencia de archivos y de correo electrónico. *Enrutador (router)*: dispositivo que despacha paquetes de información y los dirige a lo largo de una red en las direcciones adecuadas.

¹⁰⁰ LIPSZYC, D., “*Nuevos temas (...)*”, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰¹ Artículo 71 letra O, Ley N° 17.336.

Esto no quiere decir que no deba obtenerse la correspondiente licencia para poner a disposición la obra al público, puesto que se trata de otro derecho de orden patrimonial, es decir, el derecho de comunicación al público que hemos estudiado largamente en este capítulo.

3.5 El derecho de puesta a disposición está dotado de una naturaleza interactiva

Finalmente, la naturaleza interactiva de la puesta a disposición de la obra al público (denominada también “*puesta a disposición por medios digitales interactivos*” en la Ley 20.243 de 2008) le otorga una característica propia a esta forma de explotar bienes intelectuales, y obras audiovisuales en particular, ya que será el usuario o consumidor quien en definitiva decidirá qué ver y cuándo ver, solicitando el acceso al contenido protegido.

Delgado Porrás define interactividad como “*un diálogo entre el usuario y el ordenador - o cualquier dispositivo inteligente análogo - en el que las obras se encuentran reproducidas en representación digital, tanto a efectos de mera recuperación de ellas como de su manipulación o utilización en operaciones que pueden tener carácter creativo*”¹⁰². Por su parte, Palomar Cueli la define como “*la posibilidad que tiene el usuario de elegir la información deseada y obtenerla en el momento que desee*”¹⁰³.

La naturaleza interactiva de la puesta a disposición de la obra y prestación al público se funda en el hecho de que en todos los medios de comunicación hay dos modelos o sistemas, a saber, el modelo “*push*” (empujar), y el modelo “*pull*” (tirar, halar, atraer). La red es de modelo “*pull*”, porque el usuario tiene que ir a buscar la información que le interesa, encontrarla y luego traerla hacia él, halarla hacia su ordenador (buscarla en el sitio *web*) o aparato de televisión conectada a la red. La radiodifusión clásica y la cable-distribución corresponden al modelo “*push*” porque sin hacer más que una selección mínima, la de un canal, el usuario recibe toda la información (el organismo de radiodifusión la empuja hacia el usuario)¹⁰⁴.

Respecto a esta característica en particular es importante abordar el término “*Video on Demand (VOD)*”. Este concepto se refiere a servicios de “*video bajo demanda*” o “*a pedido*” o “*a la carta*” que

¹⁰² DELGADO, A., “*La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia*”, en *los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal internacional privado*”, Editorial Comares, Granada, 1998, 25-46, p. 30.

¹⁰³ PALOMAR, S., “*Los derechos de explotación en la Directiva 29/2001/ICE*”, Autor y Derecho, Valencia, 2015, p.9

¹⁰⁴ LIPSZYC, D., “*Nuevos temas (...)*”, *op. cit.*, p. 289

son operados a través de una red en particular, y cuyo servicio puede ser provisto por la red Internet como también por otras tecnologías (cable o satélite). Conforme lo señalado, estos servicios consisten en concreto en la puesta a disposición interactiva. En contraposición a esta modalidad se encuentran los servicios de televisión lineales denominados “*TV lineal*” (“*Linear TV*”) en la medida de que su consumo está determinado por horarios de transmisión prefijados, en que el consumidor recibe toda la información predeterminada por el operador¹⁰⁵.

El “*Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en latinoamérica parte I: Modelos de negocios de OTT Audiovisuales en América Latina: Tendencias recientes y previsiones futuras*”, es interesante porque hace una categorización de los servicios “*VOD*” dividiéndolos entre servicios “*Over the Top Audiovisual*” (“*OTT Audiovisual*”) y otras tecnologías. A nuestro juicio, es útil describir los servicios *OTT* por ser lo más utilizados, los cuales se subdividen en cinco categorías de acuerdo con el modelo de negocio predominante en cada uno de ellos¹⁰⁶:

- a) “*SVOD*”: El acrónimo proviene del término en inglés “*Subscription Video On Demand*”, y se refiere a plataformas cuyos ingresos son generados por el pago por suscripciones a través de las cuáles los usuarios tienen acceso a determinados contenidos de forma ilimitada. Los ejemplos más notorios son los de “*Netflix*” o “*Amazon Prime Video*”.
- b) “*TVOD*”: Término que alude en inglés a “*Transaction Video On Demand*”, refiriéndose a plataformas que no cobran por dar de alta o crear un usuario. En cambio, el usuario paga por los contenidos específicos que elige ver (por ejemplo, películas, series, eventos o deportes). Se trata de la versión digital del modelo transaccional que llevaban a cabo los videoclubs de “*VHS*” o “*DVD*” décadas atrás. Ejemplos son “*iTunes*” de Apple, “*Distrify*”, o “*FilmO*”.
- c) “*AVOD*”: Refiere al término en inglés “*Advertisement Video On Demand*” y se trata de un modelo gratuito para los usuarios, que pueden acceder y ver contenidos audiovisuales libremente, aunque como contrapartida deben aceptar anuncios publicitarios. En ese sentido, se trata de un modelo de la TV abierta por radiodifusión, aunque con la ventaja de poder visualizar los contenidos “*on demand*”, y con la posibilidad para el oferente del servicio de dirigir publicidad focalizada en base a los datos de los usuarios. Ejemplos de “*AVOD*” incluyen a “*YouTube*”, “*Tune.pk*”, “*Dailymotion*”.

¹⁰⁵ KATZ, R., *op. cit.*, p.6

¹⁰⁶ *Ibid.*

- d) Híbridos: Se trata de modelos mixtos entre los anteriores. Ejemplos de ello pueden ser aquellas plataformas en las que el consumidor paga un cargo mensual que le permite el acceso a una parte de los contenidos, aunque para acceder a la totalidad de los mismos se pueden requerir de pagos adicionales (caso de eventos deportivos en directo, como en “*YouTube Live*”).
- e) “*TV Everywhere*”: Servicios que tienen su origen en la respuesta de los proveedores de TV de pago tradicional (TV por cable y “*Direct To Home*” por satélite) a la amenaza competitiva de los “*OTT audiovisual*”, a través de la cual estos extienden a sus usuarios el acceso.

Con todo, respecto a la interactividad como elemento propio, y más allá del medio o procedimiento que se vaya a utilizar para la difusión, lo relevante es que para que se produzca el acto de comunicación pública debe ocurrir “*una previa puesta a disposición al público de la obra*”, algo así como una oferta de una obra en un medio de acceso al público, permitiendo el acceso a ella, y luego una solicitud del usuario pidiendo acceso desde el lugar y en el momento que elija.

En este sentido es interesante la distinción que hace Rivero Hernandez¹⁰⁷ que indica que ante “*el acceso a obras y prestaciones ofrecidas desde redes digitales tipo Internet*”, el autor exterioriza dos forma de interactividad: Una interactividad pasiva o de primer grado en que “*hay comunicación pública con la mera puesta a disposición y accesibilidad de las obras protegidas*”, siendo el usuario quien decide si accede, cuándo lo hace y desde dónde realiza dicho acceso, teniendo en cuenta que muchos “*potenciales usuario, que no accederán*”; y por otra parte, una interactividad activa o de segundo grado que se produce “*cuando tiene lugar el acceso efectivo a los contenidos de información*”.

Esta distinción es importante para el estudio pues será el proveedor de contenidos o llamado también “*distribuidor de contenidos audiovisuales*” aquel que realiza el acto de puesta a disposición interactiva, es decir, quien pone a disposición la obra para que cualquier persona pueda acceder a ella desde el momento y lugar que elija, y por tanto, es este distribuidor de contenidos quien debe estar autorizado por los titulares de derechos de explotación y previo pago de licencias para poder ofrecer el acceso al contenido, pudiendo el usuario disfrutar de la obra dónde y cuándo desee.

¹⁰⁷ RIVERO, F., “*Artículo 20*”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2007, 328-378, p. 329 y 330.

Lo que queda por delante es lo más complejo del estudio, es decir, estudiar y explorar los aspectos relativos a la titularidad del derecho de puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile. El marco teórico se extiende hasta aquí, esperando servir de base para lo que sigue.

CAPÍTULO II: PANORAMA DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN RELACIÓN A LOS DISTRIBUIDORES DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES A TRAVÉS DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE UNA OBRA AUDIOVISUAL EN CHILE

1. Aspectos preliminares

Este capítulo aborda el panorama de los titulares de derecho de autor y derechos conexos en relación a los distribuidores de contenidos audiovisuales a través de la puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile (nos restringimos a lo dispuesto en nuestro país). No es la intención de esta memoria ser sumamente exhaustiva pues el tema no lo permite por su complejidad, sin embargo, se busca proponer ideas generales sobre la protección de los titulares de derecho de autor y derechos conexos del sector audiovisual, explorando qué ocurre con el ejercicio del derecho de puesta a disposición de una obra audiovisual en Chile, y en particular referido al derecho de mera remuneración de que gozan los artistas y ciertos autores de obras audiovisuales.

Para abordar el objetivo planteado, es imprescindible dilucidar aquellos aspectos relacionados con la obra audiovisual en cuanto objeto de protección de derecho de autor, determinando la aplicación del régimen legal especial contemplado en la LPI, estableciendo un concepto de esta y examinando su naturaleza como obra en colaboración. En seguida, la memoria determina quiénes son las personas que crean la obra audiovisual, es decir, sus autores, y la relación que mantienen con el productor audiovisual, adelantando desde ya que este es el titular originario del derecho patrimonial o de explotación que nace de la obra audiovisual, y, por ende, es quien estará facultado para ponerla a disposición del público por medios digitales interactivos, según veremos.

Observada esta cuestión, el capítulo se concentra en la licencia o autorización de uso como acto jurídico mediante el cual el productor, en tanto titular de derechos de explotación, autoriza la puesta a disposición de la obra audiovisual por medios digitales interactivos al distribuidor de contenidos, es decir, a aquellas personas que las aprovechan sin ser titulares de sus derechos, estando debidamente autorizados. Al respecto, se profundiza en el contrato de licencia, y en particular en su contenido mínimo para efectos de llegar a la remuneración y su forma de pago.

Luego, se efectúa un alcance relativo a las ejecuciones o interpretaciones fijadas en formato audiovisual que son difundidas junto con la obra audiovisual, examinando quiénes son los artistas,

intérpretes o ejecutantes, en su calidad de titulares de los derechos conexos que nacen con la producción de sus interpretaciones fijadas en formato audiovisual, y cuál es su relación con el productor de obras audiovisuales.

Finalmente, se aborda el derecho de mera remuneración con que cuenta el director y el guionista de obras audiovisuales, así como los artistas de obras audiovisuales, explorando su regulación legal, su autonomía jurídica y sus características.

2. La obra audiovisual como objeto de protección del derecho de autor

Como ya se ha señalado en el primer capítulo, el objeto de protección del derecho de autor es la obra o creación intelectual, sin embargo, nuestra LPI no define qué se entiende por obra y únicamente prescribe una lista de aquellas que tienen protección especial¹⁰⁸. Dentro de esta lista se encuentran las “*obras cinematográficas*” (numeral 8º del artículo 3 de la LPI). Las obras cinematográficas no son definidas en la LPI, ni tampoco en el Convenio de Berna¹⁰⁹, siendo en general un defecto que comparten otras legislaciones¹¹⁰.

Ahora bien, últimamente se ha ido utilizando la expresión obra audiovisual por ser una categoría más amplia que la de las obras cinematográficas¹¹¹¹¹². El punto es que la LPI establece normas especiales de autoría y titularidad aplicables expresamente a las obras cinematográficas, por lo tanto, será necesario resolver si acaso dichas normas son aplicables también a las obras audiovisuales.

¹⁰⁸ Ver *supra*, p. 44

¹⁰⁹ Pese a la falta de definición el Convenio de Berna se refiere en múltiples disposiciones a las “*obras cinematográficas*”: el art. 2, párrafo 1), al referirse a las posibles obras protegidas; el art. 7, párrafo 2), al establecer la duración mínima de la protección; el art. 14, al establecer los derechos de ciertos titulares de obras literarias o artísticas respecto de su utilización en obras cinematográficas; el artículo 14 bis, al calificar a la obra cinematográfica como obra original y determinar el Derecho aplicable a su protección.

¹¹⁰ SARTI, R., “*Las Obras Cinematográficas en la Ley de Propiedad Intelectual*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 4

¹¹¹ ANTEQUERA, R., “*Estudios de Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 308

¹¹² En el derecho español incluso se ha señalado que todas las obras enunciadas en el título VI del Real Decreto Legislativo 1/1996 de la Ley de Propiedad Intelectual, denominado “*Obras cinematográficas y demás Obras Audiovisuales*”, se denominarán en lo sucesivo “*obras audiovisuales*” (artículo 86). Es decir, un concepto que engloba a ambas obras.

2.1 Protección de la obra audiovisual en la Ley 17.336

Primero, es necesario indicar que los derechos que nacen con la producción de una obra audiovisual se encuentran protegidos como toda creación que cumple con los requisitos del artículo 1 de la LPI. La obra audiovisual es una obra protegida por derecho de autor.

Segundo, en cuanto al surgimiento de la obra cinematográfica ha de considerarse que acontece con posterioridad al origen del derecho de autor, razón por lo cual, en sus primeros años, doctrina y jurisprudencia calificaron a la obra cinematográfica como obra literaria o artística, según la mayor valoración que se le otorgaba al guion y al argumento o bien a las expresiones artísticas proyectadas a través de él. Más adelante, debido a las especiales características de este tipo de obras, se unificaron criterios para considerarla un conjunto de actividades intelectuales de diversa índole, considerada por tanto una unidad ontológica y funcional independiente¹¹³. Fue el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, en su revisión de Roma (1928), que hizo mención por primera vez a la protección de la obra cinematográfica, siempre y cuando el autor hubiere dado a la obra el carácter de original, y es a partir del Acta de Bruselas (1948) que se incluyó en el catálogo ejemplificativo de las creaciones protegidas a las “*obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía*”¹¹⁴.

Tercero, la LPI chilena de 1970, que cabe decir estuvo inspirada en la revisión al Convenio de Berna de Estocolmo de 1967, reconoció a las obras cinematográficas como obras especialmente protegidas y les estableció una regulación de normas especiales de autoría, titularidad y duración de protección (artículos 25 a 33 de la LPI). De esta forma, existe un desafío interpretativo considerando que estas normas especiales se refieren expresamente sólo a obras cinematográficas y no al más amplio concepto de obras audiovisuales¹¹⁵.

De allí, que definir el marco jurídico aplicable a las obras audiovisuales resulta primario considerando que las normas especiales prescriben quiénes habrán de considerarse autores, y cuál es el sistema de adquisición de derecho de autor.

¹¹³ Fellini decía que el cine “*Es un arte que nada tiene que hacer con las demás expresiones del arte y menos aún con la literatura. Es aquel, un arte autónomo*”. COSTANTINI, C., “*Conversations avec Federico Fellini*”, trad. N. Castagné, Denoël, 1995, p. 126.

¹¹⁴ ANTEQUERA, R., “*Estudios de Derechos (...)*”, *op. cit.*, p. 308

¹¹⁵ Considerando que se aleja de nuestro tema de estudio, para profundizar en la discusión acerca de la aplicación restringida o amplia de las reglas especiales establecidas para las obras cinematográficas, ver obra de Fabián Aravena, autor que desarrolla con mayor detenimiento los argumentos de cada postura. ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 59 a 75.

Así las cosas, cabe señalar que la diferencia entre obra cinematográfica y otras obras audiovisuales, sea para la exhibición en salas o no, responde a la tradicional forma de explotación de las obras cinematográficas en salas de cine. En este sentido se señala que una obra cinematográfica es concebida para ser emitida en salas de cine, mientras que el concepto obra audiovisual reviste un carácter más amplio dado que incorpora cualquier tipo de obra audiovisual que no sólo haya sido creado para ser proyectadas en salas de cine, tales como documentales, series de televisión, miniserias, cortometrajes, etcétera.

Desde el punto de vista internacional, el Convenio de Berna si bien no incluye el término obras audiovisuales propiamente tal, sí incluye dentro de su ámbito de protección a “(...) *las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía (...)*”¹¹⁶. Chile no hizo un reconocimiento de esta distinción, circunstancia que ha llevado a plantear dudas en relación a la aplicación de las reglas especiales establecidas en la LPI para las obras cinematográficas a las obras audiovisuales.

Se suma a esto, el hecho de que las leyes que modificaron la LPI no han incorporado el concepto de “*obra audiovisual*” en reemplazo del más restringida obra cinematográfica. Por lo mismo, la dictación de la Ley N° 20.435 del año 2010, que si bien por vez primera y puntualmente incluyó el término “*obra audiovisual*”¹¹⁷, en particular referidas a las excepciones al derecho de autor, no aclara definiciones ni tampoco marca una diferencia con las obras cinematográficas.

Por esta razón, en base a un razonamiento literal¹¹⁸, puede plantearse que las normas especiales de los artículos 25 a 33 de la LPI sólo son aplicables a las obras cinematográficas, entendiendo por tales aquellas creadas para ser proyectadas mediante aparatos cinematográficos en salas de cine. Según esta postura el resto de las obras audiovisuales deben regirse por las disposiciones generales de la ley.

A favor de esta interpretación es posible considerar que desde su origen la LPI diferenció entre obras “*televisuales*”, sean originales o adaptadas (artículo 3 número 5), y las “*obras cinematográficas*”

¹¹⁶ Artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

¹¹⁷ Artículo 71 Q Ley 17.336: Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

¹¹⁸ Esta postura se funda en el artículo 20 del Código Civil que establece que “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras*”, y sólo se les dará a estas un significado distinto cuando el legislador haya dado una definición especial.

(artículo 3 número 8), con lo cual, sería posible inferir que el legislador de la época concibió un tratamiento diferente respecto de la creación de una obra destinada a la proyección en salas de cines, de aquella creada para su exhibición en la televisión u otro medio. Se considera además que Chile adhirió a la Unión de Berna en 1968, donde ya se reconocía la categoría de “*obras que se expresan mediante un procedimiento análogo a la cinematografía*”, sin que nuestra legislación haya optado directamente por incorporar esta fórmula, lo que reafirmaría la aplicación de las normas especiales sólo a las obras cinematográficas.

Asimismo, se pone en la balanza que los artículos 25 y 27 de la LPI, que regulan autoría y titularidad, son normas excepcionales que establecen una presunción de autoría y una cesión legal, y por consiguiente deberían interpretarse de forma restrictiva. De igual modo, el artículo 26 de la LPI define expresamente al “*productor de una obra cinematográfica*”, y no al productor audiovisual en términos genéricos del sector audiovisual.

En contra de este entendimiento, se considera que los artículos 25 a 33 de la LPI debieran aplicarse a todo tipo de obra audiovisual y no sólo a las obras cinematográficas. De partida, en ambos tipos de obras, audiovisuales y cinematográficas, por regla general, es necesaria la participación de muchas personas que aportan sus creaciones originales, lo cual no justificaría un tratamiento diferente, sin importar el canal de difusión por el cual serán finalmente comunicadas estas obras. En otros términos, se ha de estimar que en ambos casos se trata de obras complejas debido al número que participa en su creación por lo que es lógico que deban tener un tratamiento especial respecto a la autoría y la titularidad de derechos.

Además, la LPI se inspiró en la Revisión del Convenio de Berna de 1967, Acta de Estocolmo, que ya reconocía la similitud entre obras cinematográficas y todas aquellas obras expresadas en forma análoga a la cinematografía, lo que permitiría inferir que el legislador de la época concebía a la obra cinematográfica en términos amplios de igual forma que el concebido hoy respecto de obras audiovisuales. Efectivamente, desde 1967, la Unión Berna entiende que dentro del género de las obras cinematográficas se entienden incluidas por asimilación aquellas expresadas en forma análoga a la cinematografía, por tanto, para la época existía una idea amplia de estas obras, equivalente al concepto actual de obra audiovisual. Por esta razón, Fabián Aravena establece que la tesis amplia o integradora se funda tanto en la historia de la LPI como en el Convenio de Berna, y que es el mismo mensaje de la LPI el que indica que nuestro país no puede ignorar las convenciones internacionales vigentes a la época

sobre derechos de autor¹¹⁹, lo que permite inferir que sí se reconocen a las obras audiovisuales como un tipo de obra que requiere regulación especial, y esto así porque la LPI se inspiró en ellos.

En relación al carácter excepcional de las normas especiales aplicables a las obras cinematográficas (artículos 25 y 27 de la LPI), se ha de tener en cuenta que no significa que ambos preceptos puedan ser aplicados a cualquier tipo de obras de distinta forma de expresión que las obras que se expresan mediante la proyección simultánea de imágenes asociadas, con o sin sonorización, a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de imágenes y del sonido, concepto de obra audiovisual que se analiza a continuación, y que engloba también a las obras cinematográficas. En otras palabras, las obras cinematográficas comparten el mismo concepto doctrinal que el de obra audiovisual, por lo que las normas excepcionales sólo pueden ser aplicadas a esta categoría de obras expresadas de una forma particular, y no a cualquier obra.

En apoyo de esta postura, es posible agregar el hecho de que el ordenamiento interno ha ido incorporando paulatinamente el término “*obra audiovisual*” por sobre el término más restringido de obra cinematográfica. En este sentido, el Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales, ratificado por Chile y promulgado por el Decreto N° 1.539 de 1993 y la Ley 19.981 sobre Fomento Audiovisual promulgada el año 2004, entregan definiciones de obras audiovisuales cuyos elementos comparten todo tipo de obra audiovisual, incluyendo la obra cinematográfica. El problema de ambos instrumentos radica en que su aplicación se restringe sólo a la materia que regulan, por tanto, no es clara su aplicación a la luz de estas normas.

En adición a lo señalado, se debe estimar que el año 2008 se dictó la Ley 20.243, que establece normas especiales sobre los derechos morales y patrimoniales de los artistas, intérpretes y ejecutantes, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, la cual incorpora expresamente el término “*obra audiovisual*”¹²⁰ en relación a estas producciones de los artistas audiovisuales y que han sido incorporados o fijados en formato audiovisual (como es el caso de la actuación de un actor en una obra audiovisual cuya interpretación es fijada en un formato audiovisual e incorporada a dicha obra).

¹¹⁹ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 73

¹²⁰ El inciso 1° del Artículo 3 de la Ley 20.243 dispone que “*El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales*” (el remarcado es nuestro).

Finalmente, es importante considerar la Ley 20.959, del año 2016, que extiende la aplicación de la Ley 20.243, referida en el párrafo anterior, a los directores y guionistas de las “*obras audiovisuales*”¹²¹, es decir, no sólo se involucran derechos conexos, sino que el derecho de autor al referir personas que se presumen coautores de la obra audiovisual conforme el artículo 27 de la LPI, sobre el cual se profundiza más adelante. Esta ley además introduce una modificación al inciso 1º del artículo 27 de la LPI sustituyendo la palabra “*legalidad*” por “*calidad*” de autores.

Por consiguiente, para efectos de esta memoria, se entiende que las obras audiovisuales constituyen una forma análoga a las obras cinematográficas, y por el hecho de compartir los mismos elementos definitorios que se exponen a continuación, es razonable que debieran regirse por las normas especiales y no por las normas generales de LPI. De forma que, la primera conclusión que se extrae de este apartado es que las reglas especiales aplicables a las obras cinematográficas son también aplicables a las obras audiovisuales.

2.2 Concepto de obra audiovisual

Un estudio reciente acerca del Marco Jurídico Audiovisual en Latinoamérica, denominado “*Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenidos en el Entorno Digital*” elaborado por el Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la OMPI el año 2021, ha definido a la obra audiovisual como “*una creación basada en una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, destinadas a su comunicación al público mediante su proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y/o del sonido (tales como la televisión, el video bajo demanda, Internet u otros), con independencia del soporte material en el que se incorporen*”¹²².

Por su parte, el Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales de la OMPI de 1989, en su artículo 2 prescribe que la obra audiovisual es “*toda obra que consista en una serie de imágenes fijadas relacionadas entre sí, acompañadas o no de sonidos, susceptible de hacerse visible y, si va acompañada de sonidos, susceptible de hacerse audible*”.

¹²¹ El inciso 1º del artículo 1 de la Ley 20.959 dispone que “*Los directores y guionistas de las **obras audiovisuales** gozarán también del derecho irrenunciable e intransferible a percibir la remuneración establecida en el artículo 3 de la ley N° 20.243, con las limitaciones y excepciones contenidas en el Título III de la ley N° 17.336, cuando sean procedentes*” (el remarcado es nuestro).

¹²² GARCÍA, M., “*Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en Latinoamérica. Parte III: El marco jurídico del audiovisual en el entorno digital*”, Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenidos en el Entorno Digital, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2021, p. 5

Mientras que el artículo 3 letra a) de la Ley 19.981 de Fomento Audiovisual señala que la obra audiovisual es *“toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación o de difusión de la imagen y del sonido, se comercialice o no”*.

Conforme lo razonado por Fabián Aravena, pese a que se restringen a su ámbito de aplicación, estas dos últimas definiciones tienen la virtud de comprender tanto a las obras cinematográficas como a las demás obras audiovisuales; además, permiten que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, sean empleadas en contratos que regulen la producción de una obra audiovisual, o bien que sean utilizadas por los jueces a la hora de resolver conflictos relevantes para la materia, en tanto que los pasajes oscuros de la ley pueden ser dilucidados mediante otras leyes¹²³.

Más allá de tal conclusión, junto con la definición del Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la OMPI, es posible extraer determinados elementos constitutivos del objeto de regulación que quedará sujeto al régimen especial, y que servirán de base para esta memoria. Estos elementos son:

a) *La obra audiovisual consiste en una obra o creación intelectual*

Las definiciones reseñadas anteriormente inician señalando que la obra audiovisual es una creación, de forma que, como toda creación, conforme garantiza el artículo 1 de la LPI, debe revestir el carácter de obra, es decir, debe tratarse de una creación del intelecto (ya sea en el ámbito literario, artístico o científico), exteriorizada por cualquier forma de expresión, y original. Dicho de otra manera, es necesario que la obra audiovisual reúna los requisitos prescritos por la ley¹²⁴.

En primer término, al indicar que la creación debe pertenecer al ámbito científico, literario o artístico, se entiende desde una perspectiva amplia, puesto que *“existen obras que en sentido estricto, tiene poca relación con la ciencia, las letras o las artes”*¹²⁵, no obstante lo cual, reciben protección por consistir en una labor intelectual creativa, y por así disponerlo la ley, como ocurre en el caso de las bases de datos.

¹²³ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 26

¹²⁴ Ver *supra*, p. 44

¹²⁵ ANTEQUERA, R., *“Derecho de autor”*, Tomo I. Segunda Edición, Caracas, Venezuela, 1998, p. 127 y ss

En segundo término, la creación debe exteriorizarse por cualquier forma de expresión puesto que el derecho de autor no protege las ideas, sino la forma sensible bajo la cual se manifiesta dicha idea. Según se dijo en primer capítulo, la expresión de una obra está separada del soporte material en el que pueda quedar fijada en tanto que el objeto de la propiedad intelectual es susceptible de una propiedad especial caracterizada propiamente por su inmaterialidad. Su protección resulta independiente de los posibles soportes físicos en los que pudiera contener las creaciones objeto de protección. Por consiguiente, se separa en doctrina el “*corpus mysticum*” y el “*corpus mechanicum*” de una obra. Los derechos de autor recaen sobre el primero, la obra¹²⁶. La exigencia de que una obra tenga que estar expresada no significa que se precise una formalización tangible, sino una concreción artística, literaria o científica perceptible; con la expresión se persigue que un tercero pueda disfrutar la obra.

En tercer término, la creación exteriorizada por cualquier forma de expresión debe ser original, lo cual apunta a que se imprima la personalidad del autor en su obra, es decir, aquel aspecto que la hace única por la individualidad propia del autor. Las obras audiovisuales son susceptibles de presentar condiciones de originalidad que las diferencian, en cuanto creación intelectual, de los distintos aportes que las componen (como las obras literarias que sirvan a su argumento). De allí que el artículo 14 bis, párrafo 1), del Convenio de Berna, disponga que, sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como original. La originalidad en el ámbito cinematográfico se puede manifestar de diversas formas: la selección, ordenamiento y secuencia de las imágenes; la adaptación de otras obras (como en el caso en que una obra literaria es utilizada para conformar el guión del film); los decorados de la escenificación que serán parte de la obra; la dirección; la música; y fundamentalmente, la combinación de los distintos elementos para crear una expresión conjunta, a ser percibida como tal por el espectador. Lo complejo de este tipo de obras es que la originalidad proviene de diferentes personas.

No se está en presencia de una obra audiovisual cuando las fijaciones audiovisuales no poseen elementos que reflejen una creación original. De manera que las simples fijaciones o grabaciones audiovisuales no son obras para el derecho de autor. Se entiende por fijación audiovisual la grabación sonora y la visual simultánea de escenas de la vida o de una representación o ejecución, o de una recitación en directo, de una obra sobre un material duradero y adecuado, que permite que dichas grabaciones sean susceptibles de ver y oír. “*La mera captura audiovisual de una manifestación escénica de un músico o declamador, o la grabación de una emisión televisiva, no se convierte en obra audiovisual por el hecho de haberse fijado, pues no será otra cosa que un mero registro de una*

¹²⁶ Ver *supra*, p. 44

*interpretación artística en un soporte material, cuyos derechos de autor corresponden a los autores de la música y de la letra, del discurso expuesto, o de la emisión radiodifundida*¹²⁷. El elemento diferenciador entre una grabación audiovisual y la obra audiovisual es la originalidad.

b) *La obra audiovisual es una secuencia de imágenes asociadas*

Es este el rasgo más característico que presentan las obras audiovisuales, y también ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales, en particular, relativas a si este tipo de obras deben generar una impresión de movimiento al espectador o si basta con que estén relacionadas en algún sentido. La primera de las posturas establece como sinónimos la expresión “*imágenes asociadas*” a la de “*imágenes asociadas que produzcan sensación de movimiento*”. La segunda tesis, por el contrario, defiende la expresión “*imágenes asociadas*” desde una perspectiva más amplia, próxima a una narrativa o temática compartida, de modo tal que las imágenes estén relacionadas. Esto comprendería un mero conjunto de imágenes estéticas.

En la doctrina nacional, Fabián Aravena señala que la obra audiovisual es una cadena de fotogramas cuya “*disposición crea una ilusión óptica que el cerebro asocia con una sensación de movimiento en la medida en que los elementos que aparecen en cada fotograma varíen su posición, tamaño, orientación, forma o color*”¹²⁸. Por lo cual, el movimiento es intrínseco a toda obra cinematográfica y por lo tanto también a aquellas que sean consideradas análogas a las cinematográficas.

Por otra parte, Sarti afirma que “*una secuencia de imágenes bien puede producirse en una presentación de simples imágenes en una presentación de simples imágenes visuales que no alcanzan la categoría de obra cinematográfica. Aceptamos que la obra cinematográfica puede realizar fijación de imágenes visuales que no producen una impresión de movimiento por sí mismas, pero la secuencia misma debe desarrollarse en una dinámica que requiere de una movilidad en la exhibición*”¹²⁹.

En realidad, la LPI no define a la obra audiovisual, sin embargo, la primera perspectiva resulta más acertada en tanto que la sensación de movimiento es un rasgo propio o característico de la obra audiovisual, es algo que le otorga una nota distintiva por excelencia, que hace recomendar inclinarse por dicha interpretación, sobre todo considerando que existe un régimen especial aplicable a esta categoría

¹²⁷ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 31

¹²⁸ *Ibid.*, p. 32

¹²⁹ SARTI, R., *op. cit.*, p. 9

de obras. En este sentido, la diferencia fundamental entre una obra fotográfica y una obra cinematográfica o audiovisual es precisamente la impresión de movimiento. Si bien *“no es requisito fundamental para una obra audiovisual provocar movilidad en la exhibición, pero sí es necesario que los fotogramas que la componen se sucedan unos a otros a una velocidad determinada y en una secuencia ordenada susceptible de producir ilusión de dinamismo entre los elementos integrados en aquéllos, suponiendo que estos en cada uno de los fotogramas aparecen variando en su forma, posición, lugar, color o tamaño”*¹³⁰.

c) La obra audiovisual puede ir o no acompañada de sonidos

Se puede prescindir del sonido, y como expresión seguirá siendo considerada una obra audiovisual, pues lo esencial es la secuencia de imágenes que provocan sensación de movimiento, no así el sonido, que es un elemento accidental. Ello no resta importancia al sonido que muchas veces se transforma en un elemento ganador de galardones. Los sonidos pueden constituir obras protegidas independientemente de la creación audiovisual, de manera que, para su integración a la obra, se requiere de la autorización del titular de derechos.

d) La obra audiovisual está destinada a su comunicación al público mediante su proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y/o del sonido

La secuencia de imágenes asociadas se exterioriza fijándose en un soporte, cualquiera sea, conocido o por conocerse, que sea susceptible de proyectarse por algún medio técnico. Es necesario que el soporte permita la proyección de las imágenes en algún artefacto idóneo para tal efecto, cuestión de suma relevancia porque revela que la obra audiovisual tiene como fin ulterior comunicar, por lo tanto, aun cuando es indiferente el soporte para ser considerada obra intelectual, este de todas maneras debe existir, sea analógico o digital, así como también el medio que permite la proyección. Las obras audiovisuales, a diferencia de la mayoría de las obras requieren de esa mediación técnica para poder disfrutarse.

Ahora bien, la necesidad de que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido hace que la mención a que este tipo de creaciones estén *“expresadas”* resulte especialmente reiterativa, si ya se podía considerar tal al ser la definición propia de una *“obra”*.

¹³⁰ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 34

Con todo, este requisito se asocia con la necesaria mediación técnica para su disfrute o medio de expresión, por el que se manifiesta como factor determinante y característico de su propia naturaleza y fundamento de origen. La obra es creada para su comunicación. Lo medular es poder tener acceso a la obra.

e) La obra audiovisual es independiente del soporte material en el que se incorpora

Aquí, para efectos prácticos, se reitera lo señalado en relación a la prescindencia de la necesidad de contar con un soporte para ser considerada obra¹³¹. La existencia de un soporte en este tipo de creaciones resulta tan prescindible como la presencia de sonido, no erigiéndose como elemento propio que defina la obra audiovisual. Bastará con que la obra audiovisual esté expresada, haciéndose perceptible por los sentidos. La exteriorización exigida tiene como único requisito su perceptibilidad y puede ser directa o por medio de alguna instalación o mecanismo técnico. Si bien una obra audiovisual contenida en un soporte podrá ser objeto de explotación íntegra, una obra audiovisual podrá ser comunicada al público a través de un medio sin que necesariamente haya sido prefijada¹³².

f) Es irrelevante el aprovechamiento económico para que sea considerada obra

El valor comercial de la obra audiovisual no es relevante para adquirir el carácter de obra protegida por el derecho de autor, toda vez que la obra nace cumpliendo los requisitos que prescribe el artículo 1 de la LPI.

3. Autoría y titularidad de las obras audiovisuales

Como hemos analizado en el marco teórico, se producen divergencias legislativas en relación a la autoría y titularidad de obras audiovisuales en cada país. Para efectos de conocer cuáles son las normas

¹³¹ Ver *supra*, p. 45

¹³² En el *streaming* a través de la web no siempre quedan a disposición de los internautas para una revisión en diferido. Mientras que la estrictamente cinematográfica será aquella registrada en un soporte fotoquímico, las creaciones audiovisuales serán aquellas otras realizadas sobre un soporte magnético o digital, así como las emisiones en directo sin necesidad de fijación; sin perjuicio, no obstante, de que el desarrollo de la tecnología digital y su abrupta irrupción en el ámbito de cualesquiera tipos de creaciones haya diluido en la actualidad el uso estricto de ambos términos que, frecuentemente, se emplean de manera indistinta. JIMÉNEZ, J., “*Montaje y Postproducción Audiovisuales*”, en *Detrás de las Cámaras. Un Manual para los Profesionales de la Televisión*. Ed. Comunicación Social, Salamanca, 2014, p. 10

chilenas que regulan la autoría y titularidad de obras audiovisuales, hemos de explorar este tema en particular.

Así, una cuestión compleja que plantea la obra audiovisual consiste en determinar si es la actividad de una sola persona excluyente, vale decir un solo autor, o bien es realizada en colaboración por varios coautores. Y, en caso de ser calificada como obra en colaboración, ¿Serán coautores todas las personas o solo algunas de las personas que contribuyeron en la creación?; además, y en relación a la problemática del presente trabajo, cabe preguntarse ¿La titularidad del derecho de autor de orden patrimonial, y su ejercicio, debe atribuirse a los coautores de la obra o debe atribuirse al productor en razón de que se garantice una correcta y eficaz explotación?, y en la afirmativa de que sea el productor audiovisual, ¿Cuál es el medio de atribución de titularidad idóneo en favor del productor?, ¿La *cessio legis* de los derechos patrimoniales, o la presunción de cesión de los derechos patrimoniales salvo pacto en contrario, con limitaciones al derecho moral de los autores?, y finalmente ¿Qué ocurre con los aportes creativos de los autores individualmente considerados?

Las respuestas a estas primeras preguntas nos darán una primera panorámica de los autores de obras audiovisuales y su relación con el productor audiovisual.

3.1 La obra audiovisual como obra en colaboración

En cuanto a la primera interrogante planteada, esto es, si la obra audiovisual es el resultado de una sola persona, un autor único, o bien es el resultado de una pluralidad de autores, cabe señalar un aspecto histórico importante relativo a la labor del productor de obras audiovisuales. En este sentido, señala Delia Lipszyc que *“Desde el inicio de la actividad cinematográfica los productores demandaron que se les garantizara una explotación amplia de sus producciones. Reclamaron que se los reconociera como únicos autores de la obra. En algunos países se les atribuyó esta condición; en otros, la titularidad originaria”*¹³³. Explica que en muchos países esta era una petición desproporcionada y arbitraria, pero que obedecía a las particularidades propias de las obras audiovisuales respecto de su creación, por el elevado número de creadores que colaboran en ella, por la forma en que se realiza la explotación y por la magnitud de la inversión económica que demanda.

¹³³ LIPSZYC, D., *“Derecho de autor (...)”*, op. cit., p.138

Por ello, señala la autora que se han planteado dos grupos principales de soluciones legislativas para resolver el “*problema de la titularidad de las obras audiovisuales*”¹³⁴. Por un lado, el sistema que se denomina “*film-copyright*”, cuyos países atribuyen al productor la condición de autor o bien la titularidad originaria del derecho de autor sin reconocer derecho alguno a los autores de los aportes creativos que concurren en ella. Son el caso de Estados Unidos y el Reino Unido (aunque este último atribuye derechos morales a los directores). En estos casos una persona jurídica puede ser considerada autor único o bien titular originario de los derechos. Bajo este sistema es posible que todos los derechos sobre la obra se le atribuyen “*ab initio*” al productor, e incluso llegar hasta considerarlo como único autor de la película por ser quien toma la iniciativa, quien asume el papel de motor en su elaboración y, sobre todo, quien arrastra con el riesgo considerable de financiar. Para apoyar esta cuestión, se recurre al hecho de que multiplicar el número de titulares diluiría la explotación de la obra y que, por lo tanto, por razones de economía práctica, se requiere que la transferencia de los derechos vaya directamente al productor.

Por otro lado, está el caso de los países de tradición jurídica continental europea o latino del sistema del derecho de autor, los cuales establecen que solamente las personas físicas o naturales que han participado en la creación de la obra audiovisual pueden ser autores. Chile sigue esta tradición latina donde el autor es un pilar básico del derecho de autor, y por ende ocupa a la persona del autor en la posición principal del mismo. La creación intelectual es el acto y resultado del trabajo creativo de una persona natural¹³⁵, único ser en la tierra dotado de la capacidad de crear¹³⁶.

Por lo tanto, en este último sistema, la protección jurídica autoral sobre una obra audiovisual es una cuestión distinta a la de la atribución de la titularidad del derecho sobre la misma. La primera cuestión, es decir, que el autor es una persona natural descansa sobre un hecho jurídico y no sobre un negocio jurídico. La segunda, es decir, la atribución de derechos propiamente consiste en una cuestión puramente jurídica que obedece a la voluntad legislativa de un modelo de atribución de derechos. Al respecto, se puede considerar incluso que la eventual excepción a este principio que recogen algunos ordenamientos jurídicos como el sistema *film-copyright*, que entiende que el titular originario de los derechos de autor es una persona jurídica, nace como consecuencia de una “*fictio legis*” introducida por el legislador, puesto que la persona jurídica para crear deberá servirse, necesariamente, del elemento

¹³⁴ *Ibid*

¹³⁵ El artículo 54 del Código Civil señala que las personas son naturales o jurídicas. El artículo 55 de este código define a las personas naturales como todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

¹³⁶ DELGADO, A. “*La Propiedad Intelectual ante la tecnología digital: Las obras multimedia*”, ponencia sostenida en el curso de verano de la UIMP propiedad Intelectual y nuevas Tecnologías, celebrado en el Palau de Pineda de Valencia los días 24 a 27 de junio de 1996, p. 5

humano que la integra, el hombre. Sólo a través de su trabajo intelectual podrá obtener resultados susceptibles de acceder a la protección del derecho de autor.

Entonces, en Chile serán autores sólo las personas naturales. Ahora, resuelto esto, el caso es que habiendo pluralidad de autores o creadores, nuestro país considera a la obra audiovisual como una obra en colaboración¹³⁷ y no una obra colectiva. Esta afirmación se sustenta en el artículo 27 inciso 2º de la LPI que dispone que *“salvo prueba en contrario, se presumen coautores de la obra cinematográfica hecha en colaboración, los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guión y de la música especialmente compuesta para la obra, y el director”*. ¿Qué alcance puede otorgarse a la referencia *“hecha en colaboración”* que hace la norma? Es posible señalar que la norma califica a las obras audiovisuales como obras en colaboración de manera imperativa (calificación *“de lege”*), por lo que no se ha dejado espacio para otorgarle otra categoría distinta. La ley obliga a considerar que la obra audiovisual es una obra hecha en colaboración por personas naturales, por lo tanto, en caso de que haya contribuciones plurales, lo que en la práctica es la regla, el estatuto que deberá aplicarse es el de la obra en colaboración y excluir el de la obra colectiva¹³⁸.

El artículo 5 letra b) de la LPI entiende por obra en colaboración *“la que es producida conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”*. Lo propuesto por este precepto también es importante para descartar a las obras colectivas ya que en estas los aportes de los autores se confunden de tal manera que se hace imposible diferenciarlos. En efecto, en la obra colectiva se hace difícil la identificación de cada uno de sus autores y de sus respectivas contribuciones. En este sentido, *“las obras audiovisuales no pueden ser consideradas obras colectivas dada la heterogeneidad de las contribuciones que las componen, reconocidos y diferenciados a lo menos presuntamente en el artículo 27 de la LPI respecto de las obras cinematográficas”*¹³⁹.

¹³⁷ Para Alonso Palma, en el derecho Español, la obra audiovisual se encuadra dentro de la categoría de obras en colaboración por tres razones. Primero, debido a que los aportes realizados por cada autor son distinguibles y separables del conjunto de la obra, por ello es que se les permite explotarlos de forma separada. En las obras colectivas los aportes no se distinguen entre sí y por ende no pueden ser separados, consecuentemente no puede atribuirse a autor alguno derecho. Segundo, porque el productor adquiere derechos de explotación en forma derivada a raíz de la cesión de derechos que le transfieren los autores, lo cual contradice a la obra colectiva que los adquiere *“ab initio”*. Tercero, se funda en la ley, da un argumento de texto legal, basándose en el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (ley española), en su artículo 87, al hacer mención de quienes son los autores de la obra audiovisual hace referencia expresa al artículo 7 TRLPI relativo a las obras en colaboración, no quedando duda que, para el legislador español, las obras audiovisuales son obras de esta última especie. PALMA, A., *“Propiedad intelectual y derecho audiovisual”*, Centro de Estudios Financieros, Valencia, 2006, p. 129.

¹³⁸ El artículo 5 letra c) de la LPI, es aquella *“producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre”*.

¹³⁹ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 43

Ahora, la imposibilidad de separación de las aportaciones creativas establecida en la letra b) del artículo 5 de la LPI (definición de obra en colaboración) no dice relación con que estos sean susceptibles o no de distinción, sino más bien, a que los aportes no pueden separarse sin destruir el fundamento que justificó su realización, esto es, el propósito común de la producción en colaboración, la obra en su conjunto. Al respecto, es importante observar al respecto que la obra audiovisual, como obra en colaboración cuyos aportes son distinguibles, desde la perspectiva de la obra resultante, estas aportaciones se compenetrán recíprocamente de tal modo que se crea una armonía tan íntima y compacta de la fusión de todas ellas, que resulta un objeto de protección diferente de la mera suma de ellas. Se produce un efecto sinérgico que alcanza una unidad distinta e independiente de todas las aportaciones individuales, que no equivale a la mera adición de todas ellas.

Con la producción audiovisual nacen dos derechos de autor diferentes, uno respecto de cada una de las aportaciones que permite explotarlas independientemente, y otro, en régimen de coautoría, respecto de la obra audiovisual resultante. Este producto final, del cual son parte esencial cada una de las aportaciones, configura una obra distinta cuya creación plasma el hecho jurídicamente relevante para producir el nacimiento de un derecho de autor.

En este sentido, la coautoría de obras audiovisuales permite una explotación separada de las aportaciones individuales de las cuales se integra la obra audiovisual, con el límite de que la explotación de estos aportes se efectúe en un género diverso al audiovisual. Por esta razón, el inciso 2º del artículo 28 de la LPI establece que *“Cada uno de los autores de la obra cinematográfica puede explotar libremente, en un género diverso, la parte que constituye su contribución personal”*. Al respecto, se debe considerar que hay algunos aportes como el del director que no puede ser explotado de forma independiente, cuestión a tratar más adelante¹⁴⁰.

Cabe considerar además que en la obra audiovisual será necesario que los coautores, durante la elaboración de sus aportaciones, tengan en consideración las de los demás autores, teniendo en vista el fin común previsto, lo que limita el margen de libertad creativa de cada uno de los autores. En cambio, en las obras colectivas la elaboración de la aportación individual se lleva a cabo desde las indicaciones realizadas por la persona del coordinador y, en cualquier caso, desconociendo el desarrollo de las demás aportaciones individuales que confluyen al resultado definitivo.

¹⁴⁰ Ver *infra*, p. 116

De modo que, establecido que las personas que han creado la obra audiovisual gozan del estatuto de coautores, lo que queda por examinar es determinar quiénes serán en definitiva estas personas, y luego establecer si acaso adquieren derechos.

3.2 Autores de la obra audiovisual

El éxito de una obra audiovisual no obedece ciertamente a una receta predeterminada, sino que es el resultado de una misteriosa unión en la que se han mezclado diversos aportes y han coincidido varios autores. Un escenario adecuado es fundamental para una correcta puesta en escena y verosimilitud de la historia; un buen guion es fundamental para la fluidez y coherencia de la obra; la composición musical otorga una atmósfera a la película y muchas veces se transforma en un elemento diferenciador; así también la dirección mueve, coordina y ordena la expresión siendo un elemento vital en la realización; y así ocurre en general con cada uno de los aportes en esta conjunción autoral. Más allá del mérito que pueda rendirse a cada coautor de la obra audiovisual, lo que corresponde a esta investigación es determinar quiénes son en definitiva sus autores. Una vez hecho esto, se podrá establecer los derechos de autor que nacen y analizar la manera de cómo atribuirlos.

Cabe recordar que el nacimiento del derecho de autor sólo es posible si existe una obra y un autor. Nadie puede disfrutar de un derecho de autor a menos que exista una obra protegible, y a la inversa, no puede nacer derecho en favor de alguien que no haya creado una obra.

En el ordenamiento jurídico chileno, igual que ocurre con el concepto de obra, no hay una definición de autor o creador¹⁴¹, sin embargo, prescribe el artículo 1 de la LPI que protege los derechos que, por el sólo de la creación, adquieren “(...) *los autores de obras (...)*”. Ahora, en particular respecto de las obras audiovisuales, el inciso 1° del artículo 27 establece que “*tendrán calidad de autores de una obra cinematográfica la o las personas naturales que realicen la creación intelectual de la misma*”.

De estos preceptos se desprende que en las obras audiovisuales únicamente una persona natural que haya hecho acto de creación puede ser considerada autor. Efectivamente, la referencia que hace el artículo 27 de la LPI tanto a “*personas naturales*”, así como a la “*creación intelectual*”, excluye, por una parte, a las personas jurídicas, y por otra parte, implica que la calificación de autor no pueda recaer

¹⁴¹ Elisa Walker señala que el autor es “*la persona natural que crea la obra literaria, artística o científica que es objeto de protección legal*”#. Esta definición destaca la necesidad de que el autor sea una persona natural y precisa que la obra es en definitiva el objeto de protección de la ley. WALKER, E., *op. cit.* p. 96

en el productor porque, como productor que es, no realiza ningún acto de creación intelectual. En relación a esto último, el productor no puede ser considerado como autor de la película, toda vez que el papel que desempeña no es un papel creativo. El productor como tal, no aporta nada como creador, fuere cual fuere la importancia que, por lo demás, revista el papel que él desempeñe en cuanto a tomar la iniciativa de crear la obra, en cuanto a la elección de los talentos llamados a participar en ella y en cuanto a reunir los medios técnicos y financieros para llevarla a cabo.

De forma que es una “*conditio sine qua non*” que el autor de una obra audiovisual sea una persona natural, conclusión a la que ya hemos arribado antes. Establecido esto, cabe determinar cómo se atribuye la autoría en Chile respecto de las obras audiovisuales. En este sentido, y a nivel doctrinal, es posible distinguir distintos modelos de atribución de autoría en la protección de las obras audiovisuales¹⁴². Estos sistemas son: El Sistema Pluralista, el Sistema del *film copyright*; y el Sistema Mixto o Híbrido. El sistema pluralista impera en Chile sobre el cual desarrollaremos.

El sistema pluralista se caracteriza por atribuir autoría de la obra audiovisual a todas aquellas personas que, con sus aportaciones creativas, contribuyen a la realización de la misma. Estas personas tendrán que demostrar su aportación creativa a la obra audiovisual. Dentro de la determinación de la autoría en la corriente pluralista, se pueden distinguir a su vez dos técnicas legislativas; en primer término, el legislador puede hacer que entren en juego libremente las reglas generales, o sea, que los autores tengan que demostrar su aporte creativo; y en segundo término atendiendo a la intervención legal a la hora de determinar *a priori* una lista de personas que serán consideradas autores, ya sea mediante una ficción legal o presunción legal. En esta última se puede combinar el hecho de que el autor pruebe su autoría, y que se establezca una presunción legal, tal como ocurre en Chile.

Así, cuando es el legislador quien establece una lista de autores, podrá hacerlo de dos formas. Por un lado, estableciendo un “*numerus clausus*” y erigiendo una lista exhaustiva en la que figuren aquellos que él ha elegido como autores. Esta fórmula impide la posibilidad de otras personas de probar su aporte creador. Por ejemplo, el legislador español señala como únicos autores más que al realizador, a los autores del argumento, de la adaptación y del escenario o de los diálogos y a los autores de las composiciones musicales creadas para la obra (artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1/1996).

¹⁴² A nivel nacional, tratan este tema y cada uno de estos sistemas, los autores Romina Sarti y Javier Morales. SARTI, R., op. cit. p. 23 y ss. MORALES, J., “*Desafíos para una nueva regulación del derecho de autor en las obras audiovisuales en Chile*”, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2013, p. 42 y ss.

Por otro lado, es posible que se establezca una presunción de autoría respecto de una lista de coautores, tal cual hace Chile, pero dejando abierta la posibilidad de que otras personas puedan probar que han realizado una contribución creativa y por tanto ser considerados autores.

En este sentido, Ricardo Antequera señala que *“para la determinación de la autoría, algunas legislaciones establecen una lista cerrada acerca de quiénes son los coautores de una obra cinematográfica (v.gr.: Colombia, Ecuador, España, México, Portugal), sistema del numerus clausus, de manera que no se admite coautoría de ningún otro participante distinto de los mencionados en la ley; y para otros textos nacionales (v.gr.: Chile, El Salvador, Francia, Panamá, Perú, Venezuela), lo que se establece es una presunción de coautoría, pero se admite el reconocimiento de otros creadores, de acuerdo a lo que ellos hayan pactado entre sí, o en el contrato existente entre dichos autores y el productor”*¹⁴³.

Chile adoptó el sistema pluralista según lo previsto en el inciso 1° del artículo 27 de la LPI puesto que prescribe que *“Tendrán la calidad”*¹⁴⁴ *de autores de una obra cinematográfica la o las personas naturales que realicen la creación intelectual de la misma”. Y, además, establece una presunción de coautoría conforme establece el inciso 2° del artículo 27 de la LPI al disponer que “Salvo prueba en contrario, se presumen coautores de la obra cinematográfica hecha en colaboración, los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guion y de la música especialmente compuesta para la obra, y el director”*¹⁴⁵.

En consecuencia, y a partir del precepto citado, se presumirán autores aquellos señalados por la norma, y esta presunción no se extenderá a otras personas no especificadas en ella, no obstante, igualmente podrá tener la calidad de autor en caso de que una persona natural acredite que tiene dicha calidad. Efectivamente, la presunción deja lugar para aportar la prueba contraria, o sea, probar, que a pesar de depender de la presunción, la persona no ha hecho en realidad ningún aporte creativo; o bien, probar, que aun cuando la persona no goce de la presunción, sí es, en realidad, uno de los autores de la obra.

¹⁴³ ANTEQUERA, R., *“Derecho de autor (...)”*, op. cit., p. 217

¹⁴⁴ El artículo 27 de la LPI fue modificado por la Ley número 20.959 del año 2016 que sustituyó el término *“legalidad”* de autores por el término *“calidad”* de autores. En la historia de la norma, se señaló al efecto que *“El artículo 27 contiene un error en su génesis, pues dice que tendrán legalidad de autores de una obra, en lugar de tendrán la calidad de autores de una obra”*. Historia de la Ley número 20.959 del año 2016, p. 38

¹⁴⁵ Cabe remarcar que en la lista se encuentran únicamente las personas físicas y ninguna otra persona cuyo papel no sea *“por naturaleza”* el de un creador. De ahí, que no figure en la lista el productor, ni tampoco figuren los intérpretes, ni los técnicos. Si se atiende a la redacción del inciso 2° del artículo 27 de la LPI, es claro que el legislador ha querido evitar que se considere autor al productor. No cabe duda alguna respecto a la voluntad del legislador en cuanto a prohibir que se atribuya la calidad de autor al productor como tal

Esto es relevante, pues los coautores podrán de común acuerdo haber establecido la autoría de una persona distinta a las señaladas por la norma, y, por tanto, será un coautor más de la obra audiovisual en colaboración. Por lo tanto, no se debe olvidar, como veremos ahora, que los coautores de este tipo de obras ceden los derechos patrimoniales al productor, siendo posible que en el contrato de cesión celebrado con el productor se reconozca la autoría de esta persona que no es reconocida en la norma.

Además, esta presunción de autoría tiene relevancia para esta memoria considerando que existe una referencia en las leyes especiales que regulan un derecho de remuneración en favor de guionistas y directores (que figuran en la lista del artículo 27 de la LPI), respecto de lo cual profundizaremos más adelante.

3.3 Titularidad de obras audiovisuales

Distinta de la condición de autor es la de titular del derecho de autor. La titularidad de derechos es el punto de conexión con el sujeto de derechos. Para efectos prácticos, se distingue entre titularidad originaria y titularidad derivada conforme al artículo 7 de la LPI.

La creación de una obra original es el único título atributivo de la autoría, y al mismo tiempo, la consecuencia natural de ostentar la condición de autor es que se adquiera la titularidad originaria de los derechos que se derivan de la creación por parte de la persona natural. Por esta razón, la titularidad originaria se presenta como correlato de la calidad de autor, correspondiendo a las personas físicas que crean las obras; por ello señala el artículo 7 de la LPI que “*Es titular original del derecho de autor el autor de la obra (...)*”. De forma que, por regla general el autor es el titular originario del derecho, es decir, aquel sujeto cuyo derecho surge en él directamente y de forma autónoma¹⁴⁶, conocido como titularidad “*autor creador*”¹⁴⁷. Los derechos de autor nacen de la realización de la obra, razón por la cual se vinculan en esencia con el creador de esta y en consecuencia su primer titular es el autor.

Por otra parte, distinto a la titularidad originaria, aparece la titularidad derivada o secundaria de una obra, es decir, el que la adquiera del autor a cualquier título. Esto último ocurre cuando el autor cede

¹⁴⁶ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., “*Tratado de los Derechos Reales. Bienes*”, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 135 y 136.

¹⁴⁷ El sistema de tradición continental se diferencia del sistema del *copyright* ya que no permite que las personas jurídicas sean consideradas titulares originarios de los derechos morales de autor.

los derechos a un tercero que será el titular derivado de la obra. En este sentido, el artículo 7 de la LPI dispone “(...) *Es titular secundario del derecho el que la adquiera del autor a cualquier título*”.

Ahora bien, en cuanto a la titularidad originaria, el ordenamiento jurídico de Chile establece una excepción al artículo 7 de la LPI, además de otros casos¹⁴⁸, por cuanto la titularidad originaria del derecho patrimonial de autor de una obra cinematográfica (obra audiovisual) corresponde al productor conforme dispone el artículo 25 de la LPI: “*El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor*”.

Esto supone que nuestro ordenamiento adopte diferencias entre autor y titular originario en este tipo particular de obras, ya que no será el director, ni el autor del guion, ni el autor del argumento ni ningún otro de los coautores de las obras audiovisuales, sino que será el productor el que adquiera los derechos patrimoniales o de aprovechamiento económico, entre los cuales se encuentra el derecho de puesta a disposición. Ahora veremos cómo adquiere la titularidad originaria el productor.

3.3.1 El productor como titular originario de los derechos patrimoniales

El productor tiene un papel sumamente relevante en la producción de obras audiovisuales, ya que desempeña una labor gestora y coordinadora en la realización, instruyendo a autores, artistas y técnicos, y en general facilitando todas las condiciones requeridas para que se ejecute la creación de una obra audiovisual, y lo que es de vital importancia, financiando el proyecto (sin embargo, no realiza labor creativa alguna como hemos señalado antes). Cabe tener presente que producir una obra audiovisual requiere de altos recursos económicos, técnicos y humanos, por ello es un negocio riesgoso que requiere de obras rentables de acuerdo con las expectativas del mercado según las preferencias de los consumidores de este tipo de bienes intelectuales, labor que queda en manos del productor.

Es así como, debido a la configuración especial de la industria y del mercado audiovisual, los tratados internacionales y las legislaciones nacionales comenzaron a reconocer la importancia de las empresas productoras, buscando asegurar la inversión a través de la transferencia de los derechos de autor a la figura del productor. De allí que el Convenio de Berna señala que la determinación de los

¹⁴⁸ Debido a que el desarrollo de estos casos se aleja del tema de estudio, delimitado a las obras cinematográficas, basta sólo con señalar estas excepciones, que son: Programas computacionales; antologías, crestomatías y otras compilaciones análogas; enciclopedias, diccionarios, y otras compilaciones análogas; obras colectivas; obras creadas por funcionarios del Estado; trabajos creativos realizados para publicaciones periódicas tales como diarios o revistas, o a estaciones radiodifusoras o de televisión; y fotografías realizadas por encargo.

titulares de derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación en que la protección se reclame¹⁴⁹.

En este sentido, en Chile, el artículo 25 de la LPI dispone que *“El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor”*. Por su parte, el artículo 26 de la LPI define que *“Es productor de una obra cinematográfica las persona, natural o jurídica, que toma la iniciativa y responsabilidad de realizarla”*.

El artículo 25 de la LPI, citado en primer lugar, es el precepto que establece la titularidad originaria de los derechos patrimoniales en el productor. Como se dijo, la titularidad originaria de los derechos patrimoniales se puede tener por ser el autor y creador de la obra intelectual. En estos casos, es la autoría la que le entrega la titularidad originaria de estos derechos. Pero también es posible obtener la titularidad originaria de los derechos patrimoniales por medio de una adquisición *ex lege*, es decir, que no se adquiere por ostentar la calidad de autor, sino que media una norma legal que otorga titularidad originaria de los derechos patrimoniales de autor, aunque por cierto no la autoría sobre la obra (titular y autor son conceptos distintos). En estos casos, es el legislador el que reconoce la titularidad originaria de los derechos patrimoniales a una persona distinta del autor. De manera que, para que el productor pueda explotar la obra de la mejor forma posible, en Chile se establece un caso de presunción de cesión de derechos patrimoniales a favor del productor audiovisual por expresa aplicación del artículo 25 de la LPI.

Esta norma debe ser interpretada y armonizada con lo prescrito por el artículo 29 de la LPI, que dispone lo siguiente: *“El contrato entre los autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión en favor de éste de todos los derechos sobre aquella, y lo faculta para proyectarla en público, presentarla por televisión, reproducirla en copias, arrendarla y transferirla, sin perjuicio de los derechos que esta ley reconoce a los autores de las obras utilizadas y demás colaboradores”*.

Es el artículo 25 de LPI la norma que determina qué ocurre con los derechos de autor que nacen con la creación de la obra audiovisual, estableciendo la titularidad originaria de los derechos patrimoniales en el productor, por lo tanto, este artículo no es una norma ociosa¹⁵⁰, ya que mediante una interpretación sistemática del precepto en relación con el artículo 29 de la LPI, se evidencia la intención

¹⁴⁹ Literal a) del número 2 del artículo 14 bis del Convenio de Berna.

¹⁵⁰ SCHUSTER, S., *“El Autor ¿Un concepto en crisis?”*, En: Derecho de Autor - Un Desafío para la Creación y el Desarrollo. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 2004, p. 34 - 35

del legislador de que exista una contratación entre autores y productor y que se reconozcan cuáles son los derechos correspondientes al productor y cuáles son los derechos correspondientes a los autores.

Entonces, lo que hace el artículo 29 de la LPI es reiterar lo establecido en el artículo 25, confirmando cuáles son los derechos de autor correspondientes al productor y cuáles son los correspondientes a los autores. En otros términos, por expresa disposición de las normas especiales de la LPI, a los autores les corresponde la titularidad del derecho moral de autor que nace de la obra, así como el derecho de explotar libremente su aporte creativo, pero a condición de que sea en un género diverso al audiovisual (artículo 28 y 31 de la LPI). Mientras que al productor le corresponde ser titular de los derechos patrimoniales de la obra audiovisual (artículo 25 en relación con el artículo 29 de la LPI).

Las razones de esta titularidad son reseñadas por Fabián Aravena quien señala al respecto que (...) *En primer término, se considera a las obras cinematográficas como obras en colaboración, de manera que con el objeto de asegurar la explotación de estas obras, se precisa evitar los inconvenientes derivados del ejercicio del derecho moral que corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad autorial (artículo 14 LPI). En segundo lugar, la decisión del legislador encuentra su fundamento en el reconocimiento y protección de la inversión que el productor realiza para el desarrollo de uno o más proyectos de película. En tercer lugar, mediante este mecanismo, se cumple un fin público de promoción de la creación audiovisual en base al reconocimiento que el Estado hace a las obras audiovisuales como medios de difusión de la cultura universal*¹⁵¹.

De forma que, si bien la o las personas que tendrán la calidad de autor son aquellas que realizan la creación, la ley establece que el derecho de autor de orden patrimonial de una obra cinematográfica corresponde a su productor, es decir, a la persona que asume la iniciativa financiera y dispone los medios para la realización del proyecto, y por esta razón, el artículo 29 de la LPI señala que el contrato entre autores y productor importa la cesión de todos los derechos patrimoniales. En otras palabras, esto surge como consecuencia de que el contrato entre los autores y el productor importa la cesión en favor de éste de todos los derechos cedibles (únicamente los derechos patrimoniales que son disponibles y no los derechos morales que no lo son), y lo faculta para ejercer ciertas facultades sin perjuicio de los derechos reconocidos a los autores de las obras o aportes utilizados y demás colaboradores.

Cabe reiterar que la regulación especial de la LPI no dispone que esta categoría de obras audiovisuales sea “creada” por una persona jurídica, sino que únicamente es un mecanismo que permite

¹⁵¹ ARAVENA, F., op. cit., p. 52

que la titularidad originaria de los derechos patrimoniales pueda recaer en una persona jurídica (de todos modos el productor puede ser una persona natural o una persona jurídica), y donde los coautores no son titulares de los derechos patrimoniales que nacen con la producción audiovisual, pero mantienen un derecho a remuneración por el uso de sus aportes.

3.3.2 Distinción entre el contrato de producción audiovisual y la cesión de derechos patrimoniales

El productor audiovisual celebra con cada uno de los autores una convención cuyo objeto final es la producción de una obra audiovisual (causa del contrato). En palabras de Delia Lipszyc, y desde un punto de vista amplio, “*el contrato de realización de obra audiovisual comprende todo aquel cuyo objeto es una obra o un aporte artístico destinado a la producción de aquella*”¹⁵². En este punto es relevante distinguir el contrato de producción audiovisual con la producción audiovisual en sí misma. El primero sólo se restringe a los acuerdos celebrados entre autores y el productor audiovisual, mientras que la producción engloba tanto el contrato de producción audiovisual, como los acuerdos que el productor audiovisual celebra con los artistas, intérpretes o ejecutantes, y cuyo fin no es la producción de una obra, sino que una interpretación.

Pues bien, a nivel nacional no existe una regulación del contrato de producción audiovisual, ya que el ordenamiento jurídico chileno regula únicamente normas especiales relativas a autoría y titularidad de los derechos patrimoniales, dejando la convención de realización de obra audiovisual dentro del marco de las reglas generales y amparado por la autonomía de la voluntad, por ende, sujeto al principio de libertad contractual a la hora de definir el contenido de los contratos, sin perjuicio de las limitaciones que imponen las reglas especiales. Pese a que no exista una regulación especial relativa al contrato de producción audiovisual, “*es imposible negar la influencia y aplicabilidad de los artículos 25 a 33 de la LPI sobre estos contratos, de manera que se hace estéril un análisis de este tipo de convenciones sin la incorporación de dichas disposiciones especiales*”¹⁵³.

En este sentido, nos parece útil la definición que entrega Fabián Aravena de contrato de producción audiovisual: “*Contrato de producción es aquel acuerdo de voluntades por medio del cual el productor encarga a una o más personas la realización de una actividad creativa o una obra determinada, ordinariamente dentro de su especialidad en los géneros literarios, artístico o científico, generalmente a cambio de una remuneración, con el fin de que forme parte de una obra audiovisual sobre la cual tendrá calidad de autor, que el productor se obliga a producir por cuenta y riesgo. El*

¹⁵² LIPSYC, D., “*Derecho de autor (...)*”, *op. cit.*, p. 342

¹⁵³ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 161

*contrato de producción audiovisual no es más que uno de los elementos que integran la producción de una obra audiovisual*¹⁵⁴.

Lo que revela la definición propuesta por el autor es que el contrato de producción audiovisual es un contrato de obra por encargo, con una autonomía propia¹⁵⁵. Los autores prestan un servicio destinado a la creación de la obra audiovisual, y por su parte el productor se obliga a producir la obra bajo su riesgo y cuenta. El contrato puede ser a título gratuito u oneroso. En este último caso, se pacta una remuneración por el encargo, que es una remuneración distinta de aquella referida a la explotación posterior de la obra.

Prosigue más adelante el autor indicando que el contrato de producción audiovisual no implica que se cedan los derechos patrimoniales, pues se está ante una etapa anterior a la creación, no ha nacido obra y por ende derecho alguno. Por lo tanto, la transferencia de derechos se verifica cuando la obra ya está realizada. Al respecto, señala que dicha transferencia sobre la contribución encargada debe ser pactada expresamente entre el productor y su autor una vez que la obra audiovisual haya sido materializada, y siempre que el aporte pueda ser considerado una obra independiente. Por otra parte, cuando la obra consiste en la obra audiovisual misma (nos pone en el caso del director), no es necesario que se pacte cesión de forma expresa, pues los derechos son transferidos al productor por expresa disposición del artículo 25 de la PI.

En lo que respecta a esta investigación, cabe señalar que la ganancia que obtenga la obra por la explotación posterior a su realización y fijación, es decir, una vez materializada (como por ejemplo poner la obra audiovisual fijada a disposición en redes digitales interactivas), es una cuestión que va definida en los respectivos contratos de licencia que haya de celebrar el productor con el distribuidor de contenidos audiovisuales, y no en los contratos de cesión. Por ello, desde el año 2016, se les reconoce a los directores y guionistas un derecho a percibir una remuneración, de carácter irrenunciable e intransferible, incluso después de haber cedido los derechos, por determinadas formas de explotación de la obra, materia que trataremos más adelante con mayor profundidad a la hora de explorar el derecho de mera remuneración por la puesta a disposición de una obra audiovisual por medios digitales interactivos.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

3.3.3 Salvaguardia del derecho moral

Como se dijo antes, la titularidad originaria entregada al productor es una excepción a lo dispuesto en el artículo 7 de la LPI. Ahora bien, el productor se constituye en titular de los derechos patrimoniales de la obra producida, conservando los autores la titularidad de sus derechos morales, dada la naturaleza no transferible de ellos. Respecto a los derechos morales, atendida su peculiar naturaleza y debido a su carácter inalienable, no procede su transferencia a ningún título. Así, el artículo 16 LPI señala: *“Los derechos numerados en los artículos precedentes son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario”*.

Lo anterior implica que el productor necesitará contar con la autorización de los autores de la obra cinematográfica para todo aquel uso de sus aportes creativos que hayan compuesto la realización fílmica y que impliquen el ejercicio de las facultades que integran el derecho moral de autor.

El derecho de paternidad exige que se indiquen los nombres de los coautores de la obra audiovisual. Por ello, el artículo 30 LPI señala la obligación que tiene el productor cinematográfico de indicar en la obra para que aparezcan proyectados, los nombres del director, autores de la escenificación, de la obra originaria, de la adaptación del guion de la música y de la letra de las canciones.

Así, serán titulares de derechos sobre la obra audiovisual resultante los autores de la misma (derechos morales) según el artículo 16 y 30 de la LPI y su productor (derechos patrimoniales), estos últimos por aplicación del artículo 25 y 29 de la LPI.

3.3.4 Titularidad de derechos de los autores respecto de su aporte creativo

La obra audiovisual se produce con aportes que por sí mismos pueden ser considerados obras protegidas, así, por ejemplo, el guion es una obra individual, por tanto, los derechos que nacen con la fijación final de la producción audiovisual, es decir, con la conclusión de la obra audiovisual, son distintos de los derechos que nacen por aporte considerado individualmente. De acuerdo a lo señalado al momento de tratar a la obra audiovisual como una obra en colaboración, las aportaciones de los coautores pueden ser explotadas independientemente (siempre que se explote en un género diverso), pues el coautor es titular del derecho de autor de su propia aportación en tanto obra¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Ver *supra*, p. 72

Ahora bien, la circunstancia de que la obra audiovisual se considere terminada en el momento de la fijación final no implica que las aportaciones de los autores que la componen sean obras preexistentes, y que por ello la película creada sea el resultado de una transformación. El aporte que convierte a ciertas personas en autores de la obra audiovisual consiste en el trabajo creativo efectuado con la conciencia de que este se encuentra orientado hacia la realización audiovisual coordinada por la labor de producción. En palabras de Alonso Valdés, *“la creación de la obra audiovisual comienza desde el momento cada uno de los autores está realizando su contribución de manera preordenada a un fin”*, de manera que *“existe siempre la representación mental de la obra final, al contrario de lo que ocurre con las obras preexistentes, en que la pretérita creación de la misma se encuentra absolutamente desvinculada de la obra audiovisual”*¹⁵⁷.

Dentro de las prerrogativas establecidas especialmente para los coautores de la obra audiovisual se encuentra el derecho de utilizar libremente su aportación en obras de género diverso al audiovisual conforme dispone el artículo 28 de la LPI

Cabe señalar que en las obras audiovisuales ocurre una particularidad al respecto, puesto que no todos los aportes podrán ser susceptibles de separación y explotación independiente. Hay aportes que no alcanzan una entidad suficiente para constituir por sí mismo un resultado unitario susceptible de protección autoral independiente, distinto del que supone la obra resultante, pues para que su actividad creativa genere un resultado protegible es necesario que la misma se apoye y fusione con otras aportaciones. Es el caso del director, en tanto su aporte no tiene ni sentido ni valor si no es en relación con la realización de la obra audiovisual definitiva; a diferencia del guionista cuyo aporte es perfectamente distinguible y susceptible de explotación separada en un género diverso al audiovisual. Esto es sumamente relevante considerando que ambos cuentan igualmente con un derecho de mera remuneración reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, respecto del cual iremos profundizando, pero antes veremos cómo ejerce el productor el derecho patrimonial y, en particular, el derecho de puesta a disposición mediante licencias entregadas a los distribuidores de contenidos audiovisuales.

4. La autorización de uso o licencia para poner a disposición una obra audiovisual al público

Cabe agregar un segundo conjunto de preguntas cuyas respuestas otorgarán el resto de contenido al capítulo, a saber: ¿Cómo ejerce el productor, en su calidad de titular originario del derecho patrimonial,

¹⁵⁷ VALDÉS, A., *“Los derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales”*. Comunicación y Estudios Universitarios, N°7, 15-32, 1997, p. 15

el derecho de puesta a disposición de la obra audiovisual por medios digitales interactivos en relación con el distribuidor de contenidos audiovisuales?, ¿Qué características reúne la licencia o autorización de uso?, ¿A quién se le otorga la autorización de poner a disposición la obra audiovisual al público?, ¿Quién es el distribuidor de contenidos audiovisuales?, ¿La licencia debe ser expresa o se permiten autorizaciones tácitas?, ¿Cuál es el contenido mínimo que debe contener una licencia?, ¿En qué consiste el derecho de mera remuneración que tiene reconocido en nuestra legislación el director y el guionista de obras audiovisuales, así como los artistas audiovisuales en relación de sus interpretaciones fijadas en formato audiovisual, el cual debe ser incorporado en la licencia o autorización de uso?, ¿Cuáles son las características de este derecho de remuneración?, ¿Cómo debe ser configurada la licencia en relación con este derecho de remuneración? Las respuestas a estas últimas preguntas nos darán la panorámica de los titulares del derecho de mera remuneración que cuenta el director y el guionista, y los artistas audiovisuales, por la puesta a disposición de la obra audiovisual por medios digitales interactivos, y en particular en relación con los demás participantes de la cadena de explotación, es decir, el productor y el distribuidor de contenidos, para la difusión de obras audiovisuales.

4.1 Carácter exclusivo de las formas de usar una obra protegida

De acuerdo a lo previsto en el marco teórico de esta memoria, a partir de los derechos patrimoniales surgen facultades exclusivas para los titulares del derecho de autor. El artículo 17 de la LPI reconoce al titular de derecho de autor la facultad de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella, y de autorizar su utilización por terceros.

Es una facultad exclusiva pues el ejercicio del derecho patrimonial de autor corresponde sólo al titular, es decir, sólo él estará autorizado para permitir o prohibir la puesta a disposición de la obra audiovisual por medios digitales interactivos. En otras palabras, la facultad de autorizar es una prerrogativa exclusiva por cuanto pertenece sólo al titular del derecho la facultad de resolver si autoriza o no (permite o prohíbe) la explotación de la creación intelectual por cualquiera de las formas de utilizar: reproducción, modificación, distribución o comunicación pública (incluida la puesta a disposición).

El fundamento normativo del carácter exclusivo se encuentra en el inciso 1º del artículo 19 de la LPI al establecer que “*nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor*”. De manera que se requiere de una autorización expresa del titular del derecho de autor para usar una obra protegida.

Como facultad de utilizar una obra que emana del derecho de comunicación al público, la puesta a disposición de la obra y prestación al público es un derecho exclusivo, por lo tanto, al igual que el resto de los derechos de explotación, su ejercicio sólo puede llevarse a cabo por el titular o con su autorización - *ius prohibendi* -; salvo en aquellos casos de excepción o que la obra pertenezca al dominio público. Por lo tanto, únicamente el titular del derecho patrimonial, o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, serán quienes podrán utilizar la obra a través de la puesta a disposición de la obra al público.

Recordemos que el titular del derecho patrimonial o de explotación, y por lo tanto, del derecho de puesta a disposición, es el productor audiovisual (titular originario), o bien un tercero a quien el productor haya cedido el derecho en cuestión (titular derivado), por tanto, será alguna de estas dos personas (naturales o jurídicas) quienes podrán autorizar, a través de una licencia otorgada, la puesta a disposición de la obra audiovisual, atendida la exclusividad en la autorización de uso. Reiteramos que esto se hace mediante un contrato de autorización de uso o licencia.

Entonces, en resumen, será el productor audiovisual, en tanto titular originario de los derechos patrimoniales, quien podrá poner a disposición la obra audiovisual *personalmente* (primera facultad reconocida por el artículo 17 de la LPI) por medios digitales interactivos, si es que cuenta con los servicios o plataformas para hacerlo. Igualmente, podrá *ceder* a un tercero (segunda facultad reconocida en el artículo 17 de la LPI) el derecho de puesta a disposición, y en general, lo hace a los denominados “*distribuidores de contenidos audiovisuales*”¹⁵⁸, quiénes al adquirir el derecho en cuestión, y por tanto, teniendo la calidad de titulares derivados del derecho, podrán poner a disposición la obra audiovisual en sus servicios o plataformas de comunicación digital. Pero puede ocurrir también, que el productor audiovisual, en su calidad de titular originario de los derechos patrimoniales sea quien *autorice* (tercera facultad reconocida en el artículo 17 de la LPI) a un tercero a poner a disposición la obra audiovisual al público por medios digitales interactivos, y en general, también lo hace al distribuidor de contenidos audiovisuales, es decir, estos terceros serán quienes estarán autorizados a poner a disposición la obra por medios digitales interactivos a través de una licencia.

¹⁵⁸ El desarrollo de estos se verá más adelante. Por ahora, cabe tener en consideración que el distribuidor de contenidos audiovisuales es aquella persona natural o jurídica que aloja la información digital (soporte inmaterial de la obra audiovisual) en un servicio o plataforma de video bajo demanda, que permitirá en definitiva al público acceder a la obra audiovisual desde el lugar y en el momento que los miembros de este público elijan. La palabra “*distribuidor*” no tiene ninguna relación con el derecho de distribución, ni con los prestadores de servicios de Internet. Más bien, se relacionan con los prestadores o proveedores de contenidos respecto de los cuales analizaremos más adelante.

4.2 El contrato de licencia o autorización de uso

La forma de autorizar el uso de una obra se concreta a través de un contrato de autorización de uso, llamada también licencia, que es un acto jurídico regulado expresamente en la LPI. La licencia o autorización de uso de obras se encuentran reguladas en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la LPI, y tal como hemos visto, se trata de una de las facultades del derecho patrimonial que la ley entrega al titular.

El concepto de autorización está definido por el propio legislador en el artículo 20 de LPI, que dice: *“Se entiende por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de algunos de los modos y por algunos de los medios que esta ley establece”*. Y luego, en su inciso dos, establece cómo debe ser la autorización, y el contenido mínimo que debe tener.

Conforme la definición legal, el contrato de autorización o licencia se perfecciona con el consentimiento de dos partes, por un lado, el titular de los derechos que concede el permiso o licencia de uso, llamado *“licenciante”*, y por otro, la persona a la cual le es consentido un determinado uso de la obra, llamada *“licenciataria”*. Fabián Aravena indica que la licencia de uso es un *“contrato unilateral o bilateral, oneroso o gratuito, conmutativo o aleatorio, principal o accesorio, dependiendo de la voluntad de las partes. Sin embargo, cuando éste es celebrado por una entidad de gestión colectiva necesariamente tomará la forma de un contrato bilateral, oneroso conmutativo y principal, pues la LPI les exige el cobro de una contraprestación en dinero, y el contrato con éstas no se adhiere a otra convención accesoriamente”*¹⁵⁹, que dependerá de la gestión del derecho, a tratar al final del estudio.

El licenciataria podrá hacer uso de la obra en la forma acordada, sin embargo, no se constituye en titular de derecho de autor o derechos conexos. Cabe preguntarse, ¿Quién será el licenciataria en la autorización de uso de una obra audiovisual a través de la puesta a disposición? Esta pregunta nos lleva a vincular al titular de derecho con el distribuidor de contenidos audiovisuales, quien, según vimos, podrá ser una de las personas autorizadas para poner a disposición la obra audiovisual al público por medios digitales interactivos.

¹⁵⁹ ARAVENA, F., *Contrato en la Producción de Obras Audiovisuales, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, Santiago, 2012, p. 131

4.3 Análisis del distribuidor de contenidos audiovisuales en tanto licenciatario

Para el mejor análisis del distribuidor de contenidos audiovisuales, como el tercero que está autorizada para poner a disposición una obra audiovisual al público en Chile, o bien que sea titular derivado de este derecho, en esta sección vamos a identificar de quién se trata, cómo y qué funciones cumple en la cadena de explotación de contenidos audiovisuales por redes digitales.

La razón de incluir este acápite estriba en que generalmente a quien se autoriza a poner a disposición la obra audiovisual al público, es decir, el licenciatario, es el distribuidor de contenidos audiovisuales, vale decir, aquella persona natural o jurídica que en definitiva elige la información digital (soporte inmaterial de la obra audiovisual) y la almacena a través de los diversos servicios de vídeo bajo demanda (*uploading, downloading, streaming y browsing*) para que el público pueda acceder a la película cuándo y dónde quiera¹⁶⁰. Pero también puede ser el titular derivado del derecho de puesta a disposición por habersele transferido el derecho por el titular, por lo que es necesario saber quién es para tener la completa panorámica de la relación que mantienen con los titulares de derechos, sobre todo considerando el derecho de remuneración. En este caso nos restringimos al distribuidor en tanto licenciatario por estar analizando la licencia como acto jurídico que permite poner a disposición la obra audiovisual en Chile.

Para comprender quién es el distribuidor de contenidos debemos tener en cuenta que en la cadena de difusión *en línea* de obras o prestaciones protegidas intervienen diversas personas, ya sea físicas o jurídicas, y que incluso tienen distintos grados de responsabilidad.

Primero nos encontramos con los denominados “*Prestadores de Servicios de Internet*”, cuya responsabilidad, en particular la limitación de responsabilidad se encuentra regulada en el *Capítulo III*, del Título IV de la LPI, desde el artículo 85 L al artículo 85 U. Y los cuales se encuentran definidos en el artículo 5 letra y) de la LPI que dispone: “*Prestador de Servicio significa, para los efectos de lo dispuesto en el Capítulo III del Título III de esta ley, una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes*”. Dejando de lado el error de

¹⁶⁰ En algunos casos, el mismo productor de obras audiovisuales es el distribuidor de contenidos audiovisuales, por ejemplo, en el modelo de negocios de “*Netflix*” es común ver producciones propias de este distribuidor, distinguiéndose dentro de su catálogo producciones originales y licenciadas (así nos entrega contenidos esta plataforma o servicio), por lo tanto, no será necesario una licencia.

referencia, ya que se refiere al Título III, debiendo remitirse al Títulos IV, el concepto de prestador de servicio se aplica a las empresas que proveen servicios de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales, o bien que operan instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes.

Ahora, hemos de entender que proveer una obra a través de Internet “(...) involucrará una cadena de proveedores de servicios, porque los usuarios y la mayor parte de proveedores de contenidos no pueden acceder por sí mismos a la red mundial de información, sino que deben hacerlo a través de operadores de esa clase”¹⁶¹. Por ello, los prestadores de servicios de Internet ejecutan diferentes labores para permitir el funcionamiento de la red, y nuestra LPI distingue cuatro categorías.

En primer lugar, se refiere a los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, “cuyo servicio consiste en brindar el almacenamiento automático o copia automática y temporal de los datos transmitidos, técnicamente para ejecutar la transmisión. Esta es la categoría de prestadores que permite a los usuarios finales conectarse a Internet y provee el camino que permite las comunicaciones en línea”¹⁶². En segundo lugar, se encuentran los prestadores de servicios que temporalmente almacenen datos mediante un proceso de almacenamiento automático. “Esta clase de proveedor facilita la comunicación mediante el ‘caching’ o retención temporal de datos en orden a reducir los costos de acceso al mismo contenido una y otra vez”¹⁶³. Tercero, están los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema. “Estos prestadores preservan data por períodos más largos de tiempo a efectos de proveer servicios, tales como un proveedor de correo electrónico, un servicio de alojamiento de páginas web (...)”¹⁶⁴. Por último, están los prestadores de servicios de búsqueda, vinculación o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios. “Este tipo de proveedor facilita la navegación de Internet al referenciar los servicios y contenidos provistos por terceros”¹⁶⁵.

Por otra parte, y a quien hemos denominado en esta memoria “distribuidor de contenidos audiovisuales”, se encuentra el “proveedor de contenidos” (“contents provider”), es decir, quien elige la información que se publica en una página o en un sitio web. Es la persona a quien el titular del derecho le ha concedido la pertinente licencia. Si carga (*uploading*) contenidos en un sitio *web* o servicios de

¹⁶¹ LIPSZYC, D. “Nuevos temas (...)”, *op. cit.*, p. 357

¹⁶² CERDA, A., “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°42 Valparaíso jul. 2014, p. 128

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

video bajo demanda obras o prestaciones protegidas por derecho de autor o derechos conexos sin tener la licencia al efecto dadas por los respectivos titulares, incurre en las conductas comisivas básicas que las leyes describen como delitos, estando obligados a reparar los daños ocasionados.

Comprender el vínculo entre ambos participantes en la cadena de difusión de contenidos, esto es, entre proveedores de servicios y distribuidores (proveedores) de contenidos, es realmente importante, pues, los primeros permiten en forma directa a los segundos la transmisión de dichos contenidos protegidos de titularidad de terceros (productor audiovisual). Los proveedores de servicios actúan como servicios de intermediación en Internet entre el titular de derecho, el proveedor o distribuidor de contenidos y el usuario final. Es el eslabón que permite la conexión entre estos.

Y es así como los proveedores de contenidos o distribuidores de contenidos son quienes realmente nos interesan y respecto de quien nos referimos en esta memoria, es decir, como aquel tercero licenciataria que debe obtener la licencia para poner a disposición la obra audiovisual en Chile. Una vez que un proveedor de contenidos obtiene un espacio con un proveedor de servicios de Internet, puede almacenar obras y prestaciones protegidas en un ordenador conectado a Internet, es decir, puede subir o cargar (*uploading*) en un sitio *web* que se encuentra físicamente ubicado en el servidor de ese proveedor. Es así como los contenidos se encuentran a disposición de las personas conectadas a la red. Cargar obras y ponerlas a disposición constituyen actos que nuestra legislación reserva con exclusividad a los titulares de derechos, en el caso de obras audiovisuales al productor audiovisual, por ende, será este último quien actuará como licenciante y permitirá la explotación en línea de la obra.

4.4 La licencia o autorización de uso debe ser expresa

En relación a la necesidad de que la autorización sea expresa, Alfredo Sierra Y Manuel Bernet señalan que a pesar de que la LPI es de antigua data, nuestra Corte Suprema se ha mostrado vacilante en los últimos años acerca del reconocimiento de autorizaciones tácitas¹⁶⁶. Y, ante estas posiciones, sostienen que la autorización debe ser expresa, en esencia, por el tenor literal del artículo 19 de la LPI, que no acoge autorizaciones tácitas, al igual que lo señalado en el artículo 18 de esta norma, ya vistas.

¹⁶⁶ BERNET, M., y SIERRA, A., “La autorización de utilización de una obra ajena en la Ley de Propiedad Intelectual chilena”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Volumen VIII, NÚM. 1 (2019), p. 109.

Para afirmar su postura, estos autores citan el voto de mayoría de la Corte Suprema en el caso *Transitorlab*, en virtud del cual este máximo tribunal reconoce la autorización expresa, cuyo Considerando Décimo señala:

“Décimo: [...] En cuanto al carácter de la autorización que deben dar el titular o el conjunto de titulares del derecho de autor, ya sea por sí mismos o a través de la entidad de gestión colectiva correspondiente, esa autorización debe ser expresa. Así se desprende, sin la menor duda, del artículo 18 de la ley conforme a la cual sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las formas que la ley señala. Del mismo modo, el artículo 19 reitera que 'nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido autorización expresa del titular del derecho de autor' (lo que cabe referir a los titulares del mismo en el caso de obras musicales creadas en colaboración, pues en tal caso la facultad de autorizar corresponde al conjunto de sus coautores, según el mencionado artículo 23). Ese carácter expreso de la autorización resulta corroborado por el contenido que debe tener y que prolijamente señala el artículo 20, inciso segundo, del texto normativo en estudio, al exigir que contenga una precisión de los derechos concedidos a la persona autorizada; el plazo de duración; la remuneración y su forma de pago; el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados y el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. Lo anterior se encuentra en sintonía con el principio doctrinal de independencia de los derechos económicos, que en nuestra legislación se encuentra consagrado expresamente en el inciso final del artículo 20, que dispone: 'la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquéllos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza'. De tal forma, no cabe sino concluir que la normativa exige una autorización explícita, descartando el uso de permisos tácitos. Aunque en los actos privados se admite, como principio, la voluntad tácita, tanto la doctrina como la jurisprudencia la rechazan como forma de manifestación cuando por norma legal o pacto contractual se exige la voluntad expresa, como en el caso en estudio. En otras palabras, en materia de derecho de autor, la autorización para el uso o explotación de una obra protegida debe ser explícita o directa, no pudiendo ser deducida de cierto comportamiento del autor o titular del derecho, sino que debe, necesariamente, existir un acto que de forma manifiesta e inequívoca autorice a un tercero a utilizarla de una manera particular”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema, 15 de mayo de 2018, rol 55.082-2016, considerando Décimo.

Conforme esta interpretación, la autorización que concede el licenciante al licenciatarario debe ser expresa, y además debe tener un contenido mínimo, que es aquel dispuesto en artículo 20 inciso 2° de la LPI. En efecto, en conformidad con la tesis de estos autores, no sólo es necesario que el titular autorice explícitamente, sino que es necesario que *"el permiso se tiene que manifestar cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos impuestos por el artículo 20 de la LPI, pues la norma impone qué debe comprenderse por autorización expresa"*¹⁶⁸.

4.5 Contenido de la autorización expresa de uso

De acuerdo a lo expresado, se descarta que la autorización o licencia pueda tomar cualquier forma contractual, dado que el *"(...) el contrato celebrado entre licenciante y licenciatarario tiene una autonomía jurídica propia"*¹⁶⁹. Esta cuestión se funda en que la autorización de uso está delimitada a un contenido mínimo que le otorga tal naturaleza. A pesar de esto, es común que en la práctica muchos contratos sólo a través del nombre o denominación busquen encajar en esta figura de licencia, sin cumplir con los contenidos que le otorgan su real configuración, por lo que no tienen los efectos de este acto o contrato.

En concreto, y de conformidad a lo establecido en el inciso 2° y 3° del artículo 20 de la LPI, la autorización debe *"precisar"* los derechos que son concedidos a la persona autorizada; indicar el plazo de duración de la licencia de uso; establecer la remuneración y su forma de pago; fijar el número mínimo o máximo de actos de explotación o si son ilimitados; determinar el territorio de aplicación; y toda otra cláusula que el autor o titular imponga.

a) *Derechos concedidos a la persona autorizada*

La licencia se limita exclusivamente a aquel uso estipulado en el contrato y a las modalidades previstas en este. Las diversas formas de uso, sea reproducción, transformación, distribución o comunicación pública, pueden ser objeto de una licencia de uso, y cada una debe estar expresada en el contrato de licencia, con independencia de una y de otra, a raíz del principio de independencia de los derechos patrimoniales. En el inciso final del artículo 20 de la LPI se señala que a la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización.

¹⁶⁸ BERNET, M., y SIERRA, A., *op. cit.* p. 114

¹⁶⁹ ARAVENA, *op. cit.*, p. 130

Lo que revela la norma es la necesidad de que el titular del derecho autorice la puesta a disposición por medios digitales interactivos, ya que las formas de explotación que conforman el derecho patrimonial exclusivo son independientes entre sí, es decir, la autorización para una modalidad de uso no implica consentimiento para ninguna otra forma de uso. Esto es de gran relevancia sobre todo respecto de la modalidad de uso de puesta a disposición dada su marcada dimensión internacional, y por la necesidad de expresar la voluntad en los contratos o licencias, y por las características propias de esta modalidad que se han descrito en el marco teórico.

En cuanto a las formas de explotar una obra, el artículo 18 de la LPI establece algunas modalidades o formas de usar una obra, sin embargo, estas no son taxativas por el carácter genérico del derecho patrimonial. De todas maneras, existen algunas formas de usar o explotar particularmente tipificadas respecto de las obras audiovisuales y que se encuentran contempladas en el artículo 29 de la LPI, al señalar que el productor tiene el derecho proyectar la obra de su producción en público, presentarla por televisión, y reproducirla en copias para su arrendamiento o transferencia.

Sin embargo, en atención a la naturaleza ilimitada del derecho patrimonial, cabe señalar que existen otras formas de explotación de la obra audiovisual, las cuales no están contempladas en la norma, pero que de todos modos están dentro de la órbita de facultades del productor, como es el caso en particular de la puesta a disposición de la obra al público por medios digitales interactivos, pues de conformidad con el artículo 25 en relación con el artículo 29 de la LPI, se ceden al productor *todos* los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual creada, incluido el derecho de comunicación pública en cualquier de sus modalidades, y la puesta a disposición, según vimos, está regulada en la definición misma de comunicación pública del artículo 5 letra v) de la LPI, es decir, la puesta a disposición constituye una forma de comunicar la obra como facultad del productor, por estar incluida en el derecho de comunicación al público.

Además, el permiso de uso no puede extenderse a modalidades o medios de utilización desconocidos en el momento de celebración del contrato, pues en dicho caso la autorización carecería de objeto y por lo tanto adolecería de un vicio de nulidad absoluta.

En cuanto a los derechos concedidos, para la explotación en línea de contenidos protegidos por derecho de autor (obras audiovisuales en el caso de estudio) o por derechos conexos (prestaciones como las interpretaciones fijadas en formato audiovisual también de caso de estudio) se efectúa a través de

cualquiera de los de diversos procedimientos conforme anticipamos en el capítulo primero, siendo estos los siguientes: *uploading*, *downloading* y *streaming*, y cada uno debe estar expresado en la licencia. Ahora abordaremos cada uno:

i) Uploading

Para acceder a la obra audiovisual o interpretación fijada en formato audiovisual protegidas por derecho de autor o derechos conexos es necesario que el archivo que la contiene sea subido a un servidor *web* donde se encontrará a disposición del público para que éste pueda acceder a él. En este acto se ejerce el derecho de reproducción. Pero además se ejerce el derecho de comunicación al público, pues como vimos con la sola puesta a disposición se ejerce el acto de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición, no siendo necesario que el acceso se produzca de manera efectiva, sino que el acceso sea posible¹⁷⁰.

Por ende, el acto de *uploading* precisa de la autorización de los titulares de derecho para poder ser ejercido, debiendo contar aquellos terceros que quiera realizar la explotación digital de la obra con el derecho de reproducción y el derecho de comunicación al público, en particular con la modalidad de puesta a disposición de la obra al público.

Así, explotar un archivo que contenga una obra audiovisual a la *web* o alguna plataforma de video bajo demanda es un acto de explotación que involucra dos derechos patrimoniales. Por un lado, se ejerce el derecho de reproducción al fijar la copia digital del contenido al servidor¹⁷¹. Y en segundo lugar, se ejerce el derecho de comunicación al público, puesto que el elemento básico del acto es la puesta a disposición del público de forma tal que el público puede acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija, es decir, el acto se perfecciona con sola puesta a disposición, sin necesidad de acceder a ella.

ii) Downloading

¹⁷⁰ Ver *supra*, p. 32

¹⁷¹ La declaración concertada adoptada por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996, respecto del Artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre ciertas cuestiones de Derecho de autor y Derechos Conexos hace aplicable plenamente la reproducción al ámbito digital: "*El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna*".

Una vez alojada la obra en la red, el usuario puede transferir o descargar el archivo a su dispositivo para, una vez almacenada la información, disponer de la copia y poder utilizarla. Acá estamos ante una reproducción permanente, donde los datos se graban en el disco duro del usuario, obteniendo una copia de la obra, de modo que podrá abrir el contenido y disfrutarlo. Se realiza una transmisión de la copia digital del servidor que la contiene a un dispositivo de almacenamiento, obteniéndose la obra conforme la licencia correspondiente y previa aceptación del consumidor de las condiciones establecidas, las cuales por regla general impedirán a este usuario la explotación de la obra¹⁷².

Ahora bien, muchas veces se incluyen en las licencias otro tipo de obligaciones al licenciatarario como la obligación de informar el número de descargas que se han hecho o declarar las obras que han sido descargadas, incluyendo también duración del acuerdo, plazo, territorio, y el contenido mínimo que estipula el artículo 20 de la LPI.

iii) Streaming

En esta forma o procedimiento de explotación se transmite temporalmente el contenido para poder percibirlo en línea, es decir, visionarla en caso de las obras audiovisuales. En concreto estamos hablando de este uso en esta memoria. En este caso no se almacena la información obtenida una vez finalizado el proceso. Se trata de una reproducción temporal que trataremos en la sección subsiguiente, de la cual desaparecen los datos una vez que se apague el terminal, y dicho acto de reproducción se encuentra amparado por una limitación del derecho de autor y derechos conexos, pues sólo sirve para comunicar la obra. La reproducción temporal se encuentra amparada en una excepción de uso que implica no tener que solicitar autorización de parte del usuario para reproducir la obra.

Sin embargo, de todas formas precisa del *uploading*, y por ende, la explotación se hará conforme a las condiciones estipuladas en el contrato de licencia, en el que se incluirán los derechos de reproducción y comunicación al público precisos para almacenar la obra en la red (como vimos en el *uploading*) y poner así a disposición del público la obra o prestación, incluyéndose de manera expresa la modalidad de *streaming* que se llevará a cabo. Es decir, de todas formas se precisa del derecho de reproducción para el *uploading* que debe ser licenciado, pero el *streaming* está amparado por una excepción por tanto no es necesaria incluir la autorización en la licencia para este acto en particular

¹⁷² BARBERÁN, P., “Manual Práctico (...)”, op cit, p. 158 y 159

Ahora bien, la licencia para explotar la obra por *streaming* generalmente contiene cláusulas que suelen incluir obligaciones como no ejercer aquellos actos no incluidos en la licencia, como por ejemplo no grabar permanentemente la obra (*downloading*), o el deber de informar al licenciante con cierta regularidad de ciertos parámetros como visitas recibidas, obras y prestaciones solicitadas e ingresos obtenidos por estas, la duración del acuerdo, el ámbito territorial de explotación, y la remuneración correspondiente a los titulares de los derechos. Esto último es esencial pues nuestro país ha instaurado un derecho de remuneración irrenunciable e intransferible respecto de algunos autores de obras audiovisuales y artistas del sector audiovisual conforme veremos más adelante.

Por otra parte, las modalidades de streaming que deben ser incluidas en la licencia varían según el usuario pueda seleccionar el contenido. En caso de que el usuario pueda elegir las obras audiovisuales que quiera visualizar, se trata entonces de un *streaming* interactivo o *streaming* propiamente tal; en caso de que el usuario no pueda elegir la emisión, se trata de *webcasting*, cuya transmisión se efectúa sólo por internet. Además, se ha diversificado el procedimiento utilizado para las transmisiones bajo demanda, con el fin de ajustarlas a los requerimientos del usuario. Se habla de unicasting cuando la información se envía a un sólo receptor, multicasting, cuando se envía a un grupo determinado de receptores, y broadcasting, cuando se difunde a un grupo indeterminado de receptores que comparten la misma información.

Cabe tener presente, que en el streaming, ocurre un acto de reproducción provisional, comprendida como una contrapartida en las limitaciones o excepciones del derecho de autor establecidas por la ley, que permite a los usuarios terceros reproducir temporalmente dichas obras para poder visualizarlas. La ley indica que es lícita la reproducción temporal de una obra, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener autorización. Es una reproducción accesorio y transitoria, que forma parte de un proceso tecnológico mayor, es decir, la puesta a disposición, y cuyo único fin es la transmisión lícita de la obra, que no tenga una significación económica independiente, por ende, no hay necesidad de licencia para este acto.

Finalmente, en cuanto a la persona autorizada, y tal como hemos adelantado, estos serán los distribuidores de contenidos, es decir, quienes ponen a disposición la obra audiovisual al público por medios digitales interactivos. En la introducción de esta memoria, y al tratar la interactividad como elemento del derecho de puesta a disposición se analizaron los servicios “OTT”, provistos por empresas tales como *Netflix*, *Warner*, *Amazon*, etcétera¹⁷³. Serán estos terceros quienes en definitiva obtengan la

¹⁷³ Ver *supra*, p. 56

licencia de uso y que pondrán en su propia plataforma a la obra audiovisual para que el público pueda acceder a ella desde el lugar y el momento que elija. Además quienes deberán pagar la remuneración (en caso de que sea onerosa) al productor o titular de los derechos patrimoniales, y a los titulares de derechos de remuneración.

b) Plazo y territorio

El contrato de licencia debe señalar que el uso se encuentre determinado en cuanto al tiempo y el territorio dentro de los cuales el ejercicio del derecho licenciado será lícito. Así, el uso de una obra o derecho conexo fuera de los límites pactados acarrea responsabilidades tanto civil como criminal, de conformidad con los artículos 78 y siguientes de la LPI.

Ahora bien, el pacto de exclusividad de uso de una obra en el territorio y plazo convenido limita el derecho de autorizar nuevamente el uso de la obra del cual es titular el licenciante. De esta forma, no es posible que el titular otorgue licencias paralelas a un tercero que establezca una utilización en común con la licencia exclusiva pues importa una violación a una obligación de no hacer que emana de la fisonomía del permiso otorgado, lo cual significa que el licenciatario ha incurrido en responsabilidad contractual¹⁷⁴.

Lo mismo sucedería en el caso en que un titular de derechos concediera una licencia exclusiva a un tercero posteriormente al otorgamiento de una licencia no exclusiva, cuando ambas se involucran en una forma de uso común.

En cuanto al territorio, se trata de una cláusula realmente importante para el derecho de puesta a disposición como vimos en el primer capítulo, pues determinará la ley aplicable, a lo cual nos remitimos en esta parte¹⁷⁵.

Por otra parte, la ley no señala una sanción aparejada a la falta de estipulación del plazo o territorio de aplicación de la licencia, pese a que constituyen un contenido mínimo de la misma. En defecto, al tratarse de una norma imperativa de interés particular, la sanción por la omisión de este tipo

¹⁷⁴ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 129

¹⁷⁵ Ver *supra*, p. 40

de estipulaciones será, de acuerdo a las reglas generales del derecho privado, la responsabilidad civil y penal¹⁷⁶.

c) Fijar el número mínimo o máximo de actos de explotación o si son ilimitados

Determinados los derechos que son concedidos a la persona autorizada, así como el plazo y territorio de explotación, es necesario que la licencia establezca el número mínimo o máximo de actos de explotación, o bien si dichos actos son ilimitados.

d) Remuneración por el uso y forma de pago

En cuanto a la remuneración, la licencia o autorización de uso puede ser convenida a título gratuito u oneroso, en atención a la contraprestación pactada a cambio de la constitución del permiso de uso en los términos establecidos en el artículo 20 de la LPI, que puede ser dinero o cualquier otra especie.

Es común que, en las licencias de uso respecto del derecho de puesta a disposición de la obra audiovisual, el productor pacte con el distribuidor de contenidos audiovisuales un derecho de remuneración por el uso de la obra audiovisual, sin embargo, en muchas ocasiones los autores (así como artistas) no se benefician de este pago considerando que ceden al productor todos los derechos patrimoniales. En otras palabras, no se benefician de la circulación de la obra a pesar de los grandes frutos económicos que pueden obtenerse a través de la explotación a través de los servicios de *streaming*.

Cabe preguntarse ¿Es justa esta situación?, ¿Debe compensarse a los partícipes que no cuentan con la titularidad de derechos de explotación? De partida, los autores de obras audiovisuales no tienen facultad alguna para controlar de modo independiente la explotación de la obra audiovisual, en tanto que es el productor audiovisual quien se encarga de esta labor por ser el titular originario de los derechos de explotación según prescribe el artículo 25 de la LPI. En otras palabras, en las obras audiovisuales los coautores no tienen un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la explotación de la obra. Del mismo modo, y de acuerdo a cómo veremos, los artistas respecto de sus interpretaciones fijadas en formato audiovisual no tienen derecho alguno a controlar la explotación de la obra, pues no pueden permitir o prohibir que circulen por recaer la titularidad también en el productor¹⁷⁷.

¹⁷⁶ ARAVENA, F., *op. cit.*, p. 129

¹⁷⁷ Ver *infra*, p. 103

Pero qué ocurre con la repartición equitativa de los beneficios económicos obtenidos con la explotación de la obra audiovisual, bien intelectual en las cuales también se encuentran incorporadas las interpretaciones fijadas en formato audiovisual cuando se explotan en particular por la puesta a disposición en redes digitales interactivas considerando que es un mercado que rinde grandes frutos económicos y que se encuentra en un constante crecimiento.

Pues bien, a esta problemática se le ha dado otro entendimiento, incluso a nivel internacional, reconociéndose un derecho de mera remuneración, de carácter irrenunciable e intransferible en algunas legislaciones como la chilena, con el objeto de que los autores y artistas del sector audiovisual puedan recibir una justa compensación por la explotación de la obra una vez que la misma sea utilizada, y aunque se haya pagado a estos autores y artistas su trabajo al momento de la producción de la obra. Como vimos, en el contrato de producción es posible que se pague al coautor una contraprestación por la labor creativa.

El legislador nacional también ha incluido un derecho de mera remuneración respecto de ciertos autores de obras audiovisuales (directores y guionistas), en particular por la puesta a disposición de una obra audiovisual por medios digitales interactivos, tema que trataremos más adelante puesto que primero nos parece necesario incorporar una breve reseña de las producciones de los artistas audiovisuales, esto es, las interpretaciones de los artistas fijadas en formato audiovisual que, como hemos anticipado a lo largo del estudio, son incorporadas a la obra audiovisual y circulan junto con la explotación de esta. Esto es fundamental puesto que este derecho de remuneración no sólo alcanza a autores de obras audiovisuales (directores y guionistas), sino que también a artistas del sector audiovisual cuyas interpretaciones están fijadas en soportes audiovisuales y sujetas a la circulación o explotación de la película, por lo cual veremos cómo se relacionan estos artistas con el productor audiovisual.

5. Las interpretaciones de los artistas fijadas en formato audiovisual como objeto de protección de derechos conexos

Hemos visto que una obra audiovisual es un bien protegido por derecho de autor y que se rige por normas especiales en cuanto a la titularidad y autoría. Ahora bien, debido a que también trataremos la titularidad del derecho de remuneración de artistas intérpretes audiovisuales, es necesario incorporar una breve reseña acerca de las interpretaciones de estos artistas que han sido fijadas en formato audiovisual y que son amparadas por el otro grupo de derechos que regula nuestra legislación, los derechos conexos. Esto se justifica ya que no podemos concebir una película sin la actuación del actor

que interpreta al personaje. En esta sección podremos ver qué ocurre con su interpretación, y el vínculo que mantiene el artista con el productor y distribuidor de contenidos

Lo primero es reiterar que acá no estamos ante derecho de autor, sino que un derecho conexo al derecho de autor, y para efectos prácticos, vamos a dividir esta sección, por una parte en objeto de protección, titulares de derechos y los derechos patrimoniales concedidos a los artistas intérpretes o ejecutantes del sector audiovisual, y por otra, en el vínculo existente entre el artista audiovisual el productor audiovisual.

5.1 Objeto protegido, titulares y derechos patrimoniales concedidos

El Glosario de la OMPI señala que la expresión derechos conexos “*se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismo de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimiento, información y sonidos o imágenes (...)*”¹⁷⁸.

Cabe señalar que los artistas (cantantes, los músicos, los bailarines y los actores), han gozado de protección internacional con respecto a sus interpretaciones y ejecuciones a partir de la adopción de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma), en 1961. En 1996, la adopción del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) modernizó y actualizó esas normas respecto de las interpretaciones y ejecuciones de obras sonoras, especialmente en relación con los usos digitales, dejando un vacío en el sistema internacional de derechos en lo que atañe a los actores y a otros intérpretes y ejecutantes de obras audiovisuales, como vimos al inicio del estudio.

A nivel nacional, el artículo 65 de la LPI establece “*Son derechos conexos al derecho de autor los que esta ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que corresponden al autor de la obra*”.

Pues bien, el objeto de protección de los derechos conexos son actividades que concurren a la difusión, no a la creación de obras literarias y artísticas. Por lo tanto, no se habla de obras sino de

¹⁷⁸ Glosario de *derecho de autor y derechos conexos*, OMPI, 1980, p.168

producciones (o prestaciones), entre las cuales se encuentran las interpretaciones efectuadas por el artista, objeto de estudio. Estas consisten en prestaciones realizadas por el artista (cantantes, músicos, bailarines y actores) con un carácter personal. La LPI otorga protección a la interpretación por el solo hecho de su realización.

En cuanto a titulares del derecho conexo, la Convención de Roma define al artista como *“todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística”*. A nivel nacional, se les define como *“el actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística o expresiones del folklore”*. La diferencia entre ambas definiciones radica en la incorporación de las expresiones del folklore.

En cuanto a los derechos concedidos al artista, nuestra LPI establece facultades generales en sus artículos 65, 67 y 67 bis. Y también se reconocen facultades en leyes especiales (Ley 20.243), pero referidas sólo a un derecho de remuneración tal cual veremos.

El artículo 65 de la LPI, antes citado, establece que el intérprete tendrá el derecho de permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que correspondan al autor.

Por su parte, el artículo 66 de la LPI dispone que *“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: 1) La grabación, reproducción, transmisión o retransmisión por medio de los organismos de radiodifusión o televisión, o el uso por cualquier otro medio, con fines de lucro, de tales interpretaciones o ejecuciones; 2) La fijación en un fonograma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, y la reproducción de tales fijaciones, 3) La difusión por medios inalámbricos o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo, 4) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su interpretación o ejecución que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por el artista o su cesionario o de conformidad con esta ley”*.

En particular, en el caso de una obra audiovisual, es necesario incorporar a la producción aquellas interpretaciones de los actores que han sido fijadas en formato audiovisual. Ahora bien, en este caso el

objeto de protección es la interpretación en sí misma, y su explotación se efectúa a través de la fijación de dicha interpretación en un soporte o formato audiovisual, y que luego circula junto con la obra audiovisual a través de la puesta a disposición de la prestación al público.

El problema de la LPI es que no regula expresamente los derechos de los artistas audiovisuales relativos a sus interpretaciones o ejecuciones una vez que estas se encuentran fijadas o representadas en un soporte audiovisual¹⁷⁹, específicamente en cuanto a su comunicación al público. Sin embargo, la Ley 20.243, les reconoce un derecho de mera remuneración por la puesta a disposición por medio de redes digitales interactivas, por lo tanto, teniendo en consideración esta regulación específica debemos remitirnos solamente a ella, y no buscar otras aplicaciones que la LPI no prevé.

5.2 Relación entre el artista y el productor audiovisual. Cesión de derechos conexos en favor del productor audiovisual

De acuerdo a lo indicado anteriormente¹⁸⁰, es posible distinguir entre la producción propiamente tal y el contrato de producción audiovisual, siendo la primera aquella que engloba tanto el contrato de producción audiovisual entre autores de la obra audiovisual y el productor, así como los contratos entre artistas y el productor.

Estos últimos contratos no tienen una regulación específica en la LPI, quedando a la autonomía de la voluntad la estipulación de sus cláusulas, por lo cual es común que, en los contratos entre el artista y el productor, el primero ceda los derechos patrimoniales regulados en la norma. Así, los actores deben enfrentar condiciones de negociación contractuales en situación de desequilibrio, viéndose obligados, en muchas ocasiones, a renunciar expresamente a derechos que deberían ser irrenunciables, ya que no derivan de una simple prestación de servicios laborales, sino del ejercicio de una actividad protegida por derechos conexos.

Sin perjuicio de que, en general el artista ceda los derechos sobre su producción (interpretación) se debe tener en cuenta que las disposiciones relativas a derechos conexos no podrá ser interpretada en menoscabo de la protección que se otorga al derecho de autor conforme dispone el inciso 3 del artículo 65 de la LPI. Por esta razón, si consideramos que en una obra audiovisual circulan también las

¹⁷⁹ Conforme el artículo 7 y 19 del Convenio de Roma, una vez fijada la producción en algún soporte el artista no podrá impedir los usos estipulados en dicha Convención.

¹⁸⁰ Ver *supra*, p. 82

producciones de los artistas, es decir, las interpretaciones fijadas en formato audiovisual, el artista no podrá en ningún caso controlar la explotación de la obra ni de su producción. No puede permitir o prohibir que la interpretación que circula junto con la obra sea puesta a disposición por medios digitales interactivos, puesto que en tal caso su ejercicio provoca un menoscabo al derecho de autor consagrado en favor del productor audiovisual de explotar la obra audiovisual. Sólo el productor audiovisual puede controlar la explotación de la obra. Aquí debemos entender que se trata de objetos diferentes, protegidos por derechos de distinta naturaleza (derecho de autor y derechos conexos), tanto la obra como la interpretación respectivamente, sin embargo, cuando la obra audiovisual circula o es difundida es imposible que lo haga sin la interpretación fijada en el formato audiovisual. No podemos desprender de la película la interpretación del artista.

Por tanto, estamos ante una excepción al ejercicio del derecho conexo regulado en los artículos 65 y 66 de la LPI visto anteriormente respecto del artista, precisamente porque en el caso de que una producción o prestación (interpretación) se inserte en el marco de una realización de una obra audiovisual, el contrato firmado con el productor autoriza la grabación, reproducción y comunicación al público de dicha prestación. En este sentido, lo que los autores están obligados a admitir (no ser titulares de los derechos de explotación), los artistas también deben aceptarlo.

Asimismo, cabe tener presente que en el plano internacional los derechos conexos quedan estipulados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, más conocida como “*Convención de Roma*” aprobada el 26 de octubre de 1961 y ratificada por Chile el 5 de junio de 1974. Conforme el artículo 7 letra b) de la Convención de Roma se le faculta al artista impedir la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada. Y el artículo 19 establece que no obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7. Perdiendo entonces la facultad de impedir que establece esta norma.

Por ello, nuestra legislación ha reconocido un derecho de remuneración a los artistas audiovisuales que debe ser respetado por el productor y pagar una justa compensación por la utilización de la interpretación fijada en formato audiovisual conforme examinamos a continuación.

6. Derecho de mera remuneración por la puesta a disposición por medios digitales interactivos de obras audiovisuales e interpretaciones fijadas en formato audiovisual

A modo de resumen, en esta memoria hemos abordado el origen de la puesta a disposición como forma de explotar bienes intelectuales, hemos identificado la norma aplicable a esta modalidad, y hemos descrito el derecho de puesta a disposición, sus principales características y problemáticas. En el presente capítulo, nos hemos abocado en definir a la obra audiovisual en tanto objeto de protección del derecho de autor, hemos determinando el régimen especial aplicable a este tipo de obras, hemos dado un concepto; luego hemos identificado su naturaleza como obra en colaboración, hemos visto cómo se resuelve la autoría y titularidad de las obras audiovisuales y cómo se atribuye la titularidad originaria de los derechos patrimoniales en el productor audiovisual; hemos desarrollado la forma en cómo este titular de derecho de autor autoriza la explotación de la obra a través de licencias, las que dentro de su contenido mínimo deben contener un derecho de remuneración. Por otra parte, hemos analizado los derechos conexos de los artistas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones y los problemas que tiene la LPI.

Hemos de comprender que las plataformas de video bajo demanda tienen la gran virtud de reducir las barreras para la publicación y la distribución de obras audiovisuales por medios digitales interactivos, permitiendo a l público de varios países acceder a este tipo de bienes intelectuales, con lo cual se benefician productores, artistas y autores del sector audiovisual. Sin embargo, cada plataforma posee una especie de ecosistema propio en el cual desarrollan sus actividades, y como intervinientes dominantes en este ecosistema de distribución/difusión de contenidos protegidos, imponen las condiciones de participación de los demás actores (productores, artistas y autores del sector audiovisual). Este dominio tiene importantes repercusiones en la distribución del valor creado en este ecosistema, hasta el punto de que el valor justo de compensación por el uso de obras y prestaciones de titulares de derecho de autor y derechos conexos depende en gran medida de las plataformas.

Así, tenemos que el problema principal radica en el desequilibrio contractual entre creadores y distribuidores, y entre artistas y distribuidores que impide que los primeros puedan buscar condiciones más favorables para la explotación de sus derechos, y para supervisar el cumplimiento de las condiciones contractuales pactadas.

La solución que planteamos en esta memoria dice relación con la posibilidad de reequilibrar las competencias contractuales entre ellos y propone dichas soluciones a partir de la intervención legislativa que como veremos ha avanzado en el reconocimiento de un derecho de remuneración de ciertos autores

de obras audiovisuales y artistas del sector audiovisual, pero además se propone soluciones fundados en la acción colectiva para romper con la posición monopolística de las plataformas y productores audiovisuales.

Para ahondar en el asunto, es importante recordar que el productor es el titular de derecho de explotación de la obra audiovisual, por tanto, será quien este quien contrate con el distribuidor de contenidos (plataforma de difusión de obras audiovisuales por medios digitales interactivos), y licencie el uso de la obra a la plataforma (recordemos que la relación tradicional que existe es entre licenciante y licenciario). Por otra parte, tenemos como base que el autor y el artista no negocian con el distribuidor, pero este sí debe compensar a ciertos autores y artistas del sector audiovisual titulares de un derecho de remuneración.

Es decir, en este vínculo contractual entre licenciante y licenciario entran en juego normas jurídicas que no pueden ser modificadas por acuerdos contractuales, en particular aquellos relativos al reconocimiento de un derecho de remuneración que trataremos.

Ahora bien, muchos artistas y autores se quejan de que no reciben una remuneración justa, y que deben entrar a un ecosistema de difusión que les perjudica pues quienes toman las decisiones de poder son grandes productoras y distribuidoras de la industria que controlan la distribución de contenidos audiovisuales. En este respecto, las plataformas muchas veces no informan el poder de monetización o ganancia económica que obtienen por la explotación de obras sobre las cuales tienen una licencia no exclusiva. Se oculta información, lo que impide una distribución justa.

Las leyes de derecho de autor, en tal sentido, propenden a reequilibrar el vínculo contractual. Así, volvemos a mencionar el reconocimiento de un derecho de remuneración reconocido a artistas y ciertos autores del sector audiovisual. Con todo, y volveremos sobre este punto, Chile sólo reconoce un derecho de remuneración, pero no una compensación justa y equitativa como la legislación alemana.

Como hemos dicho, las plataformas actúan como intermediarios entre usuarios y creadores, relación en que controlan el flujo de valor por la explotación en línea de obras. Entre productores y distribuidores se decide qué publicar, cuándo hacerlo, en qué territorios, a qué valor, pagos por publicidad, etcétera.

Para cerrar la distancia que existe entre autores, artistas, productores y distribuidores existen opciones de distribución óptima del valor entre plataformas. A saber, en primer lugar, una correcta

representación profesional en la negociación de acuerdos por parte de los intervinientes, en segundo lugar, la intervención legislativa, y tercero, la acción colectiva. Creemos que son estas dos últimas opciones las más factibles de reequilibrar la cuestión.

En relación a la intervención legislativa, primero es importante destacar que en este rubro prima la libertad contractual en cuanto a la posibilidad de celebrar acuerdos en las condiciones que consideren oportunas las partes. Su corolario es la obligatoriedad de los contratos que establece que los acuerdos son obligatorios para las partes. Se presume así, que los contratos en la industria creativa audiovisual son libremente celebrados por las partes, y por tanto, la ley no debe intervenir a menos que sea necesario. Sin embargo, como hemos indicado, el supuesto de que las partes negocian en un plano de igualdad está lejos de ser realidad, por lo cual, varios países han adoptado una legislación sobre de derecho de autor y derechos conexos que pretende corregir el desequilibrio del poder de negociación entre partes intervinientes, autores, artistas, productores y distribuidores, y por tanto, reducir la posibilidad de contratos injustos.

Por otra parte, la acción colectiva, que, dicho sea de paso, también nace de la intervención legislativa, busca que haya una negociación colectiva de derechos de autor y derechos conexos, y también del derecho de remuneración. Pues bien, existe un derecho de remuneración expresamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico que beneficia a algunos autores y artistas audiovisuales. En este sentido, conseguir una remuneración compensatoria por parte de autores y artistas del sector audiovisual es una idea que ha tomado fuerza y reconocimiento a nivel internacional¹⁸¹ y nacional¹⁸², siendo dable señalar que se ha transformado en un requisito esencial para que el mercado de creación, explotación y consumo de contenidos audiovisuales sea sostenible y funcione¹⁸³.

¹⁸¹ A nivel internacional, y en particular en latinoamérica, tenemos los ejemplos de México que reconoce en el artículo 117 bis de Ley Federal de Derecho de Autor que “(...) el artista intérprete o el ejecutante, tiene el derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición”. En Colombia, la Ley 1403/2010, por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, se señala en su artículo 1 Parágrafo 1º que “(...) los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones (...). Este derecho de remuneración se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva, constituidas y desarrolladas por los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales (...)”. En Perú, la Ley número 28.131 del Artista Intérprete y Ejecutante, señala en su artículo 18 el “Derecho de Remuneración”; “18.1 Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a percibir una remuneración equitativa por: a) La utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas o incorporadas en obras audiovisuales (...); b) El alquiler de sus fijaciones audiovisuales o fonogramas (...); c) La transferencia de la creación artística (...) para ser utilizada por un medio diferente al originario. Art. 20º.- Compensación por Copia Privada 20.1 La reproducción realizada exclusivamente para uso privado (...) origina el pago de una compensación por copia privada, a ser distribuida entre el artista, el autor y el productor del videograma y/o del fonograma (...)”.

¹⁸² En Chile se reconoce este derecho en la Ley 20.243 y la Ley 20.959.

¹⁸³ XALABARDER, R., “The remuneration of authors and performers”, RIDA 264, Universitat Oberta de Catalunya, 2020, p. 1-3

Se hace cada vez más patente que los mercados tecnológicos generan altos ingresos económicos pero que no benefician a todos los participantes del sector audiovisual, lo cual perjudica la estimulación creativa; los artistas y autores no tienen un incentivo a la producción o creación más que el propio de la vocación. Además, con el avance de la tecnología se han incorporado más intermediarios a la cadena de valor lo que proyecta un riesgo de que haya menos transparencia en el reparto de los beneficios económicos¹⁸⁴.

Las circunstancias que se tienen en cuenta para reconocer el derecho de remuneración se refieren, entre otras, a que la compensación de autores y artistas del sector audiovisual depende en gran medida de los contratos que firman con los productores audiovisuales, no obstante, entre ambos se desarrolla una relación generalmente asimétrica, puesto que los primeros suelen ser la parte más débil de cualquier acuerdo contractual, y por ende, muchas veces no obtienen una remuneración justa por la explotación de sus obras o interpretaciones, labor que queda en manos del productor o algún distribuidor de contenidos autorizado por el titular de derechos. Frente a esta libertad contractual, se ha hecho necesario equilibrar las relaciones jurídicas mediante la incorporación de un derecho de mera remuneración.

Recordemos que el productor audiovisual es el titular originario de los derechos patrimoniales de autor, puesto que los autores de obras audiovisuales le ceden todos los derechos patrimoniales. Por su parte, si bien no se encuentra regulado expresamente, el artista en general también cede al productor los derechos patrimoniales que nacen de su interpretación fijada en formato audiovisual.

De esta forma, el productor, en su calidad de titular del derecho de puesta a disposición (y de los derechos patrimoniales que se le hayan cedido), puede por sí mismo poner a disposición la obra o prestación por medios digitales interactivos, ceder el derecho de puesta a disposición a un tercero o bien autorizar a un tercero a poner a disposición por medios digitales interactivos la obra o prestación.

En cualquiera de estos tres casos, el director y el guionista, en tanto coautores de la obra audiovisual, conservan la titularidad de un derecho de remuneración incluso después de haber cedido los derechos patrimoniales, y en particular cada vez que se utilice la obra mediante la puesta a disposición por medios digitales interactivos. De igual forma, el artista de una obra audiovisual respecto de su interpretación fijada en formato audiovisual también conserva la titularidad de un derecho a percibir

¹⁸⁴ *Ibid.*

remuneración, incluso después de haber cedido los derechos por la puesta a disposición interactiva de dicha interpretación que circula junto con la obra audiovisual.

Ahora veremos de qué forma se regula el derecho de mera o simple remuneración por la puesta a disposición por medios digitales interactivos, en cuanto a su reconocimiento legal en Chile, las características de este derecho, quiénes son sus titulares y quién lleva a cabo la gestión del derecho, lo cual dará fin a este estudio.

6.1 Regulación legal del derecho de mera o simple remuneración en Chile

En seguida exponemos una breve reseña de las leyes especiales encargadas de regular el derecho de mera remuneración de artistas audiovisuales, y los guionistas y directores de obras audiovisuales, distinguiendo los fundamentos y ámbitos de aplicación de ambas normativas:

6.1.1 Ley 20.243, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual

El año 2008 se dictó la Ley 20.243 que establece normas sobre derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, reconociendo un derecho de remuneración por tipificadas formas de explotación de dichas interpretaciones o ejecuciones.

La idea central del proyecto al momento de presentarse a discusión era regular los derechos morales y patrimoniales de los artistas audiovisuales que se encontraban en desmedro de los artistas de otros géneros. En los fundamentos del proyecto se dijo que *“La normativa sobre propiedad intelectual, contenida en la ley N° 17.336, ofrece muy pocas normas que se puedan aplicar a este grupo, que se encuentra en evidente desmedro respecto de artistas que, encontrándose en situaciones similares, cuentan con un mayor nivel de amparo jurídico”*¹⁸⁵. Se dijo en este sentido que las normas reguladas en el Título II de la LPI son insuficientes ya que: *“1. No definen los derechos conexos de los intérpretes, sólo se señalan sus consecuencias; 2. Se refieren únicamente a la dimensión patrimonial de los derechos de los artistas, sin reconocer expresamente su derecho moral sobre sus interpretaciones; 3. No se encuentran expresamente regulados los derechos de los artistas audiovisuales relativos a sus interpretaciones o ejecuciones una vez que estas se encuentran fijadas o representadas en un soporte audiovisual, específicamente en cuanto a su comunicación al público y alquiler a partir de dichos*

¹⁸⁵ Historia de la Ley 20.243, p. 8

soportes. En este exiguo marco regulatorio, los actores deben enfrentar condiciones de negociación contractuales en situación de desequilibrio, viéndose obligados, en muchas ocasiones, a renunciar expresamente a derechos que deberían ser irrenunciables, ya que no derivan de una simple prestación de servicios laborales, sino del ejercicio de una actividad de creación intelectual”¹⁸⁶.

Se señaló que es claro que el desarrollo de la protección alcanzada por los artistas audiovisuales en el extranjero no ha sido emulado por la legislación interna, situándose nuestro país entre aquellas naciones donde, básicamente, la protección de los artistas de obras audiovisuales son producto de los contratos, acuerdos innominados, en los cuales la mayor parte de las veces se ven obligados a ceder a las presiones de quienes los contratan, haciendo vejación de sus derechos o transfiriendo las prerrogativas patrimoniales a cambio de una remuneración única que se confunde con el salario correspondiente a la prestación de sus servicios, sin ninguna correspondencia con el éxito o eventuales utilidades futuras de sus interpretaciones¹⁸⁷.

Así, se delimitó, y en cuanto al ámbito de aplicación, conforme el artículo 1 de la Ley 20.243, que *“Los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras o fijaciones audiovisuales, se regirán por las disposiciones especiales de esta ley y, en lo no previsto en ella, por la ley N° 17.336, en cuanto sea aplicable”*. De esta norma se desprende en primer lugar el objetivo de la norma de otorgar protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras o fijaciones audiovisuales que no tenían suficiente protección en la LPI. Con ello, queda claro establecer que los beneficios que regula la ley son aplicables única y exclusivamente a los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

El artículo 2 de la norma regula el derecho moral de los artistas audiovisuales, cuestión realmente novedosa toda vez que la LPI sólo les reconoce derechos patrimoniales. El artículo señala que el artista, intérprete y ejecutante gozará, de por vida, del derecho a reivindicar la asociación de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones; y de oponerse a toda deformación, mutilación u otro atentado sobre su actuación o interpretación, que lesione o perjudique su prestigio o reputación. El ejercicio de estos derechos es transmisible a los herederos del artista intérprete y ejecutante, que tengan el carácter de legitimarios, de acuerdo a los órdenes abintestato establecidos en la ley. Estos derechos son inalienables, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 21

En cuanto al objeto de estudio, esto es, el derecho de remuneración, el artículo 3 de la Ley 20.243 dispone: *“El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (...)”*. En seguida la norma enumera una serie de actos, entre los cuales se encuentra *“La puesta a disposición por medios digitales interactivos”*.

Lo que consagra el precepto es un derecho irrenunciable e intransferible a percibir una remuneración para los artistas por cualquiera de los actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Más adelante analizaremos las características de este derecho.

Ahora bien, cabe aclarar que aquí estamos hablando de derechos conexos al derecho de autor, el derecho de los intérpretes, y la técnica legislativa que se pensó en la época fue consagrar este derecho de remuneración en una ley distinta a la LPI (cuestión que pudo haberse hecho en el título de los derechos conexos). Además, las normas particulares de la ley se aplican específicamente respecto de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual. En la práctica, son titulares de derechos conexos, que están reconocidos en la ley N° 17.336, pero en el proyecto establecen normas particulares que se aplicarán respecto de una categoría específica de titulares de derechos conexos, los artistas audiovisuales.

Con todo, con independencia de los acuerdos contractuales, a los actores se les debe garantizar el derecho a percibir una remuneración por las distintas formas de utilización de sus aportaciones fijadas en formatos audiovisuales, sin que ello afecte la circulación de las obras en que participan, cuya difusión continúa en manos del productor audiovisual o distribuidor de contenidos audiovisuales.

6.1.2 Ley 20.959, Extiende la aplicación de la Ley 20.243, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual

Desde el punto de vista histórico, antes de la dictación de la Ley 20.959 de 2016, se diferenciaba la protección jurídica de los artistas, intérpretes y ejecutantes (protegidos por derechos conexos), amparados por la Ley 20.243 de 2008 que vimos en la sección precedente, respecto de la protección de los autores de obras audiovisuales (protegidos por derecho de autor), en particular de los directores y

guionistas, ya que estos últimos no recibían remuneración compensatoria por el uso público de obras audiovisuales en las que participaron como creadores, encontrándose por tanto en desmedro respecto de los artistas.

De esta forma, la Ley 20.959 tuvo como objetivo principal corregir esta problemática, otorgándole única y exclusivamente a los directores y guionistas de obras audiovisuales un derecho de remuneración por la ejecución de ciertos actos, dentro de los cuales se encuentra precisamente la puesta a disposición por medios digitales interactivos (la Ley 20.959 se remite a Ley 20.243, en particular a los actos de explotación protegidos por el derecho de remuneración). Por ello, el objetivo fue otorgar a estos autores de obras audiovisuales, específicamente a directores y guionistas, el mismo reconocimiento legal del derecho de remuneración que la ley 20.243 establece respecto de los artistas de las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual, de manera de permitirles disfrutar de los derechos que derivan de sus obras, incentivando con ello la creación de este tipo de obras.

En efecto, la norma nace de la idea de estimular la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación (mandato constitucional consagrados en los números 10 y 25 del artículo 19 de la Carta Fundamental), como, asimismo, en la puesta en valor de la creación artística y el reconocimiento del creador como el hecho de que la creación genere derechos subjetivos que le corresponda al Estado identificar, consagrar y resguardar. La iniciativa se sustentó en que el reparto de derechos a los autores audiovisuales constituye un incentivo adicional a la industria del cine, a la televisión y a los servicios mediales.

En cuanto al ámbito de aplicación, el inciso 1 ° del artículo 1 de la Ley 20.959 prescribe lo siguiente: *“Los directores y guionistas de las obras audiovisuales gozarán también del derecho irrenunciable e intransferible a percibir la remuneración establecida en el artículo 3 de la ley N° 20.243, con las limitaciones y excepciones contenidas en el Título III de la ley N° 17.336, cuando sean procedentes”*.

En este sentido, lo que hace la Ley 20.959 de 2016, es extender el ámbito de aplicación de la Ley 20.243 a directores y guionistas. En otros términos, la ley fijó una finalidad acotada y específica, esto es, hacer extensivo a directores y guionistas lo que la Ley 20.243 de 2008 concede a los artistas intérpretes o ejecutantes de las obras audiovisuales en relación al derecho de simple remuneración.

Cabe aclarar al respecto la importancia de distinguir entre derecho de autor y derechos conexos. Aquí la ley está regulando un derecho de remuneración relativo a autores de obras, que están protegidos por derecho de autor, pero haciendo extensiva una ley que regula derechos conexos a los artistas. De modo que, la técnica legislativa fue consagrar el derecho de remuneración en una ley distinta a la LPI, lo cual obedece que si se quisiera incorporar a la ley N°17.336, tendría que ser un capítulo aparte a las normas especiales, porque no se puede afectar el derecho exclusivo del productor de autorizar o prohibir (normas especiales). Es algo particular la técnica legislativa utilizada, pero ello no implica que se regulen los derechos conexos de los directores y guionistas, sino que se está regulando un derecho de mera remuneración por utilizar una obra protegida por derecho de autor. Es un derecho patrimonial autoral, no conexo.

6.2 Características del derecho de mera remuneración

El derecho de simple o mera remuneración consagrado en nuestra legislación posee las siguientes características:

6.2.1 Es un derecho de mera o simple remuneración

El derecho de remuneración que consagra la Ley 20.243 y la Ley 20.959, respecto de artistas audiovisuales, y de directores y guionistas de obras audiovisuales, respectivamente, se caracteriza por ser un derecho de *simple o mera* remuneración. Esto quiere decir que los titulares de derechos no están autorizados a permitir o prohibir la explotación de la producción u obra audiovisual, sino que es un derecho de tener la posibilidad o prerrogativa de hacer un cobro en el caso que se realice la explotación de la obra o prestación. Se trata de un derecho de simple remuneración (no de exclusividad), que el autor de obra audiovisual disfruta, durante el plazo de protección de la obra audiovisual, por tipificados actos de explotación de la misma. Lo mismo en el caso del artista respecto de su producción.

Esto es así puesto que el derecho de aprovechamiento económico o de explotación de la interpretación fijada en formato audiovisual u obra audiovisual está en manos del productor audiovisual, en su calidad de titular originario de los derechos patrimoniales. Igualmente, puede encontrarse en manos de un tercero en calidad de titular derivado, según vimos anteriormente. Es decir, el artista, el director y guionistas no tiene facultad alguna para impedir la circulación de la obra, pues es el productor quien tiene la facultad de permitir o prohibir la explotación de la obra o producción, o bien el distribuidor de contenidos audiovisuales (en calidad de titular derivado o licenciataria).

Además, cabe señalar que conforme dispone el artículo 3 de la Ley 20.243, el derecho de remuneración se configura respecto de ciertos actos de explotación. En primer lugar, por la *“La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital”*. Aquí se habla de comunicación pública en primer término, concepto que ya hemos analizado, sin embargo, lo restringe a las entidades que realizan dicha comunicación, cuestión que se aleja de nuestro tema de estudio por ser organismos de radiodifusión o cine quienes realizan dicha comunicación.

En segundo lugar, se refiere a la remuneración percibida por la puesta a disposición por medios digitales interactivos, forma que hemos venido estudiando a lo largo del estudio. Podrá ser comunicada la obra audiovisual a través de medios interactivos tales como los *OTT*.

También se debe tener presente que el derecho de simple remuneración presenta una limitación: se calcula, exclusivamente, a partir de la explotación de las obras en el territorio del Estado cuyo ordenamiento lo establece, no en relación con la explotación de la obra a nivel mundial, lo cual queda fijado en la respectiva licencia conforme las modalidades de puesta a disposición. En estos contratos se debe fijar el número de reproducciones y puestas a disposición, debiendo en muchos casos el distribuidor de contenidos informar las veces que se ha accedido al contenido protegido por parte del usuario.

6.2.2 Es un derecho irrenunciable e intransferible

El inciso 1º del artículo 3 de la Ley 20.243 que *“El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales, tendrá el derecho irrenunciable e intransferible de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales de cualquier naturaleza, en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (...)”*.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 1 de la Ley 20.959 dispone que *“Para los efectos de esta ley, y por aplicación de la disposición antes citada, debe entenderse que este derecho no admite renuncia o cesión, en cualesquiera actos o contratos que el director o guionista celebre, sea para el uso de sus obras o para la transferencia de sus derechos patrimoniales. Asimismo, la obligación de no ejercer el derecho o de no integrarse a una entidad de gestión colectiva para su ejercicio, establecida o pactada en cualquier forma, se tendrá por no escrita y será nula para todos los efectos legales”*.

Como hemos visto, el titular en su calidad de titular de derecho patrimoniales puede transferir el derecho de puesta a disposición, o bien, transferir dicho derecho a un tercero (generalmente a distribuidores de contenidos audiovisuales), sin embargo, en ninguno de estos contratos, ya sea de cesión o de licencia, no se podrá pactar mediante cláusula alguna que el titular del derecho de remuneración, esto es, el artista respecto de su interpretación o el director y guionista de la obra audiovisual que renuncie a su derecho, y que lo transfiera a un tercero, y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita y será nula.

Recordemos que en virtud de su titularidad de los derechos de autor de la obra, la ley señala que el contrato entre los autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión en favor de este de todos los derechos sobre aquella, y lo faculta para proyectarla en público, presentarla por televisión, reproducirla en copias, arrendarla y transferirla, sin perjuicios de los derechos que esta ley reconoce a los autores de las obras utilizadas. Por lo tanto, al incorporar el nuevo derecho de remuneración a los directores y guionistas, el productor de la obra audiovisual que ejerza su derecho de autor de efectuar, autorizar o ceder la comunicación pública de la obra, deberá advertir que la cesión previa hecha por los directores y guionistas es sin perjuicio de este nuevo derecho de remuneración.

Para los efectos de estas leyes, debe entenderse que este derecho de remuneración no admite renuncia o cesión, en cualesquiera actos o contratos que el director o guionista celebre, sea para el uso de sus obras o para la transferencia de sus derechos patrimoniales. Lo mismo ocurre respecto del artista.

La irrenunciabilidad del derecho de percibir remuneración se justifica por el hecho de que muchas veces las negociaciones contractuales en las que participan los autores de obras audiovisuales y artistas audiovisuales son desequilibradas, cuya realidad propicia que por el funcionamiento de la industria dichos autores sean obligados a renunciar a derechos que no están relacionados en forma estricta con la situación laboral pero sí con el régimen de protección de una creación intelectual¹⁸⁸.

Con la consagración de la irrenunciabilidad se mantiene la titularidad de los derechos de remuneración a los titulares (director y guionista), incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales.

¹⁸⁸ Historia de la Ley N° 20.959, p.17

El autor o artista disfruta de este derecho con independencia del contenido del contrato con el productor (es irrenunciable) e independientemente de la remuneración a tanto alzado o proporcional que haya podido acordar con él. En este sentido, la posición negocial de inferioridad del autor deja de ser un problema. Además, tiene la ventaja de que no obliga a modificar los contratos de producción audiovisual ya existentes ni los futuros. Es decir, su introducción reglamentaria no obliga a los productores a modificar sus contratos ni al autor a pactar la reserva de derechos. La remuneración de los autores queda garantizada sin necesidad de revisar ni renegociar los contratos de producción.

De manera que si se explota la obra audiovisual o la interpretación fijada en formato audiovisual a través de la puesta a disposición de contenidos audiovisuales por redes digitales interactivas, modalidad que hemos venido estudiando, se le obliga al licenciataria, que será el distribuidor de contenidos audiovisuales a pagar una remuneración al titular del derecho, esto es, al director, guionista y artista, incluso después de haber cedido los derechos de explotación: reproducción, modificación, distribución y comunicación al público.

6.3 Titulares del derecho de mera remuneración: *Artistas, Directores y Guionistas*

En esta sección nos concentramos en examinar quiénes son los titulares del derecho de remuneración, dividiendo la sección, por un lado, en los artistas audiovisuales en relación de sus interpretaciones fijadas en formato audiovisual, y por el otro, en directores y guionistas de obras audiovisuales, respecto de las obras audiovisuales en las que participaron. Cabe indicar que es importante escindir la materia puesto que los primeros están protegidos por derechos conexos, mientras que los segundos por el derecho de autor, conforme se ha venido advirtiendo en esta investigación.

6.3.1 Artistas audiovisuales

En una obra audiovisual no sólo se aportan obras o creaciones, sino que también se incorporan mediante la fijación en formato audiovisual las actuaciones o interpretaciones que producen los artistas para la realización de la obra. El derecho relacionado a los artistas no es una consecuencia de una creación, sino de una interpretación o ejecución, con lo que, no se trata tal derecho como de autor, sino, conexo o vecino a este según hemos revisado con anterioridad.

El hecho de que el intérprete aporta algo a la creación es lo que le pone en una posición de titular de derecho, que, al final, no es la misma del titular de derecho de autor, es decir, titular de derecho sobre la creación misma.

El hecho de ser titular del derecho sobre su interpretación no es necesariamente suficiente para que el obtenga regalías por los derechos relacionados a la efectiva circulación de la obra. O sea, aunque sea titular de derecho conexo, eso no significa que el titular de derecho conexo podrá de modo independiente del titular sobre la obra misma, hacer circular o disminuir la circulación de la obra. En este sentido, muchas legislaciones nacionales, en especial en el contexto europeo, han preferido dar otro entendimiento al tema, tratando el derecho del intérprete del sector audiovisual como un derecho no más de características de derecho exclusivo, como suele ocurrir en el derecho de autor, sino como un derecho de remuneración. O sea, aunque se estuviera tratando de derechos conexos, o sea, los que son una consecuencia de las actividades implementadas por el intérprete, se pudiera hablar de una remuneración posterior basada en el uso de la obra, considerándose el uso mismo de esta obra, eso, por supuesto, de modo independiente de los derechos laborales y no permitiendo que el intérprete fuera responsable por la circulación de la obra.

Con la dictación de la ley N°20.243, en el año 2008, nuestra legislación avanzó en el reconocimiento de derechos, tanto patrimoniales como morales, de los intérpretes de ejecuciones plasmadas en formato audiovisual. En esta ley se reconoció que los intérpretes que participan en la producción de una obra audiovisual, en tanto titular de derechos conexos, tienen derecho a una remuneración equitativa derivada de la ejecución y puesta a disposición pública de su producción cuando es fijada en formato audiovisual. Además, reconoció nuestro legislador que este derecho es irrenunciable e intransferible. La razón y dentro de los fundamentos de esta ley se señaló que uno de los sectores artísticos nacionales que ha sido víctima del desfase que existe entre el arte y la legislación, es el de los intérpretes de obras audiovisuales

6.3.2 Directores y Guionistas

Al director y guionista no se les faculta a autorizar o prohibir la explotación de la obra audiovisual, ya que el titular de todos los derechos de índole patrimonial corresponden al productor audiovisual, sin embargo, a lo menos se les reconoce un derecho a obtener una remuneración por tipificadas formas de explotación de la obra audiovisual, en particular, por la puesta a disposición por

medios digitales interactivos de ella, derecho que por cierto se caracteriza por ser irrenunciable e intransferible.

En un inicio el proyecto de ley tenía sólo por objeto modificar la Ley 20.243, y para ello contenía un artículo único que, entre otras cosas, modificaba el artículo 1 de la Ley 20.243 agregando el siguiente inciso: *“Para los efectos de la presente ley, deberá entenderse por autores de obras audiovisuales los señalados en el artículo 27 de la ley N° 17.336, Propiedad Intelectual”*.

Lo primero que se identificó respecto de esta propuesta es que adolecía de un defecto importante, dado que si bien se pretendía otorgar un derecho de remuneración a directores y guionistas, de la lectura de su articulado, particularmente del inciso segundo referido, se intentó hacer una remisión al artículo 27 de la LPI, y de acuerdo a lo observado, dicha norma establece una presunción de autoría que no se refiere únicamente a directores y guionistas, sino que también menciona al autor del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guion y de la música especialmente compuesta para la obra, y el director. Por lo tanto, la remisión que hacía el inciso en cuestión se consideró ambigua al no limitar o restringir quiénes serían beneficiados con el derecho de remuneración reconocido en la iniciativa legal. De manera que la remisión al artículo 27 de la LPI del proyecto de ley fue errada por cuanto no se condice con lo señalado en el mensaje, que sólo buscaba beneficiar a guionistas y directores. Si se hubiese mantenido este error se abriría la puerta para la aplicación del derecho de remuneración a cualquier persona natural que interviene en la obra audiovisual y que pruebe autoría bajo los términos de la presunción establecida en el artículo 27 de la LPI.

También como un defecto del proyecto, se dijo que hay objetivos que persiguió la ley 20.243 pero que no se aplican a este caso, identificándose los siguientes: i) definir los derechos de los intérpretes audiovisuales; y ii) contemplar la dimensión moral de los derechos de los intérpretes audiovisuales. Ambos objetivos no se aplican al caso de los directores y guionistas, ya que estos sí tienen definidos derechos de autor sobre la obra audiovisual, aplicables incluso a los directores y guionistas en calidad de autores de la obra cinematográfica, en tanto les está permitido explotar libremente, en un género diverso, la parte que constituye su contribución personal. Asimismo, los directores y guionistas ya tienen consagrados sus derechos morales. En efecto, la LPI, más allá de las normas generales de derechos morales de autor establece la obligación al productor cinematográfico (titular de los derechos patrimoniales) de reconocer a quienes realizan un aporte creativo al mandar al productor cinematográfico la obligación de consignar en la película proyectados, su propio nombre o razón social,

y los nombres del director, de los autores de la escenificación, de la obra originaria, de la adaptación, del guion, de la música y de la letra de las canciones, y de los principales intérpretes y ejecutantes.

Por estas razones, durante la tramitación del proyecto de ley se dijo que lo mejor era sólo extender la aplicación de la Ley 20.243, y no modificarla, sin embargo, se terminó por elaborar una ley aparte cuya técnica fue extender la aplicación de esta ley a los directores y guionistas.

Ahora bien, lo que el proyecto de ley buscaba es que el derecho de remuneración se genere para quienes se estima realizan en su creación un aporte creativo de tal relevancia que lo haga susceptible de dicho derecho. En efecto, salvo contadas excepciones, una obra audiovisual puede prescindir de los distintos coautores que señala el artículo 27 de la LPI, salvo del director y guionista. Y bajo esta justificación es que el proyecto de ley tuvo por desafío que sólo estos autores gozaran del derecho de remuneración.

Ahora bien, nos preguntamos, ¿Por qué al director? El director es fundamental en la producción de una obra audiovisual, ya que participa en todas las etapas, es decir, preproducción, producción y posproducción. El director es quien decide los encuadres, los planos y la intercalación de planos, es decir, la secuencia de imágenes; y tal como se dijo antes, la secuencia de imágenes constituye el rasgo más particular de las obras audiovisuales¹⁸⁹, y está a cargo del director. Además, cumple labores esenciales, toda vez que dirige a los actores y les dice qué tipo de interpretación se necesita, escoge la música de la película, es responsable de establecer el estilo de la película, trabaja con los jefes de cada departamento, trabaja con los directores de casting para encontrar talento, dirige las cámaras, trabaja con los editores para armar la película, trabaja con los departamentos de sonido y música, y cumple muchas otras labores creativas y técnicas que sin su sello la película pierde sentido.

Además, cabe agregar y es importante tener en cuenta que la labor o aporte del director no puede ser explotado independientemente de la obra audiovisual, por lo que reconocerles un derecho de remuneración resulta más que justificado.

También, cabe preguntarse, ¿Por qué al guionista? El guion es la historia que se va a contar en la obra audiovisual, ahí es donde se encuentra el mensaje que se pretende dejar al espectador, todo está ahí. Es de lo más básico en este tipo de obras, por lo cual, la labor creativa del guionista es imprescindible, sin guion no existirían historias audiovisuales, ni series ni películas, etcétera. En el guion se construyen

¹⁸⁹ Ver *supra*, p. 68

los personajes considerados como principales, secundarios y extras. Ahora, el guion se hace necesario al comienzo de la producción, en particular, en la etapa de reproducción de la obra audiovisual, razón por la cual el guionista debe contribuir creativamente desde el inicio, sin perjuicio, de que deba ir adaptando su obra conforme las disposiciones del director a lo largo de la producción y rodaje. Los actores encarnan los personajes construidos a través del guion, por lo que estos mantienen un estrecho vínculo con esta obra creativa, es su guía.

En cuanto a obra, el guionista tiene el derecho de explotar independientemente el guion siempre que se trate de un género diverso al audiovisual conforme el artículo 28 de la LPI.

6.4 Gestión del derecho de mera remuneración

En términos generales, y respecto del derecho de autor, el autor puede administrar individualmente sus derechos, debiendo entonces negociar con el usuario las condiciones de la autorización conferida y efectuar la recaudación. La autorización es el medio por el cual el usuario obtiene la licitud del uso y se otorga a través de contratos de licencia, en virtud del cual se estipulan las condiciones a las que se sujeta la explotación de la obra. En estos contratos se regulan los derechos de carácter patrimonial, los plazos para efectuar la explotación, el número de ejemplares o de difusiones de la obra, monto de la remuneración, forma, lugar y tiempo que el utilizador hará los pagos, o que el autor efectuará la recaudación de los importes que se le adeuden por el uso de la obra, y las demás cuestiones propias que hemos visto en relación a la licencia.

Sin embargo, en las obras audiovisuales es el productor el encargado de gestionar los derechos patrimoniales por ser el titular originario de estos derechos, razón por la cual será quien podrá autorizar el uso de la obra por la puesta a disposición interactiva como hemos venido diciendo. Ahora bien, en dicha autorización se debe fijar obligatoriamente el derecho de remuneración que corresponde a los titulares, es decir, al director y guionista de obras audiovisuales por la puesta a disposición de contenidos audiovisuales.

En relación a los derechos conexos, los titulares también pueden gestionar individualmente sus derechos. Sin embargo, la regulación sobre autorización en relación con los derechos conexos contrasta con el derecho de autor, pues no existen reglas generales sobre la materia, por lo que se deben analizar las disposiciones particulares de cada uno de los tipos de derechos conexos. Sólo respecto de los artistas la ley exige que la autorización se realice de forma expresa, pero en ninguna norma se individualizan un

mínimo de cláusulas que deben contener dichas autorizaciones por lo que las partes son libres para estipular lo que estimen convenientes. Ya vimos que el artista audiovisual cede los derechos al productor en relación a la interpretación, razón por la cual no puede controlar la explotación de esta producción cuando es explotada en conjunto con la obra audiovisual.

Ahora, en lo que aquí interesa y en particular respecto del derecho de remuneración, existe una regulación específica en cuanto a su pago y gestión conforme el artículo 4 de la Ley 20.243, y el artículo 1 de la Ley 20.959.

El inciso 1° del artículo 4 de la Ley 20.243 establece en relación al pago de la remuneración del derecho de remuneración que, *“El pago de la remuneración será exigible de quien lleve a efecto alguna de las acciones a que se refiere el artículo precedente (...), remitiéndose a las modalidades de uso tipificadas en el artículo 3 de esta norma.*

Esta norma es de suma relevancia para concluir que quien debe pagar la remuneración es el autorizado a través de la respectiva licencia a utilizar la obra audiovisual o interpretación fijada en formato audiovisual por la puesta a disposición por medios digitales interactivos, es decir, por lo general, el distribuidor de contenidos audiovisuales. Es decir, el sujeto pasivo en el pago de la remuneración será quien utilice la obra por las formas tipificadas.

Con todo, la redacción permite que en el caso de que sea el productor quien ponga *personalmente* la obra audiovisual por redes digitales interactivas, así como la interpretación fijada en formato audiovisual, por ser el titular del derecho, será este quien deba pagar la remuneración, por ende no se restringe únicamente al distribuidor de contenido audiovisuales, cuestión que garantiza una mayor protección a los titulares del derecho de remuneración y asegurar así el pago en cuestión.

Por otra parte, tanto el inciso 2° del artículo 4 de la Ley 20.243 como el inciso 3° del artículo 1 de la Ley 20.959, en relación a la gestión del derecho de remuneración, establecen en iguales términos que *“El cobro de la remuneración podrá efectuarse a través de la entidad de gestión colectiva que los represente, y su monto será establecido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100 de la ley N° 17.336”.*

Advertir a este respecto que, una norma se refiere al uso de una obra audiovisual y otra al uso de la interpretación fijada en formato audiovisual, por tanto, no debemos olvidar que se trata de objetos

distintos y que están amparados por derechos diversos, por ende, la gestión y cobro del derecho de remuneración no confluyen en una misma actividad.

Respecto a la gestión del derecho de remuneración, durante la discusión parlamentaria de la Ley 20.959 se señaló que el propósito de la norma era permitir que se obtuviese por parte del guionista y director de obras audiovisuales un beneficio económico por la transmisión de películas en operadores terrestres, marítimos o aéreos¹⁹⁰. De manera que tuviera la posibilidad de exigir una remuneración por puesta a disposición de la obra por medios digitales interactivos. En consecuencia, respecto de los directores y guionistas se reconoce un derecho irrenunciable de remuneración, pero no así a los demás autores de una obra audiovisual, quienes quedan sujetos a las reglas generales de la LPI.

Cabe señalar que durante la discusión del proyecto de la Ley 20.243 un tema importante fue la gestión del derecho de mera remuneración, considerando si acaso debe ser obligatorio o facultativo que tal ejercicio lo realice una entidad de gestión colectiva.

Al respecto, durante la tramitación se determinó el cambio de la expresión “*deberá*” por “*podrá*” respecto a cómo se efectúa el cobro de la remuneración, por lo que se optó por un ejercicio facultativo. Además, se detectó un problema respecto de contratos con cláusulas abusivas por parte de distribuidores de contenidos audiovisuales, en la que se introducen obligaciones de no hacer, esto es, no ejercer los derechos de remuneración o no incorporarse a una entidad de gestión colectiva.

En Informe de la Comisión Mixta, el profesor Santiago Schuster, aclaró que “*En primer lugar, el ejercicio del derecho es facultativo de cualquier titular del mismo, así un ciudadano no quiere ejercer su derecho, nadie puede obligar a hacerlo. Como consecuencia de ello, la renuncia es un acto unilateral, abdicativo, se renuncia a un derecho para establecer claramente que no va a ser ese ejercicio y se hace formalmente.*”

En este mismo orden de ideas, especificó *el titular de derecho, sea un director o guionista, podría no querer incorporarse a una entidad de gestión colectiva para ejercer sus derechos, o bien, podría eventualmente, no incorporar al repertorio de la sociedad de gestión colectiva una determinada obra audiovisual, porque la quiere dejar libre. Por lo tanto, todas las posibilidades están abiertas. El problema preciso, es que el derecho de autor es un derecho a autorizar o prohibir el uso de la obra y ese derecho hoy no lo tienen directores y guionistas y no lo van a tener en virtud de esta ley, porque no*

¹⁹⁰ Historia de la Ley N° 20.959, p.62

están adquiriendo aquella prerrogativa, toda vez que sigue siendo un derecho exclusivo del productor cinematográfico, y por lo tanto, ellos no podrían renunciar al derecho que se use o no su obra porque no le pertenece. En consecuencia, precisó, la posibilidad de no ejercicio está plenamente vigente y podrán entregar o el total o alguna obra. Lo complejo, continuó, es que se ha detectado que en algunos contratos, que es una negociación con un canal de televisión, se están incorporando cláusulas que establecen una obligación de no hacer, como no ejercer los derechos o no incorporarse a una entidad de gestión colectiva, lo cual es algo totalmente distinto"¹⁹¹.

La aplicación de tarifas debe fijarse guardando relación con la utilización real de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la entidad de gestión colectiva. Claridad y transparencia en el repertorio (personas representadas por la correspondiente entidad de gestión y convenios de reciprocidad). Se explicita un método para determinar la efectiva utilización de obras, y una supervisión de dicha utilización. Determinar quién será el órgano fiscalizador de la distribución de las remuneraciones correspondientes a las distintas categorías de obras. Establecer mecanismos de solución de controversias más amplios. Precisar tarifas de un autor y de qué depende el monto de la misma.

¹⁹¹ Historia de la Ley N° 20.959 de 2016, p.3.

CONCLUSIÓN

Nos hemos propuesto como objetivo en esta memoria la difícil tarea de describir y explorar en la titularidad del derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile. Primero, podemos concluir que el artículo 5 letra v) de la LPI constituye una norma esencial en esta materia pues determina que nuestro país califica el acto de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación al público, lo cual es relevante a la hora de interpretar en qué casos el juez debe calificar que se ha producido un acto de comunicación, en particular, cuando se pone a disposición una obra audiovisual protegida por derecho de autor o una interpretación fijada en formato audiovisual por redes digitales interactivas. De aquí no podrá desviarse y deberá ajustarse a las características propias del acto que hemos estudiado en el marco teórico de este estudio. Como hemos visto ahora al final, establecer que estamos ante un acto de comunicar que tiene importantes repercusiones respecto del derecho de remuneración, puesto que en tal caso, quien utilice la obra por la puesta a disposición interactiva estará obligado a pagar la remuneración a los titulares de derecho, artistas, directores y guionistas. Segundo, existen problemas propios de la puesta a disposición relacionados con la titularidad y autoría de obras audiovisuales puesto que se presentan divergencias en las distintas legislaciones de los Estados (fundados en el principio de territorialidad), y nuestra legislación, por su parte, también contiene normas especiales al efecto que entregan la titularidad originaria de los derechos patrimoniales, incluido el derecho de puesta a disposición en redes digitales interactivas por supuesto, al productor audiovisual, razón por la cual será este quién estará facultado para autorizar a los distribuidores de contenidos a poner en sus servicios de video bajo demanda la obra audiovisual, la cual circula junto con las interpretaciones que han sido fijadas en formato audiovisual. Debido a esta divergencia legislativa, es necesario tener claras las normas que regulan la titularidad y autoría en nuestro país, de forma que con el capítulo dos nos hemos concentrado en resolver las cuestiones de titularidad y autoría de obras audiovisuales, así como de las interpretaciones fijadas en formato audiovisual. Del mismo modo, hemos analizado cómo el productor audiovisual, en tanto titular de los derechos, licencia la puesta a disposición, y que debe incluir en dicho contrato el derecho de remuneración irrenunciable e intransferible con el que cuentan artistas audiovisuales y los directores y guionistas de obras audiovisuales, y lo hemos hecho con el objeto de que no sean burladas las normas por medios de contrato abusivos que busquen esquivar este derecho de remuneración tan difícil de conseguir por estos participantes de la industria audiovisual, relegados muchas veces en la obtención de los beneficios económicos que rinde una obra audiovisual, sobre todo con el auge de la explotación en línea por redes digitales interactivas que advertimos seguirá desarrollándose en el futuro. Tercero, hemos analizado las normas especiales que regulan el derecho de

remuneración, sus características y la forma de gestión del derecho. Podemos concluir que los artistas audiovisuales, los directores y guionistas no cuentan con un derecho de autorizar o prohibir, pero sí con un derecho de remuneración, que ha permitido a lo menos avanzar en la protección de estos participantes de la industria, lo cual sin lugar a dudas, irá promoviendo el desarrollo de nuestra propia industria audiovisual, puesto que con esto se benefician todos, usuarios, productores, distribuidores, artistas y autores, en tanto se fomenta la creatividad y las producciones del talento, con ello la cultura se expande y el público disfruta de este arte tan maravilloso como son las obras audiovisuales, los distribuidores y productores podrán producir y difundir este tipo de bienes intelectuales en condiciones de una mejor regulación, transparente y que beneficia a todos los participantes, lo que ayudará en definitiva a su labor gestora y coordinadora, y podrán prever de mejor forma las utilidades en los mercados digitales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., "*Tratado de Derecho Civil*", Editorial Jurídica, Santiago, 1998.
2. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., "*Tratado de los Derechos Reales. Bienes*", Editorial Jurídica, Santiago, 2005.
3. ANTEQUERA, R., "*Derecho de autor*", Tomo I. Segunda Edición, Caracas, Venezuela, 1998.
4. ANTEQUERA, R., "*Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*", Editorial Reus, Madrid, 2007.
5. ANTEQUERA, R., "*Los límites del derecho de autor*", Editorial Reus, Madrid, 2006.
6. BARBERÁN, P., "*Manual Práctico de Propiedad Intelectual*", Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
7. BARROS, A., "*Curso de Derecho Civil, primer año según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado*", Editorial Nacimiento, Santiago, 1930.
8. BARTON, T., y COOPER, J., "*Propiedad Intelectual. Cómo prevenir y resolver problemas*", Librotecnia, Santiago, 2015.
9. CARBAJO, F., "*Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*", Colex, Madrid, 2002.
10. CASTELLS, M., "*La era de la información. La Sociedad Red*", volumen I, Siglo XXI Editores, Distrito Federal México, 2002.
11. COLOMBET, C., "*Major Principles of Copyright and Neighbouring Rights in the World*", UNESCO, París, 1987.
12. COSTANTINI, C., "*Conversations avec Federico Fellini*", trad. N. Castagné, Denoël, 1995.

13. DELGADO, A., *“La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia en los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal internacional privado”*, Editorial Comares, Granada, 1998.
14. DESBOIS, H., FRANÇON A., KÉRÉVER, A., *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, Dalloz, París, 1976.
15. ERDOZAIN, J., *“Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet”*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
16. FERNÁNDEZ, H., *“Internet: Su Problemática Jurídica”*, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
17. JIMÉNEZ, J., *“Montaje y Postproducción Audiovisuales”*, en *Detrás de las Cámaras. Un Manual para los Profesionales de la Televisión*. Ed. Comunicación Social, Salamanca, 2014.
18. FICSOR, M., *“El Derecho de Autor y la transmisión del saber”*, Boletín de Derecho de Autor, volumen XVII, número 3, UNESCO, 1983.
19. FICSOR, M., *“Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas”*, en *110 años de protección internacional del derecho de autor: Berna 1886 - Ginebra 1996: III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Montevideo, 1997.
20. FICSOR, M., *“The Law of Copyright and Internet. The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation”*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
21. GAUBIC, Y., *“El agotamiento de los Derechos en el entorno analógico y digital”*, Boletín de Derecho de Autor, UNESCO, 2002.
22. GOLDSTEIN, P., *“El copyright en la sociedad de la información”*, Publicaciones en la Universidad de Alicante, Murcia, 1999.

23. GOLDSTEIN, P. y HUGENHOLTZ, P. B., *International Copyright: Principles, Law and Practice*, OUP, Oxford, 2010.
24. HERNÁNDEZ, R., “*Metodología de la Investigación*”, cuarta edición, Editorial Mc.Graw Hill, Colombia, 2006.
25. HERRERA, D., “*Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley N° 17.336 y sus modificaciones*”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
26. KÉREVER, A., “*Los nuevos tratados de la OMPI: El Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecución y Fonogramas*”, Boletín de derecho de autor, París, UNESCO, N° 2, 1998.
27. LIPSZYC, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía, Buenos Aires, 1993.
28. LIPSZYC, D., “*Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía, Argentina, 2006.
29. LÓPEZ, J., “*Tema 3: Los derechos de explotación*”, en *Manual de Propiedad Intelectual* (ED. R. Bercovitz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
30. LÓPEZ, S., “*Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*”, Comares, Granada, 2009.
31. MALLO, D., “*La Difusión en Internet de Contenidos Sujetos al Derecho de Autor*”, Editorial Reus, Madrid, 2018.
32. MAYOR, M., “*El Derecho de Autor sobre las Obras Cinematográficas en el Derecho Español*”, Editorial Colex, Madrid, 2002.
33. PALMA, A., “*Propiedad intelectual y derecho audiovisual*”; Centro de Estudios Financieros, Valencia, 2006.

34. PALOMAR, S., “*Los derechos de explotación en la Directiva 29/2001/ICE*”, Autor y Derecho, Valencia, 2015.
35. RIVERO, F., “*Artículo 20*”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2007.
36. RUIZ-TAGLE, P., “*Propiedad Intelectual y Contratos*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004.
37. SAIZ, C., “*Obras audiovisuales y derechos de autor*”, Thomson Aranzadi, Madrid, 2002
38. SANCHIS, T., “*Derechos de Autor, digitalización e Internet*”, Editorial Universita, Madrid, 2004.
39. SCHUSTER, S., “*El Autor ¿Un concepto en crisis?*”, En: Derecho de Autor - Un Desafío para la Creación y el Desarrollo. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 2004.
40. WALKER, E., “*Manual de Propiedad Intelectual*”, segunda edición, Thomson Reuters, Santiago, 2014.
41. XALABARDER, R., “*International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works*”, CISAC, Barcelona, 2018.

ARTÍCULOS, CONGRESOS, PONENCIAS Y REVISTAS

1. BENZAL, M., “*Industria audiovisual y mercados digitales*”, Icade: Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales, número 78 (2009), 2015.
2. BERNET, M., y SIERRA, A., “*La autorización de utilización de una obra ajena en la Ley de Propiedad Intelectual chilena*”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Volumen VIII, número 1, 2019.

3. CERDA, A., “*Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, número 42 Valparaíso, Chile, julio de 2014.
4. DELGADO, A. “*La Propiedad Intelectual ante la tecnología digital: Las obras multimedia*”, ponencia sostenida en el curso de verano de la UIMP propiedad Intelectual y nuevas Tecnologías, celebrado en el Palau de Pineda de Valencia, España, los días 24 a 27 de junio de 1996.
5. GARROTE, I., “*La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derecho de propiedad intelectual cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet con licencia de autor*”, Revista La Ley Unión Europea número 64, Editorial Wolters Kluwer, 2018.
6. GINSBURG, J.C., “*A Tale of Two Copyrights: Liberty property in revolutionary France and America*”, RIDA, número 147, 124-289, 1991.
7. PIÑEIRO, L., “*Responsabilidad de los ISP por violación a la propiedad intelectual (Estados Unidos, Europa y Chile)*”, Revista Chilena de Derecho Informático número 5, 2004.
8. SABIDO, M., “*La protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías: las obras protegidas en Internet, Informática y Derecho*”. Revista Iberoamericana de Derecho Informático, número 22, 2002.
9. SCHUSTER, S., “*Responsabilidad Legal en las Redes Digitales y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea*”, El Derecho de Autor ante los Desafíos de un Mundo Cambiante, Congreso Internacional sobre Propiedad Intelectual, Universidad de Margarita, 2004.
10. SCHUSTER, S., “*El derecho de autor y los derechos conexos en el mundo digital*”, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos, OMPI, 1997.
11. VALDÉS, A., “*Los derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales*”. Comunicación y Estudios Universitarios, número 7, 15-32, 1997.

12. XALABARDER, R., “*The remuneration of authors and performers*”, RIDA, número 264, Universitat Oberta de Catalunya, 2020.

TESIS Y MEMORIAS

1. ARAVENA, Fabián, “*Contrato en la Producción de Obras Audiovisuales*”, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2012.
2. BARRUETO, Carmen y BARRUETO, Mario, “*Derechos de Autor en General y Derechos Morales y Patrimoniales de los Intérpretes y Ejecutantes de las Obras Plasmadas en Formato Audiovisual en Especial*”, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 2010.
3. MORALES, Javier, “*Desafíos para una nueva regulación del derecho de autor en las obras audiovisuales en Chile*”, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 2013.
4. SARTI, R., “*Las Obras Cinematográficas en la Ley de Propiedad Intelectual*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

FUENTES ELECTRÓNICAS Y DOCUMENTOS OMPI

1. Cámara de Exhibidores Multisalas de Chile A.G. (CAEM), “*El cine en Chile el 2017*”, Santiago, 2018, p. 25. Disponible en:
<http://www.caem.cl/index.php/informes-anuales/item/25-el-cine-en-chile-en-el-2017>.
2. Documento OMPI BCP/CE/V/3, Propiedad Industrial y Derecho de Autor. Año I. N° 5, Ginebra, 1995. Disponible en:
https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.doc

3. FICSOR, M., “*Plenaria-Tema III. La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital*”. Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La propiedad intelectual, un canal para el desarrollo, en Panamá del 15 al 17 de octubre de 2002. Disponible en: http://www.wipo.int/mdocarchives/OMPI_DA_PAN_02/OMPI_DA_PAN_02_S.pdf.
4. GARCÍA, M., “*Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en Latinoamérica. Parte III: El marco jurídico del audiovisual en el entorno digital*”, Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenidos en el Entorno Digital, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2001, p. 5. Disponible en: https://dacatalogue.wipo.int/projects/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01
5. KATZ, R., “*Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en latinoamérica parte I: Modelos de negocios de OTT Audiovisuales en América Latina: Tendencias recientes y previsiones futuras*”, del Proyecto piloto sobre el derecho de autor y la distribución de contenidos en el entorno digital del Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la OMPI, año 2021. Disponible en: https://dacatalogue.wipo.int/projectfiles/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01/Study_Part_1/ES/LATAM%20AV%20study_part_1_ES.pdf
6. Nota del artículo 10 de la *Propuesta Básica sobre ciertas Cuestiones Relativas a la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn_r_dc/crn_r_dc_4.pdf.
7. Nota del artículo 11 de la “*Propuesta Básica del Tratado sobre la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas*”. Disponible en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X7Qb5Rmwdv8J:https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.html+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl.

FUENTES NORMATIVAS

1. Constitución Política de la República de Chile.

2. Código Civil.
3. Ley 17.336, de 1970, sobre Propiedad Intelectual.
4. Ley 20.243, de 2008, que establece normas especiales sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.
5. Historia de la Ley 20.243, de 2008.
6. Ley 20.959, de 2016, que extiende la aplicación de la Ley 20.243, que establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.
7. Historia de la Ley número 20.959, de 2016
8. Ley N° 19.981, de 2004, sobre Fomento Audiovisual.
9. Decreto Supremo N° 270, de 2003, que ratifica el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT)
10. Decreto Supremo N° 139, de 2003, que ratifica el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas o (TOIEF/WPPT).
11. Decreto N° 1.539, de 1993, que ratifica el Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuales.
12. Real Decreto Legislativo 1/1996 de la Ley de Propiedad Intelectual (España).
13. Convenio de Berna.
14. Convención de Roma.

JURISPRUDENCIA

1. Fallo de la Corte Suprema, causa rol 55.082-2016.
2. Fallo de la Corte Suprema, causa rol 41.891-2017.
3. Fallo de la Corte Suprema, causa rol 21.763-2017.
4. Fallo de la Corte Suprema, causa rol 55.082-2016.
5. Sentencia definitiva dictada por el 25° Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-6691-2017, caratulados EGEDA Chile/Hotelera Solace SpA.